

# CUESTIONES Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 41, Julio-Diciembre de 2019

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. Pedro Salazar Ugarte  
*Director*

Dra. Issa Luna Pla  
*Secretaria académica*

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista, *Cuestiones Constitucionales*, se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición Rosa María González Olivares

Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas

Asistente de la revista: Alfonso Mendoza Juárez y Jessica Janeth Padilla Márquez

*CUESTIONES CONSTITUCIONALES*  
*Revista Mexicana de Derecho Constitucional*

Dr. Edgar Corzo Sosa  
*Director*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Coordinadora editorial*

CONSEJO EDITORIAL

Jorge Adame Goddard (México, UNAM-IIIJ); José Afonso da Silva (Brasil, Universidad de São Paulo); Manuel Aragón Reyes (España, Universidad Autónoma de Madrid); Carlos M. Ayala Corao (Venezuela, presidente de la Comisión Andina de Juristas); Jorge Carpizo † (México, UNAM-IIIJ); Krystian Complak (Polonia, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Wrocławski); José Ramón Cossío Díaz (México, SCJN); Ronald Dworkin † (Estados Unidos de América-Inglaterra, New York University / University College London); Héctor Fix-Zamudio (México, UNAM-IIIJ); Imer Flores Mendoza (México, UNAM-IIIJ); Domingo García Belaúnde (Perú, Universidad Peruana Los Andes); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala, Universidad de San Carlos); Sergio García Ramírez (México, UNAM-IIIJ); José Joaquim Gomes Canotilho (Portugal, Universidade de Coimbra); Ángel J. Gómez Montoro (España, Universidad de Navarra); Raúl González Schmal (México, Universidad Iberoamericana); Héctor Gros Espiell (Uruguay, Universidad de la República); Rubén Hernández Valle (Costa Rica, Universidad de Costa Rica); Hans-Rudolf Horn (Alemania, Universidad de Mainz); Roberto Ibáñez Mariel (México, Universidad Panamericana); John Anthony Jolowicz (Inglaterra, Universidad de Oxford); Alonso Lujambio Irazábal † (México, ITAM); Jorge Madrazo Cuéllar (México, UNAM-IIIJ); Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri (México, UNAM-IIIJ); Mario Melgar Adalid (México, UNAM-IIIJ); Ricardo Méndez Silva (México, UNAM-IIIJ); Jorge Miranda (Portugal, Universidad de Lisboa e Da Universidade Católica Portuguesa); Franck Moderne (Francia, Université de Pau et des Pays de l'Adour); Mariela Morales Antoniazzi (Alemania, Max Planck Institute); Dieter Nohlen (Alemania, University of Heidelberg); José Alfredo de Oliveira Baracho † (Brasil, Universidad Federal de Minas Gerais); José de Jesús Orozco Henríquez (México, UNAM-IIIJ); Carlos Restrepo Piedrahita † (Colombia, Universidad Externado de Colombia); Luis Carlos SÁCHICA † (Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario); Giovanni Sartori † (Italia-Estados Unidos de América, Columbia

University in the City of New York / Universidad de Florencia); Fernando Serrano Migallón (México, UNAM); José Luis Soberanes Fernández (México, UNAM-IIIJ); Graciela Soriano de García Pelayo (Venezuela, Fundación Manuel García Pelayo); Manuel Suárez Muñoz (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro); Diego Valadés (México, UNAM-IIIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIIJ); Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); Pedro de Vega (España, Universidad Complutense de Madrid); Francisco Venegas Trejo (México, UNAM); Giuseppe de Vergottini (Italia, Universidad de Bolonia); Gustavo Zagrebelsky (Italia, Universidad de Turín).

#### CONSEJO ASESOR

Victoria Adato Green (México, SCJN); César Iván Astudillo Reyes (México, UNAM-IIIJ); Miguel Carbonell Sánchez (México, UNAM-IIIJ); Héctor Fix-Fierro (México, UNAM-IIIJ); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México, UNAM-IIIJ); María del Pilar Hernández (México, UNAM-IIIJ); Sergio López-Ayllón (México, CIDE); Cecilia Mora-Donatto (México, UNAM-IIIJ); Susana Pedroza de la Llave (México, UNAM-IIIJ); Miguel Pérez López (México, UAM); Juan José Ríos Estavillo (México, Escuela Libre de Derecho); Alfredo Sánchez-Castañeda (México, UNAM-IIIJ); José María Serna de la Garza (México, UNAM-IIIJ); José Luis Vázquez Alfaro (México, UNAM); Juan Vega Gómez (México, UNAM-IIIJ).

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, julio-diciembre de 2019, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, alcaldía Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: [rmdc.ijj@unam.mx](mailto:rmdc.ijj@unam.mx). y [rmdc.ijj@gmail.com](mailto:rmdc.ijj@gmail.com). Editor responsable: Edgar Corzo Sosa. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2003-051211533300-102. Número de reserva al título (versión electrónica): 04-2015-091716464800-203. ISSN 1405-9193. ISSN (versión electrónica): 2448-4881. Número de certificado de licitud de título: 11210. Número de certificado de licitud de contenido: 7831.

*Cuestiones Constitucionales* se encuentra registrada en los siguientes índices y bases de datos:

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt). SCOPUS (base de datos bibliográfica de resúmenes y citas de artículos de revistas científicas). Latindex. Bibliojurídica. Clase. Dialnet (portal de difusión científica hispana, Universidad de La Rioja, España). Redalyc (Red de Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal; Universidad Autónoma del Estado de México). SCIELO México (Scientific Electronic Library Online). Ulrichs Web, Global Serials Directory. Hollis (Red de Revistas Científicas de la Universidad de Harvard).

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2003-051211533300-102

Número de reserva al título (versión electrónica): 04-2015-091716464800-203

Número de certificado de licitud de título: 11210

Número de certificado de licitud de contenido: 7831

Primera edición: 26 de septiembre de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Hecho en México

ISSN 1405-9193

## CONTENIDO

### ARTÍCULOS DOCTRINALES

Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	3
The Vulnerable Subjects in the “Transformative” Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana . . . . .	35
The jurisprudential paths of consistent interpretation: scope and limits of its application by the Mexican Supreme Court José Luis CABALLERO OCHOA Daniel Antonio GARCÍA HUERTA	
El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena . . . . .	83
The Principle of Interpretation in Conformity with Fundamental Rights in the Chilean Case-law Gonzalo AGUILAR CAVALLO	
El sistema presidencial argentino como un sistema resiliente . . . .	129
The Argentine Presidential System as a Resilient System Juan M. MOCOROA	

El derecho fundamental a la cultura física y al deporte: un derecho económico, social y cultural de reciente constitucionalización en México . . . . .	151
The fundamental right to physical culture and sports: an economic, social and cultural right of recent constitutionalization in Mexico	
Sonia VENEGAS ÁLVAREZ	
Procesalismo constitucional: retos en la protección de los derechos humanos . . . . .	181
Constitutional Processualism: Challenges in the Protection of Human Rights	
Renato GUGLIANO HERANI	
Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano . . . . .	221
Configuration of fundamental rights and their essential content within the Constitution of Ecuador	
Sebastián LÓPEZ HIDALGO	
Estado constitucional y fragmentación social: la aporía del siglo XXI . . . . .	249
Constitutional state and social fragmentation: the aporia of the 21st century	
Enrique URIBE ARZATE	
Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia . . . . .	277
Financial regulation and Estado social de derecho in Colombia	
Constanza BLANCO BARÓN	
Jorge CORREDOR HIGUERA	



Aproximación al control externo y su relación con la rendición de cuentas . . . . .	313
Approach to the external control and its relation to accountability Olga Susana MÉNDEZ ARELLANO	
Historia y memoria nacional en el discurso jurídico – el juicio de ADPF 186 . . . . .	343
History and National Memory in the Legal Discourse – The Judgment of ADPF 186 Evandro PIZA DUARTE Guilherme SCOTTI	
Derecho humano al gentilicio. Caso: Ciudad de México. . . . .	369
Human right to demonym. Case: Mexico City V́ctor Amaury SIMENTAL FRANCO	
El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación. . . . .	397
The Control of Conventionality and Judicial Dialogue in front of the Environment as a Subject of Protection and Reparation Sergio Hernando CASTILLO GALVIS Magda Ligia D’JANON DONADO Alfredo RAMÍREZ NÁRDIZ	
Separación de poderes y supremacía judicial: estudio de casos en Brasil. . . . .	429
Separation of Powers and Judicial Supremacy: Case Analyses in Brazil Vinicius HSU CLETO	
El plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad y los derechos humanos . . . . .	457

The term of interposition of the action of unconstitutionality and human rights	
Alberto HERRERA PÉREZ	
Eduardo Alberto HERRERA MONTES	
Fundamentación ética del derecho a la soberanía alimentaria en Colombia . . . . .	475
Ethical justification of the law to food sovereignty in Colombia	
María Alejandra RAMÍREZ	
Libia Esperanza NIETO GÓMEZ	
Reinaldo GIRALDO DÍAZ	

#### COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

La inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior; una afrenta al Estado de derecho en México . . . . .	499
Raymundo GIL RENDÓN	
El caso Herzog, la amnistía de 1979 y las dificultades de la justicia transicional en Brasil . . . . .	513
Pietro de Jesús LORA ALARCÓN	
Los derechos y garantías de fuente local en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Particular referencia a la carta de derechos de la Ciudad de México . . . . .	539
César ASTUDILLO	

#### COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Da Tocqueville a Marshall, passando per Kelsen: il sincretismo del sistema messicano di giustizia costituzionale . . . . .	559
Paolo PASSAGLIA	

Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil . . .	579
João Paulino de OLIVEIRA NETO	
Le popolazioni indigene del Messico: una tutela giuridica avanzata (con alcuni aspetti di criticità) . . . . .	605
Mauro MAZZA	
Reglamentación de sesiones privadas en el Tribunal Electoral frente a los principios de justicia abierta . . . . .	623
Quetzalli CRUZ SOSA	
L'autonomia municipale negli Stati Uniti del Messico . . . . .	637
Claudia SARTORETTI	
La constitucionalidad de la cláusula de barrera instituida en Brasil por la Enmienda Constitucional 97 . . . . .	653
Fabio LIMA QUINTAS	
Brevi note sul sistema dei partiti in Messico . . . . .	675
Eleonora CECCHERINI	
La nueva Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz en el contexto del derecho procesal constitucional local mexicano . . . . .	693
Carlos Martín GÓMEZ MARINERO	
Il Diritto amministrativo messicano. Prospettive contemporanee a confronto con il processo evolutivo in America Latina. . . . .	707
Vincenzo de FALCO	
Costituzione economica multilivello ed effettività dei diritti sociali	725
Marcello SALERNO	

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional* . . . 747  
Sergio GARCÍA RAMÍREZ
- Pérez Fernández Ceja, Ydalia, *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno* . . . . . 755  
Sergio GARCÍA RAMÍREZ
- Camacho, César *et al.* (coords.), *Rendimiento institucional del Congreso en México* . . . . . 761  
Luis Héctor PÉREZ RAMOS
- Reis Novais, Jorge, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais* . . . . . 765  
Ricardo APARECIDO DE SOUTO  
Ricardo PINHA ALONSO  
Rogério CANGUSSU DANTAS CACHICHI  
Thayla de SOUZA
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La nulidad de la elección presidencial.* . . 775  
Jessica Avelina MARROQUIN VENTURA

ARTÍCULOS  
DOCTRINALES



## Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### *The Vulnerable Subjects in the “Transformative” Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

**RESUMEN:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido una nutrida y relevante jurisprudencia en el curso de cuatro décadas, a partir del establecimiento de ese tribunal regional en 1979, año en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa jurisprudencia consta de un importante número de sentencias, opiniones consultivas y resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias. En este artículo se ofrece un panorama de uno de los sectores más incisivos y trascendentes de la jurisprudencia interamericana, que concierne a los derechos y la situación jurídica de personas consideradas “vulnerables”, en virtud de la situación de debilidad, desvalimiento o marginación en que se encuentran. El contingente de los “vulnerables” constituye una parte sustancial de la población en los Estados sobre los que ejerce jurisdicción la Corte Interamericana. El autor pasa revista a los criterios adoptados por dicho tribunal acerca de diversas categorías de sujetos vulnerables, a los que se refieren varios instrumentos internacionales de alcance universal o regional. Al respecto, son muy significativas las Cien Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de personas en esa condición, y el Protocolo de

**ABSTRACT:** Since its establishment in 1979, the year in which the American Convention on Human Rights entered into force, the Inter-American Court of Human Rights has produced a rich and noteworthy case law over the course of four decades. This case law comprises a significant number of judgments, advisory opinions and decisions on provisional measures and the enforcement of judgments. This article provides an overview of one of the most decisive and transcendent sectors of inter-American case law, which pertains to the rights and legal status of persons considered “vulnerable” on account of the situation of weakness, helplessness or marginalization in which they find themselves. The “vulnerable” group constitutes a substantial part of the population in the States under the jurisdiction of the Inter-American Court. The author reviews the criteria adopted by the Court regarding various categories of vulnerable persons, referred to in various international instruments of universal or regional scope. In this sense, the Brasilia Regulations Regarding Access to Justice for Vulnerable People and the Santiago Protocol adopted by the Ibero-American Judicial Summit are very significant. The categories considered in this article are:

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Santiago adoptado por la Cumbre Iberoamericana de Tribunales. Las categorías que considera este artículo son: mujeres, niños y niñas, indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, migrantes, desplazados y personas privadas de libertad, a los que últimamente se añaden otros grupos que han merecido la atención del Tribunal: periodistas, defensores de derechos humanos e integrantes de la comunidad LGBTTI. La jurisprudencia interamericana sobre vulnerables ha influido en la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos en este ámbito geopolítico.

**Palabras clave:** Corte Interamericana, jurisprudencia, sentencias, opiniones consultivas, vulnerables, mujeres, niños, indígenas, afrodescendientes, discapacidad, migrantes, desplazados, personas privadas de libertad, periodistas, defensores de derechos, LGBTTI.

*women, children, indigenous people, people of African descent, people with disabilities, migrants, displaced people and people deprived of their liberty. To this list, other groups that have drawn the attention of the Court have recently been added: journalists, human rights defenders and members of the LGBTTI community. Inter-American case law on vulnerable persons has influenced the national incorporation of international human rights law in this geopolitical sphere.*

**Keywords:** *Inter-American Court, Case law, Judgments, Advisory opinions, Vulnerable persons, Women, Children, Indigenous peoples, People of African descent, Persons with disabilities, Migrants, Displaced persons, Persons deprived of their liberty, Journalists, Human Rights activists, LGBTTI.*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Introducción*. III. *Mujeres*. IV. *Niñas, niños y adolescentes*. V. *Indígenas*. VI. *Personas con discapacidad*. VII. *Migrantes*. VIII. *Personas en situación de pobreza*. IX. *Privados de la libertad*. X. *Periodistas*. XI. *Defensores de derechos humanos*. XII. *LGBTI*.

## I. PREÁMBULO

Desde la fecha de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>1</sup> y del establecimiento de la Corte Interamericana (Corte o Corte IDH),<sup>2</sup> ésta ha formado una jurisprudencia valiosa que ha influido en el ordenamiento y las prácticas de los Estados parte de ese tratado internacional. La propia Corte se ha ocupado en difundir amplia-

<sup>1</sup> La Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica. En los términos del artículo 72.4, entró en vigor el 18 de julio de 1978 al contar con la adhesión o ratificación de once Estados.

<sup>2</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida el 22 de mayo de 1979. *Cfr.* varios autores, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, 2a. ed., San José, Unión Europea, 1999, pp. 9 y 10.

mente su jurisprudencia, además de las obras publicadas con el mismo diseño.<sup>3</sup>

En esa jurisprudencia, que abarca los pronunciamientos emitidos a través de opiniones consultivas, sentencias en casos contenciosos, medidas provisionales y otras resoluciones, resulta particularmente relevante el tratamiento de temas relativos a sujetos “vulnerables”. A mi juicio, esta atención destacada integra —junto a las decisiones acerca de las consecuencias jurídicas de hechos ilícitos (reparaciones)— un tema sobresaliente en la doctrina jurisprudencial del tribunal de San José.

En otras ocasiones he analizado la jurisprudencia interamericana en torno a sujetos o grupos vulnerables, en general; para ello he presentado un panorama que comprende a diversas categorías de vulnerables examinadas por la Corte IDH.<sup>4</sup> En este artículo retomo esa materia, a partir de algunos pronunciamientos básicos del tribunal y, sobre todo, de las decisiones adoptadas en fechas recientes. No invoco aquí, por lo tanto, todas las resoluciones a propósito de estos temas. Quien desee conocer y analizar con detalle el conjunto de la jurisprudencia en cada una de las hipótesis que abarca este trabajo, puede hacerlo mediante la consulta directa de las opiniones y sentencias que figuran en el presente artículo, que suelen mencionar los precedentes. Por lo que toca a mis propias reflexiones en torno a estos temas, las referencias pertinentes figuran en los apartados sobre las diversas categorías de sujetos vulnerables.

Debo mencionar que en el breve panorama que ahora presento —en cuya elaboración ha participado Irving Rodríguez, becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a quien agradezco su colaboración— me referiré a algunas categorías o grupos que no aparecieron en

---

<sup>3</sup> La Corte ha difundido su jurisprudencia y publicaciones en su sitio web: <http://www.corteidh.or.cr>.

Cfr., asimismo, García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018, y *Panorama de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos*, México, CNDH —en prensa—; Salmón, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011, y Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo et al. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de la jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, ts. I-II.

<sup>4</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Los «vulnerables» ante la jurisdicción interamericana de los derechos humanos”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, núm. 105, 2013, pp. 225-246, y *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 657-673.



anteriores trabajos de mi autoría. Éstos aludieron a la jurisprudencia sobre mujeres, niños, indígenas, personas que tienen alguna forma de discapacidad, migrantes y sujetos privados de la libertad. En este artículo incluyo igualmente la referencia a otros sectores que deben ser considerados bajo el rubro de la jurisprudencia sobre grupos o sujetos vulnerables, que la Corte ha estudiado y que han motivado decisiones de notable importancia y trascendencia, a saber: integrantes del conjunto identificado con las siglas LGBTI, periodistas y defensores de derechos humanos. Actualmente —y desde hace tiempo—, todos ellos ofrecen las características de vulnerabilidad que determinan su inclusión en este examen jurisprudencial.

## II. INTRODUCCIÓN

Parece ilusorio —y seguramente lo es— proclamar el imperio de los derechos humanos y aguardar su efectiva práctica universal cuando un amplio sector de la población —sector mayoritario, inclusive— se halla en condiciones de desventaja que impiden o al menos obstruyen el acceso a derechos y garantías. Me refiero al universo de los vulnerables,<sup>5</sup> sea por motivos individuales, sea por pertenencia a grupos menos poderosos o francamente desvalidos.

---

<sup>5</sup> Conforme a las Reglas de Brasilia, la expresión “personas en situación de vulnerabilidad” comprende a quienes “por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o cultura, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, Brasilia, sección 2a. 1.

La “situación de vulnerabilidad” no debe entenderse como una condición de *ser*, sino de *estar*, “ya (que) no es la característica natural de la vida misma, sino las consecuencias de determinada organización jurídica, política y social que *hace* vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación, que no *son* vulnerables sino que *están* vulnerables”. Ribotta, Silvina, “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de la Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2, 2012, p. 8, disponible en: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_6\\_2012\\_2/REIB\\_06\\_02\\_04Ribotta.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf).

En la misma línea, *cf.* González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz”, *Revista IIDH*, vol. 47, p. 132.

El esfuerzo por generar condiciones de ejercicio razonable de los derechos humanos de aquellos titulares se manifiesta por múltiples vías que se hallan en curso. Entre éstas figuran las denominadas “leyes del más débil”,<sup>6</sup> a las que debe acompañar, en una vertiente aplicativa de suma relevancia, lo que podríamos denominar “jurisprudencia de los más débiles”, esto es, criterios jurisprudenciales —nacionales e internacionales— que generen condiciones de acceso a los derechos a favor de los vulnerables. A esto me he referido en varias ocasiones.<sup>7</sup> En la obra de la Corte esa jurisprudencia posee un lugar prominente. Constituye, en rigor, un dato característico de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos.

En el plano continental existe una fuerte tendencia en aquella dirección, que se muestra en diversas aportaciones de las cumbres judiciales, emisoras de documentos relevantes que concurren a sustentar la jurisprudencia de la región.<sup>8</sup> En el orden doméstico, los tribunales han producido orientaciones, lineamientos y disposiciones que marchan en el mismo sentido; así, por ejemplo, en el caso de México.<sup>9</sup>

En el orden público internacional campea el principio de igualdad<sup>10</sup> arraigado en el *jus cogens*,<sup>11</sup> del que la Corte Interamericana de Derechos

<sup>6</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, pp. 15 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos...*, cit., pp. 242-253.

<sup>8</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia..., cit.; Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, Santiago, 2014, y Protocolo de Actuación Judicial para Casos de Violencia de Género contra las Mujeres, Santiago, 2014.

<sup>9</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, 2a. ed., México, SCJN, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, México, 2a. ed., SCJN, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, SCJN, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, 2a. ed., México, SCJN, 2015; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, 2a. ed., México, SCJN, 2015; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, 2a. ed., México, SCJN, 2014, y *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2a. ed., México, SCJN, 2015.

<sup>10</sup> Cfr. OC-4/84, 19 de enero de 1984, párr. 55; *Espinoza González*, 20 de noviembre de 2014, párr. 216, y *Duque*, 26 de febrero de 2016, párr. 91.

Humanos se ha ocupado ampliamente.<sup>12</sup> Se trata de un postulado de importancia decisiva para la universalidad de los derechos fundamentales y las garantías que lo amparan. Por este medio se reconoce la unidad de dignidad de quienes integramos el género humano,<sup>13</sup> de la que deriva la admisión incuestionada de derechos y libertades a favor de todas las personas.

Empero, existen factores de hecho —y también, en su hora y circunstancia, de derecho— que plantean obstáculos de mayor o menor entidad para el verdadero disfrute de esos derechos. Ello obliga a establecer, a título de matiz o complemento del principio de igualdad —o factor para el efectivo imperio de éste—, un principio de signo característico: principio de “especificidad”,<sup>14</sup> que opera como factor de igualación de los titulares de derechos, naturalmente desiguales, a través de distintos medios acogidos por el orden nacional e internacional<sup>15</sup> en calidad de protecciones especiales<sup>6</sup>

---

<sup>11</sup> El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que el *jus cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Sobre este tema, *cfr.* Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>12</sup> *Cfr.* OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 101; *Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche)*, 29 de mayo de 2014, párr. 197, y *Duque*, 26 de febrero de 2016, párr. 91.

<sup>13</sup> *Cfr.* OC-4/84, 19 de enero de 1984, párr. 55, y *Flor Freire*, 31 de agosto de 2016, párr. 109.

<sup>14</sup> *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 56; García Ramírez, Sergio y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Coordinación de Humanidades-Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014, pp. 8 y 9, y mi voto razonado al caso *Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 2. En sentido similar, Owen Fiss señala que debe entenderse la cláusula de igualdad a partir de la integración del concepto “grupo desaventajado” —*group disadvantage*— que se refiere a un grupo social “que tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia”. Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, pp. 138 y 139.

<sup>15</sup> En este punto cobran presencia los factores de igualación en el ámbito procesal —igualdad por compensación—, invocados por Eduardo J. Couture en *Estudios de derecho procesal civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, t. I, pp. 275 y 276, y las tutelas específicas, a las que se refiere Roberto Berizonce en *Las tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009. Evidentemente, nos hallamos en el cauce del dere-

En este artículo, necesariamente breve dadas las reglas de publicación que debo atender, me propongo mirar hacia los datos sobresalientes de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a esta materia. Considero que la jurisprudencia del tribunal de San José tiene una de sus manifestaciones más destacadas precisamente en el ámbito que ahora nos interesa, y se inscribe en lo que podemos llamar, válidamente, la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana.

La realidad de nuestra América —la América Latina, “espacio judicial” de la Corte—<sup>17</sup> suscita esa atención especial hacia los integrantes de grupos reconocidos como vulnerables, algunos de los cuales no tienen la misma presencia en Europa, por ejemplo, y tampoco en áreas de la región sobre las que no se despliega la jurisprudencia del tribunal en vertiente contenciosa. En los siguientes apartados formularé una sucinta introducción a los diversos capítulos atendidos por la Corte en su desempeño jurisdiccional.

### III. MUJERES

Las mujeres constituyen la porción más numerosa de la población.<sup>18</sup> Sin embargo, han padecido un persistente y acentuado maltrato, que las constituye, paradójicamente, en “sector vulnerable”.<sup>19</sup> En el plano mundial figura un

---

cho social de orientación proteccionista. *Cfr.* García Ramírez, “El derecho social”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XV, núm. 59, julio-septiembre de 1965, pp. 633 y ss.

<sup>16</sup> En esa línea, la Corte IDH ha señalado que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”, y por ello resulta “imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. *Furlán y familiares*, 31 de agosto de 2012, párr. 134.

<sup>17</sup> En diversos trabajos me he referido a este “espacio”; por ejemplo, García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 33 y ss.

<sup>18</sup> En 2016, las mujeres constituían el 50.56% de la población de América Latina y el Caribe, mientras que en México representaban el 50.21%, disponible en: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL.FE.ZS?locations=ZJ&view=chart>.

<sup>19</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas..., *cit.*, sección 2a., 8; Protocolo de Actuación Judicial para Casos de Violencia de Género..., *cit.*, pp. 15 y 16, y el contenido general de CEDAW, *Observación General No. 19 “La violencia contra la mujer”*, 1992.

instrumento —ampliamente suscrito y adoptado por los Estados integrantes de la comunidad internacional— que pretende erradicar la discriminación que agravia a las mujeres.<sup>20</sup>

Por lo que toca al hemisferio americano, se ha pugnado de tiempo atrás por contar con estructuras internacionales que favorezcan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos de las mujeres. En este sentido, destaca la Comisión Interamericana de Mujeres,<sup>21</sup> primer órgano de su género en el mundo. En América se cuenta con una convención específica para combatir la violencia contra aquéllas, que es el instrumento interamericano que cuenta con el mayor número de Estados parte.<sup>22</sup> Los convenios mencionados, mundial y regional, han permeado en la legislación interna de los países americanos, entre ellos México.<sup>23</sup>

El tema de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres fue examinado por la Corte IDH a través de su competencia consultiva,<sup>24</sup> que apoyó esa igualdad y generó el “piso” de la jurisprudencia interamericana sobre cuestiones de género. Después de un largo periodo de ejercicio jurisdiccional en el que no hubo demandas por violación de derechos de mujeres —en su condición de tales, no a título de víctimas genéricas de vulneraciones, situación que fue muy frecuente—, el tribunal interamericano sostuvo su competencia para

---

<sup>20</sup> 189 Estados, entre ellos México, son parte de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979.

<sup>21</sup> Conforme al artículo 2o. de su Estatuto, la Comisión Interamericana de Mujeres es un órgano intergubernamental que funciona como el principal foro de debate y formulación de políticas públicas sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género. Esta organización internacional fue establecida en 1928 por la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cim/nosotros.asp>.

<sup>22</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, 1994, que cuenta con 32 Estados parte.

<sup>23</sup> Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres, 2006, México, y Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2007, México. En la misma línea, se reformaron diversas disposiciones del Código Penal Federal para introducir el tipo penal de feminicidio, y varios artículos relativos a delitos contra derechos reproductivos, hostigamiento y abuso sexual, discriminación, estupro, violación y fraude familiar. *Cfr.* “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”. Sobre este tema, *cfr.* Álvarez González, Rosa María y Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena (coords.), *Aplicación práctica de los modelos de prevención, atención y sanción de la violencia de género contra las mujeres. Protocolos de actuación*, 4a. ed., México, Conacyt-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

<sup>24</sup> *Cfr.* OC-4/84, 19 de enero de 1984, párrs. 64-67.

aplicar directamente la Convención de Belém do Pará, con fundamento en consideraciones sustantivas y procesales que franquearon la posibilidad de llevar a cabo esa aplicación.<sup>25</sup> Hay sentencias posteriores que reafirman la competencia de la Corte para conocer violaciones de aquel tratado.<sup>26</sup>

A partir del reconocimiento de su competencia para aplicar la Convención de Belém do Pará, la Corte ha conocido de distintos casos sobre violencia contra la mujer,<sup>27</sup> entre ellos: asuntos concernientes a violencia sexual<sup>28</sup> (incluida la violación sexual),<sup>29</sup> uso de estereotipos de género y omisión de prevenir e investigar con la debida diligencia,<sup>30</sup> falta de investigación y sanción en casos de violencia contra la mujer<sup>31</sup> —con especial énfasis en la investigación y juzgamiento con perspectiva de género—<sup>32</sup> y afectación a derechos sexuales y reproductivos.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Cfr. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en *Penal Miguel Castro Castro*, párrs. 3-32. En este caso, la Corte Interamericana declaró, por primera vez, que se había violado la Convención de Belém do Pará. Cfr. *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, puntos resolutivos 4 y 6. Fue aquí que la Corte se declaró competente (competencia material) para conocer violaciones a dicha Convención.

<sup>26</sup> Cfr. *González y otras* (“*Campo algodónero*”), 16 de noviembre de 2009, párrs. 35 y ss.; *Veliz Franco*, 19 de mayo de 2014, párrs. 36-38, y *Velásquez Paiz*, 19 de noviembre de 2015, párr. 19.

<sup>27</sup> Cfr. García Ramírez, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos de la mujer*, Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del país Vasco, vol. VIII, 2007, pp. 9-39.

<sup>28</sup> Cfr. *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, párr. 308, y *J.*, 27 de noviembre de 2013, párr. 360.

<sup>29</sup> Cfr. *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, párrs. 311 y 312; *Fernández Ortega y otros*, 30 de agosto de 2010, párrs. 116-132; *Rosendo Cantú y otra*, 31 de agosto de 2010, párrs. 106-122; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, 25 de octubre de 2012, párrs. 163-167, y *Espinoza González*, 20 de noviembre de 2014, párr. 194.

<sup>30</sup> Cfr. *González y otras* (“*Campo Algodonero*”), 16 de noviembre de 2009, párrs. 293 y 400-402; *Veliz Franco y otros*, 19 de mayo de 2014, párrs. 185 y 225; *Velásquez Paiz y otros*, 19 de noviembre de 2015, párrs. 145, 146 y 200-203; *Yarce y otras*, párrs. 194-196, y *Gutiérrez Hernández y otros*, 24 de agosto de 2017, párrs. 149, 184, 185.

<sup>31</sup> Cfr. *Masacre de las Dos Erres*, 24 de noviembre de 2009, párrs. 136-141; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, 25 de octubre de 2012, párrs. 255, y *Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”), 20 noviembre de 2012, párrs. 275, 276 y 281.

<sup>32</sup> Cfr. *González y otras* (“*Campo algodónero*”), 16 de noviembre de 2009, párr. 455; *Veliz Franco y otros*, 19 de mayo de 2014, párr. 251, y *Espinoza Gonzáles*, 20 de noviembre de 2014, párr. 309.

<sup>33</sup> Cfr. *I.V.*, 30 de noviembre de 2016, párrs. 220, 235, 254 y 297.



#### IV. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES<sup>34</sup>

Se ha dicho que los niños son los sujetos vulnerables por antonomasia.<sup>35</sup> En efecto, su condición suscita el ejercicio de una múltiple autoridad que puede culminar en el desconocimiento o la vulneración de sus derechos. Ocurre a través de acciones —o abstenciones— del Estado, de la sociedad y de la familia, tres sujetos a los que la Convención Americana atribuye deberes en relación con los niños,<sup>36</sup> lo que no ocurre en otros supuestos.

La situación de los menores de edad fue abordada por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, a la que se estima como “parteaguas” en la definición de los derechos de este gran contingente<sup>37</sup> y que cuenta con un número muy elevado de Estados parte.<sup>38</sup> A partir de esta Convención se ha producido un notable conjunto de reformas en la legislación secundaria.<sup>39</sup>

No existe un instrumento interamericano de naturaleza convencional acerca de los niños. Se cuenta con un organismo regional de protección de la infancia, vinculado a la Organización de los Estados Americanos.<sup>40</sup> La Corte Interamericana se ha ocupado de esta cuestión por diversas vías: a

<sup>34</sup> Individuos que aún no han cumplido dieciocho años. *Cfr.* artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, y Reglas de Brasilia..., *cit.*, regla 5.

<sup>35</sup> *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Prefacio”, en García Méndez, Emilio y Belloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, 1998, p. XI.

<sup>36</sup> *Cfr.* OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párrs. 62-70; *Gelman*, 24 de febrero de 2011, párr. 121, y *Forneron e hija*, 27 de abril de 2012, párr. 45. Del mismo modo, artículo 16 (derecho de la niñez) del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”, 1988, y artículos 3o. y 4o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Igualmente, *cfr.* García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad...*, *cit.*, pp. 37 y 38.

<sup>37</sup> *Cfr.* García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad...*, *cit.*, p. 32.

<sup>38</sup> El tratado cuenta con 196 Estados parte.

<sup>39</sup> *Cfr.* Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, México, 2011; Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México, 2014, y Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México, México, 2015.

<sup>40</sup> El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes es un organismo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que apoya a los Estados en el desarrollo, diseño e implementación de políticas públicas desde la perspectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. *Cfr.* <http://iin.oea.org/>.

través de opiniones consultivas<sup>41</sup> y de sentencias en casos contenciosos.<sup>42</sup> En este último acervo destaca, por su carácter promotor de la defensa de los niños, con el más amplio alcance, la decisión que recayó al caso *Niños de la Calle*.<sup>43</sup> En esta resolución, la Corte afirmó el deber estatal de generar condiciones de vida dignas para el desarrollo de los niños —aspecto positivo, se ha dicho, del derecho a la protección de la vida reconocido en el artículo 4o. de la CADH—. <sup>44</sup>

Es bien conocido el debate entre las corrientes denominadas “tutelar” y “garantista” en relación con el enjuiciamiento y el resguardo de los niños, particularmente los que se hallan en conflicto con la ley penal, a los que alguna vez se denominó “menores infractores”.<sup>45</sup> En la atención de estos asuntos y otros planteados en el mismo ámbito, la Corte Interamericana ha sostenido principios que informan su jurisprudencia sobre la materia: exaltación del interés superior del niño,<sup>46</sup> consideración de éste como titular de derechos —no sólo sujeto de protección—,<sup>47</sup> participación del niño en la definición de sus derechos,<sup>48</sup> desarrollo integral,<sup>49</sup> etcétera. Desde luego, la jurisprudencia interamericana se ha orientado en la línea que informa el principio de especificidad, esto es, el reconocimiento de las particularidades del niño, que justifican medidas especiales de pro-

<sup>41</sup> Cfr. OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, 28 de agosto de 2002, y OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014.

<sup>42</sup> Cfr. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 193 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Fondo, 19 de noviembre de 1999, párrs. 187-198.

<sup>44</sup> Cfr. *ibidem*, párrs. 191 y 197.

<sup>45</sup> Cfr. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la OC-17/02, párrs. 13 y ss. Asimismo, cfr. Ortega Soriano, Ricardo Alberto, *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2015, pp. 22-25.

<sup>46</sup> Cfr. OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párrs. 56 y ss.; *Bulacio*, 18 de septiembre de 2003, párr. 134, y *Furlan y familiares*, 31 de agosto de 2012, párr. 126.

<sup>47</sup> Cfr. OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párr. 41 y opinión 1.

<sup>48</sup> Cfr. *Atala Riffo y niñas*, 24 de febrero de 2012, párrs. 196 y ss.; *Furlan y familiares*, 31 de agosto de 2012, párr. 230, y *Familia Pacheco Tineo*, 25 de noviembre de 2013, párr. 223.

<sup>49</sup> Cfr. *Atala Riffo y niñas*, 24 de febrero de 2012, párrs. 108 y 196, y OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párrs. 41, 46-70, 80-92 y ss.



tección, como se desprende del artículo 19 de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador.<sup>50</sup>

La jurisprudencia del tribunal ha resaltado la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y adolescentes,<sup>51</sup> que se incrementa en algunas situaciones<sup>52</sup> —por ejemplo en los conflictos armados<sup>53</sup> y cuando existen condiciones de riesgo—. <sup>54</sup> El órgano jurisdiccional interamericano se ha pronunciado sobre las garantías de los menores de edad en procesos judiciales que definan o afecten sus derechos,<sup>55</sup> la situación de los menores privados de la libertad,<sup>56</sup> las garantías de los niños migrantes<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Cfr. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Fondo, 19 de noviembre de 1999, párr. 196.

<sup>51</sup> Cfr. *Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 de julio de 2004, párr. 76; *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca de Río Cacarica (Operación Génesis)*, 20 de noviembre de 2013, párrs. 329 y 330; *Veliz Franco y otros*, 19 de mayo de 2014, párr. 134, y *OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párr. 71.

<sup>52</sup> La Corte IDH se pronunció sobre la interseccionalidad de la discriminación; el tribunal señaló la particularidad de la discriminación sufrida por la víctima debido a la confluencia de diversos factores de vulnerabilidad. En ese caso, Talía Gabriela González era niña, mujer, tenía discapacidad, vivía con VIH y se hallaba en una posición económica desfavorable. Cfr. *Gonzales Lluy y otros*, 1o. de septiembre de 2015, párr. 285.

<sup>53</sup> Cfr. *OC-17/02*, 28 de agosto de 2002, párr. 82; “*Masacre de Mapiripán*”, Fondo, *Reparaciones y Costas*, 15 de septiembre de 2005, párr. 156.

<sup>54</sup> Cfr. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Fondo, 19 de noviembre de 1999, párr. 197; *Servellón García y otros*, 21 de septiembre de 2006, párrs. 116 y 117; *Ximenes López*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, 4 de julio de 2006, párr. 104, y *OC-17/02*, párr. 82.

<sup>55</sup> Cfr. *OC-17/02*, 28 de agosto de 2002, párrs. 92-98; *Atala Riffo y niñas*, 24 de febrero de 2012, párrs. 196 y ss., y *Mendoza y otros*, 14 de mayo de 2013, párrs. 144 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. *Bulacio*, 18 de septiembre de 2003, párrs. 126 y 134-136, e “*Instituto de Reeducación del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 160-163 y 230.

<sup>57</sup> Cfr. *OC-21/14*, “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”, 19 de agosto de 2014. Asimismo, Liwski, Norberto I., *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, disponible en: [http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones\\_liwski.pdf](http://www.derechosinfancia.org.mx/Documentos/Migraciones_liwski.pdf), y Ortega Velásquez, Elisa, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, CNDH, 2017. Sobre México, cfr. Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, *Personas en detención migratoria en México*, México, 2017, pp. 32 y ss.; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Prácticas relevantes de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en el triángulo norte y México*, San José, IIDH, 2016, pp. 21-65, y Lorenzen Martiny, Matthew James, *Migración de niñas, niños y adolescentes: antecedentes y análisis de información de la*

y refugiados,<sup>58</sup> e igualmente se ha ocupado de las medidas de protección debidas a los menores de edad con discapacidad.<sup>59</sup>

## V. INDÍGENAS<sup>60</sup>

La composición demográfica, histórica y actual de una buena parte del Continente Americano lleva a observar con particular atención el estado que guardan los pueblos originarios, la población indígena, y también la afrodescendiente, que llegó a América, para su desventura, en la era del esclavismo.<sup>61</sup> Ambas constituyen un relevante sector de la población en varios Estados del Continente y el Caribe.<sup>62</sup>

---

*red de módulos y albergues de los sistemas DIF, 2007-2016*, México, Consejo Nacional de Población, 2016, pp. 73-95.

<sup>58</sup> Cfr. *Familia Pacheco Tineo*, 25 de noviembre de 2013, párrs. 219-229.

<sup>59</sup> Cfr. *Furlan y familiares*, 31 de agosto de 2012, párrs. 128-139. En el mismo sentido, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 9, "Los derechos de los niños con discapacidad"*, 27 de febrero de 2007.

<sup>60</sup> El concepto de "pueblos indígenas" no posee un significado uniforme en el ámbito internacional; su definición se elabora a partir del contexto y circunstancias de cada Estado. Así, en América Latina el concepto es flexible y subjetivo, y atiende a criterios como la lengua materna, los lazos familiares y la autoidentificación, aunque en los últimos años se han incorporado elementos territoriales. Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, *The emergence of indigenous people*, Heidelberg-Nueva York-Londres-Dordrecht, Springer-El Colegio de México, 2013, pp. 46-48.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que si bien no existe un concepto único en el derecho internacional, hay elementos que guían hacia una aproximación: a) la descendencia de las poblaciones que habitaban antes de la conquista o el establecimiento de fronteras, y que, además, conserven sus instituciones, económicas, sociales y políticas o parte de ellas; b) conciencia de su identidad indígena, es decir, la autoidentificación; c) conexión territorial, y d) experiencias de discriminación o exclusión. Cfr. CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, pp. 10 y 11.

En México, el artículo 2o. de la Constitución define a los "pueblos indígenas" como "aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

<sup>61</sup> Cfr. Iturralde Nieto, Gabriela y Velásquez Gutiérrez, María Elisa, *Afrodescendientes en México. Una historia de silencio y discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2013, pp. 44-47.

<sup>62</sup> De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en 2010 existían 44,791,456 personas indígenas en el continente americano. Cfr.

En torno a los derechos de los indígenas, se han producido movimientos constitucionales y legislativos en diversos países,<sup>63</sup> como ha ocurrido en México,<sup>64</sup> asimismo, existe una normativa internacional que paulatinamente gana terreno<sup>65</sup> (con especial énfasis en el Convenio 169 de la OIT),<sup>66</sup> lo cual

---

CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago, Naciones Unidas, p. 43.

En lo que respecta a México, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el porcentaje de población que se autoadscribe como población indígena —reconocimiento que realiza la población con base en sus concepciones— ascendía a 21.5% del total de la población (29,882,688) en 2015, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/indicadores/#divFV6207019014>.

<sup>63</sup> En las últimas décadas se han adoptado leyes y reformas en los ordenamientos jurídicos de: Argentina (1994), Estado Plurinacional de Bolivia (1994, 2004 y 2009), Brasil (1988/2005), Colombia (1991 y 2003), Costa Rica (1999), Ecuador (1996, 1998 y 2008), El Salvador (1983/2000), Guatemala (1985/1998), Honduras (1982/2005), México (1992, 1994/1995 y 2001), Nicaragua (1987, 1995 y 2005), Panamá (1972, 1983 y 1994), Perú (1993 y 2005), Paraguay (1992), y Venezuela (República Bolivariana de) (1999). *Cfr.* CEPAL, *Los pueblos indígenas en América...*, *cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>64</sup> En 2001 se reformó el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incorporó diversos derechos de pueblos y comunidades indígenas. Asimismo, existen tanto leyes federales como locales. Las federales son: Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas y la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Las de entidades federativas —veintiséis— regulan los derechos, cultura y organización de los pueblos y comunidades indígenas, disponibles en: [http://www.cndh.org.mx/Indigenas\\_Marco\\_Normativo](http://www.cndh.org.mx/Indigenas_Marco_Normativo). La Suprema Corte ha adoptado un protocolo para la actuación en casos que involucren derechos de personas, comunidades o pueblos indígenas. *Cfr.* SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 45 y ss.

También, *cfr.* Cuevas Gayosso, José Luis, “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: el Estado pluricultural en México”, en varios autores, *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 96-105, y Toro Huerta, Mauricio Iván del y Juárez Santiago, Rodrigo, *La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos (una aproximación desde el análisis de las controversias electorales en comunidades indígenas)*, México, CNDH, 2015, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos.

<sup>65</sup> Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia..., *cit.*, 2008, y Protocolo de Actuación Judicial para casos de Violencia de Género..., *cit.*, 2014.

<sup>66</sup> El Convenio 169 adoptó normas que informaron la evolución del derecho internacional desde la adopción del Convenio 107. En el cuerpo de aquel Convenio se incorporó el reconocimiento del control que asumen sobre sus instituciones y formas

no implica, en modo alguno, ni remotamente, que los indígenas vivan y progresen en condiciones de igualdad —no quiero decir asimilación— con otros sectores de la población.

Como anteriormente he manifestado,<sup>67</sup> las violaciones a derechos humanos de los indígenas<sup>68</sup> pueden distribuirse en varios extremos, que conforman una severa tipología: eliminación física, que constituye etnocidio;<sup>69</sup> privación de territorios y otros bienes;<sup>70</sup> ataques a la cultura,<sup>71</sup> y obstáculos a la participación en la toma de decisiones, que atañe a los derechos políticos, entre otros.<sup>72</sup> Veamos enseguida un sucinto panorama sobre el desarrollo

---

de vida, y el fortalecimiento de su cultura e identidad. Lo anterior respondió a una reivindicación de la cultura de los pueblos indígenas. *Cfr.* Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Antecedentes doctrinarios del derecho internacional público moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, en Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales, contacto y cooperación a través de fronteras, Convenio 169 de la OIT, pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 29-32.

<sup>67</sup> *Cfr.* García Ramírez, “Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, 2007, pp. 31-44.

<sup>68</sup> Sobre este tema, *cfr.* Quintana Osuna, Karla I. y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, y Stavenhagen, Rodolfo, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000.

<sup>69</sup> *Cfr. Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, 19 de noviembre 2004, párrs. 49 y ss.; *Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párrs. 64, 93 y 103; *Masacres de Río Negro*, 4 de septiembre de 2012, párrs. 58 y 127, y *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal*, 30 de noviembre de 2016, párrs. 76, 77 y 160.

<sup>70</sup> *Cfr. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas*, 31 de agosto de 2001, párrs. 143 y ss.; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, 29 de marzo de 2006, párrs. 117 y ss., y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, 27 de junio de 2012, párrs. 85 y ss. He analizado el régimen de propiedad que corresponde a la comunidad indígena, diferente de la propiedad privada o el dominio pleno: una propiedad comunal como fundamento y garantía de los derechos individuales de los integrantes de aquella. *Cfr.* Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 31 de agosto de 2001, párrs. 12-17.

<sup>71</sup> *Cfr. Masacre Plan de Sánchez, Reparaciones*, 19 de noviembre de 2004, párrs. 85 y ss.; *Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, párrs. 146, 147 y 154; *López Álvarez*, 1o. de febrero de 2006, párrs. 169-174; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, 24 de agosto de 2010, párrs. 174-182; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, 27 de junio de 2012, párr. 213; *Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párrs. 146 y 147, y *Masacres de Río Negro*, 4 de septiembre de 2012, párr. 160.

<sup>72</sup> *Cfr. Yatama*, 23 de junio de 2005, párrs. 191-226; *Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párrs. 113-118, y *Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche)*, 29 de mayo de 2014, párrs. 383-386.

de la jurisprudencia relacionada con derechos y libertades de indígenas americanos y afrodescendientes.

La jurisprudencia interamericana ha sostenido que los pueblos y comunidades indígenas y tribales<sup>73</sup> son reconocidos en el ámbito internacional como sujetos colectivos de derecho.<sup>74</sup> Por consiguiente, la vulneración de sus derechos afecta tanto a la comunidad como a sus miembros.

En ese mismo sentido, la Corte IDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas, destacando la especial conexión de éstos con sus territorios ancestrales.<sup>75</sup> El tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios,<sup>76</sup> así como consultar a las comunidades cuando se afecten sus intereses,<sup>77</sup> y remover obstáculos que impidan el uso y goce de los bienes<sup>78</sup> y sus recursos naturales.<sup>79</sup>

Igualmente, la Corte IDH se ha pronunciado sobre las afectaciones de los pueblos en casos de desplazamiento forzado,<sup>80</sup> porque, como mencioné

---

<sup>73</sup> La Corte IDH ha conocido casos sobre comunidades tribales, que “no son pueblos indígenas de la región que habitan, pero comparten características similares con los pueblos indígenas”. *Pueblo Saramaka, Fondo*, 28 de noviembre de 2007, párr. 79.

<sup>74</sup> *Cfr. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, Fondo y Reparaciones*, 27 de junio de 2012, párr. 231, y *OC-22/16*, 26 de febrero de 2016, párrs. 72 y ss.

<sup>75</sup> *Cfr. Mayagna (Sumo) Awas Tigni, Fondo, Reparaciones y Costas*, 31 de agosto de 2001, párr. 149; *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, Fondo y Reparaciones*, 27 de junio de 2012, párr. 155; *Pueblos Kaliña y Lokono*, 25 de noviembre de 2015, párr. 129, y *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros*, 5 de febrero de 2018, párr. 115. Igualmente, *cfr.* Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2010, vol. X, enero-diciembre de 2010, pp. 49-91.

<sup>76</sup> *Cfr. Mayagna (Sumo) Awas Tigni, Fondo, Reparaciones y Costas*, 31 de agosto de 2001, párr. 164; *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros*, 8 de octubre de 2015, párr. 105, y *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros*, 5 de febrero de 2018, párr. 117.

<sup>77</sup> *Cfr. Pueblo Saramaka*, 28 de noviembre de 2007, párr. 143, y *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, Fondo y Reparaciones*, 27 de junio de 2012, párr. 155.

<sup>78</sup> *Cfr. Mayagna (Sumo) Awas Tigni, Fondo, Reparaciones y Costas*, 31 de agosto de 2001, párr. 153, y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros*, 8 de octubre de 2015, párr. 181.

<sup>79</sup> *Cfr. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, Fondo y Reparaciones*, 27 de junio de 2012, párr. 146, y *Pueblos Kaliña y Lokono*, 25 de noviembre de 2015, párr. 132.

<sup>80</sup> *Cfr. Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párr. 147, y *Masacres de Río Negro*, 4 de septiembre de 2012, párr. 177.

arriba, existe una relación especial entre las comunidades y sus tierras o territorios, lo cual podría generar afectaciones en su tejido étnico y cultural.<sup>81</sup>

## VI. PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>82</sup>

La tutela uniforme de los derechos de las personas tropieza con obstáculos derivados de las limitaciones físicas —con repercusión social— de muchas personas que presentan alguna forma de discapacidad.<sup>83</sup> De ahí la atención especial que es preciso adoptar en estos supuestos, a los que se refieren tanto la regulación mundial<sup>84</sup> como la interamericana, que se anticipó a aquélla.<sup>85</sup> Con la misma orientación se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de México a través de un protocolo específico,<sup>86</sup> y en igual sentido se orientan las Reglas de Brasilia<sup>87</sup> y el Protocolo de Santiago.<sup>88</sup>

La Corte Interamericana cuenta con resoluciones importantes a propósito de los derechos humanos de personas con discapacidad. En aquéllas

<sup>81</sup> *Cfr. Masacres de Río Negro*, 4 de septiembre de 2012, párr. 177.

<sup>82</sup> “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>83</sup> *Cfr. Gonzáles Lluy y otros*, 1o. de septiembre de 2015, párr. 237, y *Chinchilla Sandoval*, 29 de febrero de 2016, párr. 207. En la misma línea, *cfr.* Gallegos Flores, Joaquín, “Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Análisis teórico y normativo del sistema universal a la luz de los principios de libertad, igualdad y solidaridad”, en varios autores, *Discapacidad y derecho*, SCJN, 2016, pp. 44 y 45; Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca-Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2018, pp. 103 y ss., y SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia...*, *cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>84</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>85</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999.

<sup>86</sup> SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia...*, *cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>87</sup> “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia..., *cit.*, sección 2.3.

<sup>88</sup> Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia..., *cit.*, p. 231.



se afirma el deber del Estado de proveer vigilancia y cuidado sobre el trato a estas personas, incluso cuando quedan a cargo de sujetos o instituciones de derecho privado, por subrogación o encomienda estatal,<sup>89</sup> este es un deber de custodia que puede generar responsabilidades por omisión en la diligencia debida.<sup>90</sup>

El tribunal ha adoptado el modelo social de discapacidad,<sup>91</sup> que implica la interrelación de las deficiencias con las barreras sociales existentes. Por ello, la Corte ha establecido, por ejemplo, que vivir con VIH/Sida<sup>92</sup> o padecer infertilidad biológica<sup>93</sup> pueden ser consideradas discapacidades, en la medida en que impiden el pleno goce de derechos.

En lo que respecta al acceso a la justicia, el orden internacional de los derechos humanos de personas que presentan alguna forma de discapacidad —especialmente, pero no exclusivamente, alteraciones psíquicas— prevé la adopción de “medidas especiales” o “ajustes razonables”<sup>94</sup> en los procedimientos judiciales, a fin de asegurar el buen acceso a la justicia y la emisión de decisiones justas.<sup>95</sup> En esta dirección existe normativa mexicana inserta en el Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>96</sup>

En el tema de la ejecución de penas, la Corte Interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido, es decir, por la adopción de ajustes razonables en los casos que involucren a personas con discapacidad, para eliminar los

<sup>89</sup> *Cfr. Ximenes Lopes*, 4 de julio de 2006, párrs. 89 y 90.

<sup>90</sup> *Cfr. ibidem*, párrs. 133 y ss.

<sup>91</sup> “[E]l modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno”. *Furlan y familiares*, párr. 133; *Gonzalés LLuy y otros*, 1o. de septiembre de 2015, párr. 237, y *Chinchilla Sandoval*, 29 de febrero de 2016, párr. 207.

<sup>92</sup> *Cfr. Gonzalés Lluy y otros*, 1o. de septiembre de 2015, párrs. 236-238.

<sup>93</sup> *Cfr. Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*, 28 de noviembre de 2012, párr. 293.

<sup>94</sup> Las “medidas especiales” o “ajustes razonables” son las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Artículo 2o. de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (2006). Con las particularidades del caso, *cfr. Chinchilla Sandoval*, 29 de febrero de 2016, párrs. 208 y ss.

<sup>95</sup> *Cfr. Furlan y familiares*, 31 de agosto de 2012, párr. 196. Además, artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>96</sup> Artículos 10, 109, f.XII y 414 del Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2014.

obstáculos que les impiden ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.<sup>97</sup> La normativa mexicana, tanto federal como local, adopta la misma perspectiva sobre el tratamiento de personas con discapacidad privadas de la libertad.<sup>98</sup>

## VII. MIGRANTES<sup>99</sup>

Los procesos migratorios —internos e internacionales— datan de mucho tiempo y revisten múltiples características. En la actualidad, la migración internacional ofrece rasgos peculiares tanto en América como en otras regiones del mundo. Son bien conocidos los problemas que estos procesos plantean en Europa: así, entre los Estados europeos y diversas comunidades asiáticas, africanas o americanas.<sup>100</sup> La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha destacado la existencia de un gran número de migrantes internacionales,<sup>101</sup> la localización de las corrientes migratorias y

<sup>97</sup> Cfr. *Chinchilla Sandoval*, 29 de febrero de 2016, párrs. 208 y ss.

<sup>98</sup> La Ley Nacional de Ejecución Penal dispone en su artículo 4o. los principios rectores del ordenamiento, entre los cuales se encuentra la igualdad, que comprende la aplicación de ajustes razonables en casos de personas con discapacidad. En el mismo sentido, la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción para el Distrito Federal establece, en su artículo 9o., el uso de ajustes razonables para que las personas con discapacidad compurguen la pena conforme a los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>99</sup> En el ámbito internacional no existe un concepto uniforme sobre el término “migrante”, aunque es usualmente utilizado para referirse a quienes se encuentran fuera de su país o territorio de origen de manera voluntaria. Cfr. CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, p. 124, y Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Glosario sobre migración*, OIM, 2006, p. 41. En cambio, en el ámbito nacional, la Ley de Migración (artículo 3o.) define al migrante como: “individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación”.

<sup>100</sup> Cfr. ONU, Informe del Secretario General, *Migración internacional y desarrollo*, 2 de agosto de 2010, párrs. 11 y ss. Asimismo, cfr. Bustamante, Jorge A., *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002; “Los derechos del extraño: migrantes y desplazados”, prólogo de Sergio García Ramírez a Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Migrantes. Voces, rostros y sueños compartidos*, México, CNDH, 2016, pp. 15-33; Morales Gamboa, Abelardo, “Dinámica actual y contexto de las migraciones en América Latina”, *Revista IIDH*, San José, 9-11 de agosto de 2004, pp. 1-60, y Council of European Union, General Secretariat of the Council, *Council conclusions on migration*, October 12th 2015, p. 2.

<sup>101</sup> De acuerdo con la OIM, en 2015 el número de migrantes ascendió a 243,700,236, lo que representó el 3.3% de la población mundial. Cfr. OIM, *World Migration Report*



el hecho de que ese conjunto constituiría, de hallarse concentrado, uno de los países más poblados del planeta.<sup>102</sup>

Existen múltiples cuestiones asociadas al fenómeno migratorio: el trabajo de quienes cruzan las fronteras nacionales de manera formal y de quienes lo hacen sin contar con los documentos que acrediten su estancia legal en el país de tránsito o destino;<sup>103</sup> la situación en que se hallan los familiares de los migrantes en general, y especialmente de los trabajadores migrantes indocumentados; los derechos de aquéllos y éstos; los problemas que surgen con motivo de procedimientos administrativos o judiciales en relación con migrantes; y el gran flujo de recursos económicos que éstos hacen llegar a sus familiares en los países de origen —las denominadas “remesas”, que son cuantiosas y contribuyen significativamente a la economía familiar—.<sup>104</sup>

El derecho internacional cuenta con instrumentos a propósito de la situación jurídica de los migrantes.<sup>105</sup> En el orden jurídico mexicano se han

---

2018, OIM, 2017, p. 15. En México, según el INEGI, la población migrante de 5 años y más ascendía a 3,292,310 en 2010.

<sup>102</sup> Cfr. OIM, *World Migration...*, cit., p. 19. Sobre las tendencias globales de migración, cfr. OIM, *Global Flows*, disponible en: <http://www.iom.int/world-migration>. Acerca de los movimientos migratorios de refugiados y solicitantes de asilo, véase, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Global Trends 2010*, UNHCR, 2011, disponible en: <http://www.unhcr.org/4dfa11499.html>. Sobre la situación de la migración en América Latina, cfr. CIDH, *Movilidad humana...*, cit., pp. 17-34.

<sup>103</sup> Cfr. OIM, *World Migration Report...*, cit., pp. 13 y ss.

<sup>104</sup> Las remesas alcanzaron una cifra global de “536,989 mil millones de dólares” en 2016; en México, la cifra fue de “28,691 mil millones”. Cfr. <https://data.worldbank.org/indicator/BX.TRF.PWKR.CD.DT?end=2016&start=1970&view=chart>. Sobre este tema, cfr. Orozco, Manuel, “Remesas hacia Latinoamérica y el Caribe: cuestiones y perspectivas acerca del desarrollo”, *Revista IIDH*, San José, 9-11 de agosto de 2004, pp. 61-134.

<sup>105</sup> La CIDH señala que en el ámbito internacional existen dos grandes regímenes normativos que regulan la situación jurídica de los migrantes: por una lado, los regímenes específicos sobre la protección de apátridas, refugiados, víctimas de trata y desplazados internos, y por otro, el derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. CIDH, *Movilidad humana...*, cit., párrs. 82 y ss.

Dentro del primer régimen se encuentran, entre otros instrumentos: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 1954; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967; Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, 1975; Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 1999; Protocolo para Prevenir, Reprimir y San-

producido importantes novedades en este ámbito;<sup>106</sup> así, se suprimió la criminalización de migrantes indocumentados a través de tipos penales específicos.<sup>107</sup> No obstante el relevante aparato normativo internacional y nacional, la situación de los migrantes sigue siendo grave y en muchas ocasiones crítica; padecen múltiples obstáculos para el desarrollo regular de su vida y sufren innumerables violaciones a sus derechos humanos.<sup>108</sup>

cionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000, y Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), 2009.

En el segundo, entre otros instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos VIII y XXVII), 1948; Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 9o., 13 y 14), 1948; Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 2o., 3o. y 4o.), 1963; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13), 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22), 1969, y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 12), 1981.

Sobre los derechos humanos de las personas migrantes en el derecho internacional, *cfr.* Calleros Alarcón, Juan Carlos (coord.), *La protección de los derechos humanos de las personas migrantes: una guía para las y los servidores públicos*, México, Centro de Estudios Migratorios-Unidad de Política Migratoria, 2012, pp. 57 y ss.

<sup>106</sup> En el ámbito nacional existen leyes generales que regulan la movilidad —Ley de Migración, 2011, y Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, 2011—, y también se han generado leyes en el ámbito local para la protección de los migrantes, por ejemplo, la Ley de Interculturalidad, Atención a Migrantes y Movilidad Humana en el Distrito Federal, 2011.

Además, *cfr.* varios autores, *La protección de los derechos humanos de las personas migrantes...*, *cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>107</sup> En 2011, se derogaron diversos tipos penales en materia migratoria: artículo 156 del Código Penal Federal, y artículos 138 y 139 de la Ley General de Población.

<sup>108</sup> *Cfr.* CIDH, *Movilidad humana...*, *cit.*, párrs. 8-10, 16 y ss. La Corte Interamericana ha señalado que “(g)eneralmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”. *OC-18/03*, párr. 112.

De la misma forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha resaltado la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes debido a las dificultades culturales y económicas que afrontan, así como a la violencia y discriminación de las que son víctimas. *Cfr.* Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “*Protección de los migrantes*”, 24 de febrero de 2000, p. 2.

La jurisprudencia interamericana ha tenido un interesante desempeño en esta materia.<sup>109</sup> Se ha ocupado de un amplio conjunto de cuestiones: derechos de extranjeros sujetos a procedimientos penales, que deben contar con protección consular —ésta figura en el marco del debido proceso, como garantía de defensa adecuada—,<sup>110</sup> garantías indispensables en procedimientos migratorios;<sup>111</sup> derechos humanos de los trabajadores migrantes indocumentados, que no pueden ser vulnerados por la normativa interna de los países de residencia o por las políticas adoptadas por éstos en diversos rubros;<sup>112</sup> derecho de buscar y recibir asilo<sup>113</sup> u obtener la condición de refugiado;<sup>114</sup> principio de no devolución;<sup>115</sup> prohibición de expulsiones colectivas determinadas por motivos raciales;<sup>116</sup> rechazo a la apatridia,<sup>117</sup> y derechos de quienes se han visto desplazados de los lugares de su origen o residencia por diversos factores: económicos, políticos, delictivos, etcétera.<sup>118</sup> Existe una relevante jurisprudencia acerca de desplazamientos internacionales o domésticos,<sup>119</sup>

<sup>109</sup> Cfr. Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, CNDH, 2015, pp. 34-62.

<sup>110</sup> Cfr. *OC-16/99*, 1o. de octubre de 1999, párr. 122; *Bueno Alves*, 11 de mayo de 2007, párr. 116; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, 21 de noviembre de 2007, párr. 164, y *Vélez Loor*, 23 de noviembre de 2010, párrs. 157-159. También, cfr. Prólogo de Héctor Fix Zamudio, en *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2001.

<sup>111</sup> Cfr. *OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, párrs. 122 y ss.; *Vélez Loor*, 23 de noviembre de 2010, párr. 143; *Nadege Dorzema*, 24 de octubre de 2012, párr. 159, y *OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párrs. 108 y ss.

<sup>112</sup> Cfr. *OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, párrs. 149 y 153.

<sup>113</sup> Cfr. *Familia Pacheco Tineo*, 25 de noviembre de 2013, párrs. 137 y ss., y *OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párrs. 73-82.

<sup>114</sup> Cfr. *Familia Pacheco Tineo*, 25 de noviembre de 2013, párrs. 144-150.

<sup>115</sup> Cfr. *ibidem*, párrs. 151-153; *Wong Ho Wing*, 30 de junio de 2015, párrs. 127-129, y *OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párrs. 207 y ss.

<sup>116</sup> Cfr. *Nadege Dorzema y otros*, 24 de octubre de 2012, párrs. 176-178 y 228-238, y *Personas haitianas y dominicanas expulsadas*, párrs. 381-384 y 398-404.

<sup>117</sup> Cfr. *Niñas Yean y Bosico*, párrs. 142, 155 y 167; *Personas haitianas y dominicanas expulsadas*, 28 de agosto de 2014, párrs. 256-264, y *OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, párrs. 94-96.

<sup>118</sup> Cfr. *Comunidad Moiwana*, 15 de junio de 2005, párr. 111; *Masacres de Mapiripan, Fondo, Reparaciones y Costas*, 15 de septiembre de 2005, párrs. 171 y ss.; *Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párr. 149, y *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal*, 30 de noviembre de 2016, párrs. 175 y 176.

<sup>119</sup> La Corte IDH ha considerado que son desplazados internos “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su

como secuela o efecto de contiendas internas.<sup>120</sup> Asimismo, el tribunal interamericano ha dictado pertinentes medidas provisionales para proteger a los migrantes —adultos o niños— de violaciones muy graves, inminentes, difícilmente reparables por otros medios.<sup>121</sup>

### VIII. PERSONAS EN SITUACIÓN DE POBREZA<sup>122</sup>

Las condiciones de pobreza o incluso de indigencia o miseria que padecen amplios sectores de la sociedad favorecen la vulneración de derechos

lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos..., y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. *Chitay Nech y otros*, 25 de mayo de 2010, párr. 140.

<sup>120</sup> *Cfr. Masacres de Mapiripan, Fondo, Reparaciones y Costas*, 15 de septiembre de 2005, párr. 172; *Masacres de Ituango*, 1o. de julio de 2006, párr. 208; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, 25 de octubre de 2012, párr. 193, y *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, 20 de noviembre de 2013, párrs. 283 y ss.

<sup>121</sup> *Cfr. Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000, puntos resolutivos 3-6, y *Asunto Wong Ho Wing*. Medidas Provisionales respecto del Perú. Resolución de la Corte del 28 de mayo de 2010, punto resolutivo 1.

<sup>122</sup> No existe un concepto único de “pobreza” o “pobreza extrema”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”. *Cfr. ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001, párr. 8. Por otro lado, la CIDH ha determinado que “la pobreza constituye un problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. La situación de pobreza trae consigo una exposición acentuada a violaciones de derechos humanos; vulnerabilidad incrementada por las restricciones derivadas de la situación socioeconómica de las personas”. CIDH, *Pobreza y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, párr. 92. En México, el Coneval adopta un criterio multidimensional de pobreza; considera que “(u)na persona se encuentra en situación de pobreza multidimensional cuando no tiene garantizado el ejercicio de al menos uno de sus derechos para el desarrollo social,

humanos, además de la violación que aquellas condiciones entrañan, por sí mismas, en tanto impiden o reducen la calidad de vida o desarrollo de quienes las padecen. Son diversas las caracterizaciones de la pobreza, que no pretendo examinar en este artículo. En todo caso, procede señalar que la pobreza se identifica como factor de vulnerabilidad —que obstruye el acceso a la justicia— tanto en las Reglas de Brasilia<sup>123</sup> como en el Protocolo de Santiago de Chile.<sup>124</sup>

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana hay resoluciones atentas al problema de la pobreza.<sup>125</sup> Así, se releva del agotamiento de recursos internos a quien, merced a su situación de indigencia, no puede valerse de aquéllos y necesita acceder a la vía internacional.<sup>126</sup> Igualmente, la Corte se ha pronunciado sobre el derecho de los pobres a contar con defensa en procedimientos judiciales —no sólo penales— y el consiguiente deber estatal de proveer defensa pública en esas situaciones.<sup>127</sup>

---

y si sus ingresos son insuficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades”. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, 2a. ed., Coneval, 2014, p. 37.

Igualmente, *cf.* Parra Vera, Óscar, “Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano. El rol de análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional”, *Revista IIDH*, vol. 56, p. 274, y Cáceres, Luis Rene *et al.*, “Pobreza y derechos humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano”, en varios autores, *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? Democracia vs. desigualdad (2007-2011)*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 13-155.

<sup>123</sup> Reglas de Brasilia..., *cit.*, sección 2a., punto 7.

<sup>124</sup> El protocolo no hace referencia específica a las personas en situación económica desfavorable; sin embargo, el documento refiere al principio de no discriminación en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, los cuales suelen ser estigmatizados por su situación de pobreza; igualmente, se refiere a la adopción de medidas especiales en aquellos casos de menores de edad en situación de riesgo. *Cfr.* Protocolo iberoamericano de actuación judicial..., *cit.*, pp. 33 y 41.

<sup>125</sup> Sobre este punto, *cf.* Parra Vera, Óscar, “Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano...”, *cit.*, pp. 288-301, y Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 206-214.

<sup>126</sup> *Cfr.* OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 31.

<sup>127</sup> *Cfr.* Vélez Loor, 23 de noviembre de 2010, párr. 146; OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 28, y OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 126.

El tribunal ha manifestado, asimismo, que la pobreza es un reflejo de la exclusión de grupos sociales, y ha apuntado que la condición económica también es causa de violaciones<sup>128</sup> o agravante de éstas;<sup>129</sup> en especial, destacó la interrelación entre la pobreza y la exclusión social con respecto a la discapacidad.<sup>130</sup>

Aunado a lo anterior, el tribunal se ha pronunciado acerca de una de las facetas de la pobreza: la falta de acceso a servicios básicos. La Corte ha considerado que la falta de acceso a alimentación, agua, salud<sup>131</sup> y educación,<sup>132</sup> así como la precariedad de los servicios en centros de reclusión,<sup>133</sup> constituyen violaciones relacionadas con la situación económica de las personas.

En 2016, el tribunal se pronunció por primera vez sobre la discriminación estructural histórica que sufrieron 85 trabajadores en razón de una “categoría sospechosa” establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana —“posición económica”—, condenando al Estado por no considerar ese factor de vulnerabilidad de los trabajadores.<sup>134</sup> En este caso, la situación en que se hallaban los trabajadores constituía una forma de esclavitud.<sup>135</sup>

## IX. PRIVADOS DE LA LIBERTAD

La privación de libertad es una situación que trae consigo la especial vulnerabilidad de quienes se hallan sujetos a esta restricción o limitación de un derecho fundamental.<sup>136</sup> Nos referimos a la privación de la libertad en

<sup>128</sup> Cfr. *Servellón García y otros*, 21 de septiembre de 2006, párr. 117.

<sup>129</sup> Cfr. *Uzcátegui y otros*, 3 de septiembre de 2012, párr. 204.

<sup>130</sup> Cfr. *Ximenes Lopes*, 4 de julio de 2006, párr. 104.

<sup>131</sup> La Corte ha resaltado que la extrema pobreza es un factor de morbilidad y mortalidad materna. Cfr. *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, 24 de agosto de 2010, párr. 233.

<sup>132</sup> Cfr. *Comunidad indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, párrs. 161-176, y *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, 24 de agosto de 2010, párrs. 268-274.

<sup>133</sup> Cfr. “*Instituto de Reeducción del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 159-163.

<sup>134</sup> Cfr. *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, 20 de octubre de 2016, párrs. 334-341. Sobre la incorporación de la situación económica como categoría sospechosa, cfr. Voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, 20 de octubre de 2016, párrs. 4 y ss.

<sup>135</sup> Cfr. *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, 20 de octubre de 2016, párrs. 304-306, 343, y punto resolutivo 3.

<sup>136</sup> Se presenta una especial situación de vulnerabilidad debido al fuerte control o dominio que ejerce la autoridad sobre quienes se hallan en estas condiciones; además, la



los términos y por los supuestos recogidos tanto en el Convenio europeo sobre derechos fundamentales<sup>137</sup> como en los principios enunciados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>138</sup> que abarcan cualquier forma de privación de la libertad por disposición del poder público, no sólo los supuestos vinculados a un procedimiento penal o a una sentencia de condena. Esta situación adquiere especial gravedad en las hipótesis de internamiento en las denominadas “instituciones totales”.<sup>139</sup>

En la jurisprudencia interamericana destaca la atención a la muy deplorable situación que guardan los sujetos privados de libertad —procesados, sentenciados, internos en establecimientos de educación o salud—. La Corte ha señalado las pésimas condiciones que prevalecen en muchos establecimientos de custodia y ejecución de penas,<sup>140</sup> que a menudo son escenarios de violaciones graves y masivas de los derechos de sus habitantes.<sup>141</sup> La Corte ha dictado resoluciones notables en casos que pudieran caracterizarse como “paradigmáticos”,<sup>142</sup> tomando en cuenta la extrema violencia que han padecido los internos, tanto adultos como menores de edad.

---

privación de la libertad conlleva la restricción de otros derechos. *Cfr.* “*Instituto de Reeducación del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 152 y 154.

<sup>137</sup> Artículo 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

<sup>138</sup> *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131o. periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

<sup>139</sup> Las “instituciones totales”, como la prisión, entrañan que la vida cotidiana de quienes se encuentran reclusos en ellas se halle “sujeta a una minuciosa orientación, con múltiples modalidades y restricciones sobre todas las actividades del recluso, mucho más que la vida del individuo libre. Se trata de una experiencia específica, desconocida para la gran mayoría de la población”; García Ramírez y Martínez Breña, *Presos y prisiones...*, *cit.*, p. 97. Asimismo, *cfr.* mis votos razonados en *Bulacio*, 18 de septiembre de 2003, párr. 23, y *Ximenes Lopes*, 4 de julio de 2006, párr. 22.

<sup>140</sup> *Cfr.* *Loayza Tamayo, Fondo*, 17 de septiembre de 1997, párr. 58; “*Instituto de Reeducación del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 159-170; *Chinchilla Sandoval*, 29 de febrero de 2016, párr. 169 y ss., y *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 2004, considerando 10.

<sup>141</sup> *Cfr.* “*Instituto de Reeducación del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 147 y ss.; *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, párrs. 267 y ss., y *Pacheco Teruel y otros*, 27 de abril de 2012, párrs. 63 y ss.

<sup>142</sup> *Cfr.* *Neira Alegría, Fondo*, 19 de enero de 1995, párrs. 60 y ss.; *Durand y Ugarte, Fondo*, 16 de agosto de 2000, párrs. 64 y ss.; “*Instituto de Reeducación del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párrs. 147 y ss.; *Montero Aranguren y otros (Reten de Catia)*, 5

En esta materia destacan los señalamientos sobre las condiciones de vida digna que es debido asegurar a los reclusos,<sup>143</sup> la prohibición de medidas que inciden sobre derechos humanos más allá de la afectación inherente a la pena privativa de libertad en sí misma,<sup>144</sup> el deber especial de garantía que incumbe al Estado con respecto a quienes se hallan sujetos a restricciones en el ejercicio de su libertad,<sup>145</sup> etcétera.

## X. PERIODISTAS<sup>146</sup>

Hasta aquí me he referido a individuos o grupos reconocidos como vulnerables en documentos internacionales y protocolos que he citado en los

---

de julio de 2006, párrs. 63 y ss.; *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, párrs. 233 y ss., y *Pacheco Teruel y otros*, 27 de abril de 2012, párrs. 63 y ss.

<sup>143</sup> *Cfr.* “*Instituto de Reeducción del Menor*”, 2 de septiembre de 2004, párr. 159; *Lori Berenson Mejía*, 25 de noviembre de 2004, párr. 102, y *García Asto y Ramírez Rojas*, 25 de noviembre de 2005, párr. 221. En el mismo sentido, la Corte IDH señaló en su Informe ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA que “(e)n diversos casos se ha observado que existe una verdadera crisis en el sistema de reclusorios para adultos y menores de edad. Esta crisis se traduce en extrema violencia y genera riesgos constantemente señalados. La Corte ha dictado resoluciones sobre medidas provisionales en las que se formulan diversas observaciones a este respecto y se urge a las autoridades a revisar a fondo el sistema de reclusorios. Parece indispensable que la Organización y los Estados dediquen especial atención al examen de este problema y provean soluciones inmediatas y progresivas, según las circunstancias”. Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2005*, 16 de marzo de 2006, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2344/06, pp. 18 y 19.

<sup>144</sup> *Cfr.* *Penal Miguel Castro Castro*, 25 de noviembre de 2006, párr. 314.

<sup>145</sup> *Cfr.* *Bulacio*, 18 de septiembre de 2003, párr. 126; *Tibi*, 7 de septiembre de 2004, párr. 129, y *Vélez Loor*, 23 de noviembre de 2010, párr. 216.

<sup>146</sup> Si bien el concepto de “periodista” dista de ser uniforme en nuestro continente, los órganos del sistema interamericano han señalado que “el periodista profesional es simplemente quien ejerce su libertad de expresión en forma continua, estable y remunerada”. CIDH, Relatoría especial para la libertad de expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 168. Igualmente, *cfr.* Corte IDH, *OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, párr. 74, y *Vélez Restrepo*, 3 de septiembre de 2012, párr. 140.

En México, la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas señala, en su artículo 2o., que se entiende por periodista a “(l)as personas físicas, así como medios de comunicación y difusión públicos, comunitarios, privados, independientes, universitarios, experimentales o de cualquier otra índole cuyo trabajo consiste en recabar, generar, procesar, editar, comentar, opinar, difundir, publicar o pro-



diversos apartados de este artículo. Sin embargo, la relación que he mencionado no agota el tema de los vulnerables desde la perspectiva de los derechos humanos y al amparo de la jurisprudencia tutelar de la Corte Interamericana. Las condiciones de la vida social y política —en constante cambio— y las novedades de la cultura, que pone a la vista espacios que se hallaban ocultos o distraídos, han incrementado el universo de quienes hoy día resultan vulnerables —y han sido efectivamente vulnerados, en el curso de muchos años o en el presente— y de los que se ha ocupado, con especial acento, el tribunal de San José.

Es así que conviene agregar a la relación formulada hasta ahora otros actores del amplio campo de los derechos humanos cuya presencia y protección jurisdiccional —además de la provista por la Comisión Interamericana— figura en opiniones consultivas, sentencias o medidas provisionales de la mayor importancia. Concurren a integrar la jurisprudencia “transformadora” del tribunal de San José.

Por el orden de aparición en la escena de la tutela jurisdiccional, parece pertinente mencionar en primer término a los periodistas. De la actividad de éstos se ha ocupado la Corte en diversas oportunidades,<sup>147</sup> reconociendo la importancia y trascendencia de la función del periodista en la sociedad democrática.<sup>148</sup> La jurisprudencia carga el acento sobre la protección especial que merecen los periodistas,<sup>149</sup> frecuentemente asediados o victimados por acciones autoritarias que vulneraron distintos derechos: protección de la vida, integridad personal, expresión, entre otros.<sup>150</sup> Han sido frecuentes las sentencias y las medidas provisionales en este ámbito.

---

veer información, a través de cualquier medio de difusión y comunicación que puede ser impreso, radioeléctrico, digital o imagen”.

<sup>147</sup> Cfr. *OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985; *Herrera Ulloa*, 2 de julio de 2004, párrs. 105 y ss.; *Kimel*, 2 de mayo de 2008, párrs. 51 y ss.; *Fontevicchia y D’amico*, 29 de noviembre de 2011, párrs. 42 y ss.; *Vélez Restrepo*, 3 de septiembre de 2012, párrs. 123 y ss., y *Memoli*, 22 de agosto de 2013, párrs. 117 y ss.

<sup>148</sup> Cfr. *Ivcher Bronstein*, 6 de febrero de 2001, párrs. 149 y 150; *Herrera Ulloa*, 2 de julio de 2004, párrs. 117 y 118, y CIDH, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 165-169.

<sup>149</sup> Cfr. *Ivcher Bronstein*, 6 de febrero de 2001, párr. 150; *Herrera Ulloa*, 2 de julio de 2004, párr. 119, y *Vélez Restrepo y familiares*, 3 de septiembre de 2012, párr. 194.

<sup>150</sup> Cfr. *Carpio Nicolle y otros*, 22 de noviembre 2004, párrs. 76 y 82; *Vélez Restrepo y familiares*, 3 de septiembre de 2012, párrs. 142-148; *Perozo y otros*, 28 de enero de 2009, párrs. 141-143, y *Granier y otros (Radio caracas televisión)*, 22 de junio de 2015, párrs. 197 y 198.

Es preciso reconocer que el libre ejercicio del periodismo se ha visto sujeto a presiones y agresiones inaceptables, que proliferaron —y permanecen— en diversos países. Esto vulnera tanto los derechos de los profesionales del periodismo y sus allegados como el “ámbito general” de los derechos humanos. Diversos señalamientos de organismos internacionales han puesto en evidencia la violación de derechos humanos de periodistas en México, que ha recibido enérgicas recomendaciones de las relatorías sobre libertad de expresión de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana.<sup>151</sup> Si ha habido violación frecuente de derechos de periodistas, determinada por el desempeño profesional de éstos, se justifica que se les considere como una categoría de individuos vulnerables y que la Corte IDH resuelva medidas especiales de protección a cargo del Estado.<sup>152</sup>

## XI. DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS<sup>153</sup>

La creciente y comprometida actividad de instituciones de la sociedad civil y de individuos que actúan en la promoción y defensa de los derechos

<sup>151</sup> Cfr. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión sobre su misión a México*, A/HRC/17/27/Add.3, 19 de mayo de 2011, párrs. 90-96; ONU-CIDH, *Relatores especiales sobre libertad de expresión*, Observaciones preliminares, visita conjunta a México, 27 de noviembre al 4 de diciembre 2017, párrs. 8 y ss.; CIDH, *Relatoría especial para la libertad de expresión*, *Informe especial sobre la libertad de expresión en México 2010*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, párrs. 291 y ss., y CIDH, *Relatoría especial para la libertad de expresión*, *Zonas silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.16/17, 15 de marzo de 2017, párrs. 36 y ss.

<sup>152</sup> Cfr. Asunto diarios “El Nacional” y “Así es la noticia”, Medidas Provisionales, 6 de julio de 2004, párr. 11 y Resolutivo 1, y Asunto de la Emisora de Televisión “Globovisión”, Medidas Provisionales, 4 de septiembre de 2004, párrs. 10-14.

<sup>153</sup> La Corte IDH señala que la calidad de defensor de derechos humanos “radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público”, y ha resaltado las actividades de vigilancia, denuncia y educación en materia de derechos humanos que éstos realizan; *Valle Jaramillo y otros*, 27 de noviembre de 2008, párr. 88; *Luna López*, 10 de octubre de 2013, párr. 122, y *Defensor de derechos humanos y otros*, 28 de agosto de 2014, párr. 129. La CIDH ha señalado que debe entenderse a “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional”; CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II/, Doc.66, 31 de diciembre de 2011, p. 4.

humanos ha suscitado reacciones violatorias por autoridades públicas y por particulares cuya conducta genera responsabilidad internacional del Estado. En la especie, se trata de hechos que afectan de diversa forma y con distinta intensidad —que puede ser extrema— a los “defensores de derechos humanos”.<sup>154</sup>

También aquí se ha pronunciado con fuerza la jurisprudencia interamericana, disponiendo medidas de protección a cargo de los Estados y emitiendo condenas contra éstos.<sup>155</sup> Es importante destacar ciertas áreas en las que han ocurrido violaciones de derechos humanos; tal es el caso de algunos “defensores del medio ambiente”,<sup>156</sup> que por este motivo adquieren presencia en el universo de los sujetos vulnerables.

## XII. LGBTI<sup>157</sup>

En años recientes se ha modificado radicalmente —modificación que corre en un proceso de resistencia y reivindicación diligente— la situación de

---

En México, la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas —en su artículo 2o.— señala que las personas defensoras de derechos humanos son aquellas “personas físicas que actúen individualmente o como integrantes de un grupo, organización o movimiento social, así como personas morales, grupos, organizaciones o movimientos sociales cuya finalidad sea la promoción o defensa de los derechos humanos”.

<sup>154</sup> Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párrs. 137 y ss., y CIDH, *Segundo informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2011, párrs. 20 y ss.

<sup>155</sup> Condenas: *Kawas Fernández*, 3 de abril de 2009; *Luna López*, 10 de octubre de 2013, y *Defensor de derechos humanos*, 28 de agosto de 2014.

Medidas provisionales: Asunto Digna Ochoa y Plácido y otros respecto a México. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de agosto de 2001; Asunto del Centro de Derechos Humanos de Miguel Agustín Pro Juárez y otros respecto a México. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de abril de 2004, y *Caso Kawas Fernández*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de julio de 2011.

<sup>156</sup> Cfr. *Kawas Fernández*, 3 de abril de 2009, párrs. 147-149, y *Luna López*, 10 de octubre de 2013, párrs. 121-123.

<sup>157</sup> El acrónimo LGBTI (que en ocasiones se presenta como LGBTTTI) comprende varios conceptos:lésbico, gay, bisexual, trans e intersex). Se utiliza “para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradi-

quienes tienen rasgos o preferencias sexuales o de género que difieren de los prevalecientes en la mayoría de la población, y que por ello se han sumado al contingente de los vulnerables y vulnerados. Se ha desplegado la reclamación de derechos y el activismo de quienes conforman los diversos sectores del conjunto reconocido bajo las siglas LGBTI.<sup>158</sup>

En este ámbito también se manifiesta una creciente jurisprudencia interamericana, que pone de manifiesto los “nuevos derechos” de los integrantes de uniones entre personas del mismo sexo,<sup>159</sup> la libertad de elección y asunción de la propia identidad,<sup>160</sup> el reconocimiento y la protección de familias integradas en forma diferente de la denominada tradicional, parejas homosexuales y las reales o supuestas tensiones entre el interés superior del niño<sup>161</sup> y las implicaciones familiares, patrimoniales y de seguridad

---

cionales de los roles de género masculinos y femeninos”. La terminología “no es fija y evoluciona rápidamente, y (además) existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Travestis, Transexuales, entre otras”. OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párr. 32. Las caracterizaciones que mencionamos a continuación figuran en esa fuente, así como en CIDH, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos básicos*, disponible al 10. de junio de 2018 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>. En dichas fuentes se informa: la expresión lesbiana se refiere a “mujeres que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a otras mujeres”. Bajo el término gay se alude a “hombre(s) que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraído(s) por otros hombres”. La expresión bisexual se asocia a “personas que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a hombres y mujeres”. Por otro lado, trans es “un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a ést(a). Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti”. Finalmente, la intersexualidad se refiere a “todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino”.

<sup>158</sup> Cfr. Principios de Yogyakarta, p. 6, y SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia...*, cit., pp. 7 y ss. Sobre la violencia contra las personas LGBTI, cfr. CIDH, *Violencia contra...*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>159</sup> Cfr. *Duque*, 26 de febrero de 2016, párrs. 104 y ss., y OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párrs. 173 y ss. Igualmente, la Corte ha determinado incluir la orientación y la identidad de género como categorías sospechosas en el análisis del principio de no discriminación. Cfr. *Atala Riffo y niñas*, 24 de febrero de 2012, párr. 91; *Duque*, 26 de febrero de 2016, párr. 104, y *Flor Freire*, 31 de agosto de 2016, párr. 118.

<sup>160</sup> Cfr. OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párrs. 85 y ss., y opinión 2.

<sup>161</sup> Cfr. *Atala Riffo y niñas*, 24 de febrero de 2012, párrs. 107-111.

social de quienes han optado por constituir uniones o establecer familias conforme a sus propias orientaciones sexuales o identidad de género. Estos pronunciamientos de la Corte IDH también forman parte de la extensa y renovadora jurisprudencia que atiende derechos de individuos o grupos vulnerables.

C

*Fecha de recepción:* 6 de junio de 2018.

*Fecha de aceptación:* 29 de enero de 2019.



## Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana

### *The jurisprudential paths of consistent interpretation: scope and limits of its application by the Mexican Supreme Court*

José Luis CABALLERO OCHOA\*  
Daniel Antonio GARCÍA HUERTA\*\*

**RESUMEN:** A la luz del trabajo jurisprudencial desarrollado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante los últimos años, el presente texto aborda la manera en que la interpretación conforme ha transitado por caminos diversos, algunas veces sin rumbo fijo, y otras veces por rutas que pretenden su reorientación funcional. Para ello, expone la evolución que esta herramienta ha tenido no sólo de manera cronológica, sino también de manera más política y jurídica a la luz del impacto que ciertas decisiones han tenido en el devenir de la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana sobre este tema, y en especial en la transición hacia un pensamiento jurídico más flexible e innovador.

**Palabras clave:** Interpretación conforme, interpretación constitucional, derechos humanos, Suprema Corte, bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, tratados internacionales, parámetro de control de regularidad constitucional.

**ABSTRACT:** *In light of the decisions developed by the Mexican Supreme Court during the last years, this paper aims to show the ways in which the principle of consistent interpretation has run along different lines of reasoning, sometimes without a particular direction and some others towards a functional orientation. It also presents not only a chronological but also a political and legal evolution of this tool, and analyses the impact that some decisions have had in the Court's legal thinking in order to achieve a more flexible and dynamic perspective about the constitutional interpretation of rights.*

**Keywords:** *Consistent interpretation, constitutional interpretation, human rights, Mexican Supreme Court, constitutional block, conventionality control, international treaties.*

---

\* Profesor-investigador y actual director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México; [luis.caballero@ibero.mx](mailto:luis.caballero@ibero.mx).

\*\* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, y doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; [daniel.garcia@ibero.mx](mailto:daniel.garcia@ibero.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *Disclaimer: un enfoque metodológico y sustantivo de la interpretación conforme*. IV. *Estudio de fondo*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía y hemerografía*.

## I. INTRODUCCIÓN\*\*\*

En 2011, México experimentó una transformación jurídica importante mediante una reforma constitucional en derechos humanos que trajo consigo cambios relevantes en la manera de entender y operar el derecho. La interpretación conforme, y su incorporación en el escenario constitucional mexicano, fue uno de los más relevantes.<sup>1</sup>

Sin embargo, a casi ocho años de su aparición, aún no existen condiciones suficientes para afirmar que su entendimiento y práctica representen procesos claramente delimitados por sus principales operadores: las y los jueces. Por el contrario, la interpretación conforme aún se enfrenta a retos importantes para alcanzar sus plenos objetivos y contribuir a la reorientación de la labor interpretativa de la Constitución y los derechos humanos en nuestro país.

En esta medida, y en atención al desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en los últimos años, el presente texto tiene por objeto demostrar la manera en que la interpretación conforme ha transitado por caminos diversos, algunas veces sin rumbo fijo, y otras veces por rutas que pretenden su reorientación funcional. De igual forma, expone la evolución que esta herramienta ha tenido no sólo de manera cronológica, sino también de manera más política y jurídica a la luz del impacto que ciertas decisiones han tenido en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana sobre este tema, y en especial en la transición hacia un pensamiento jurídico más flexible e innovador.

---

\*\*\* Agradecemos enormemente los comentarios realizados por Gerardo Mata Quintero a las ideas planteadas en este estudio. Su visión marcó la pauta para ampliar las posibilidades de discusión y problematización de la interpretación conforme, a la vez que resultaron sumamente relevantes para revisar y replantear críticamente algunas de las premisas que sustentan este trabajo.

<sup>1</sup> El modelo mexicano de interpretación conforme se encuentra establecido en el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución. En su literalidad, dicho modelo establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Cabe aclarar que el presente trabajo no defiende la idea de que la labor jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya sido, hasta ahora, poco útil en el proceso de desarrollo e implementación de la interpretación conforme. Por el contrario, adopta una posición que resalta las rutas por las que la Corte ha decidido transitar para articular este concepto, pero también analiza y critica los enredos que, por momentos, han desviado esta misión hacia un horizonte formalista y, a veces, restrictivo.

## II. METODOLOGÍA

El trabajo que se presenta parte de un análisis cualitativo de decisiones judiciales emitidas por la SCJN a partir del inicio de la Décima Época, la cual comenzó con la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y juicio de amparo, a mediados de 2011.<sup>2</sup>

El estudio se centra en el análisis de una muestra conformada por 30 decisiones judiciales adoptadas por el Pleno y las dos salas que integran a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esas decisiones judiciales, 10 fueron resueltas por la Segunda Sala, tradicionalmente encargada del conocimiento de casos vinculados con las materias laboral y administrativa; 18 sentencias correspondieron a materias civil y penal resueltas por la Primera Sala, y 2 resoluciones más fueron adoptadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Mediante Acuerdo 9/2011, y con posterioridad a la publicación de las reformas constitucionales que modificaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del decreto que modificó la denominación del capítulo I, del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, en cuyo punto único establece: “La Décima Época del Semanario, se iniciará con la publicación de la jurisprudencia del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito, derivada de las sentencias dictadas a partir del cuatro de octubre de dos mil once, de los votos relacionados con éstas, de las tesis respectivas y de las diversas ejecutorias emitidas a partir de esa fecha, que expresamente acuerden los referidos órganos jurisdiccionales”.

<sup>3</sup> Un aspecto interesante que merece destacarse es que pese a haber transcurrido cerca de siete años de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aún no cuenta con una cantidad considerable de decisiones judiciales que integren este elemento. Lo anterior



Si bien la muestra que conforma el análisis del presente estudio se integra por 30 decisiones judiciales, ello no quiere decir que en el marco de su desarrollo realicemos un análisis pormenorizado y exhaustivo de cada una de las decisiones apuntadas. Así, el objeto de estudio de este análisis no lo constituyen las sentencias, sino sus narrativas respecto al uso que la Suprema Corte mexicana realiza de la interpretación conforme a lo largo de su labor jurisdiccional. Por ello, las y los lectores podrán apreciar que a lo largo del trabajo se refieren solamente algunas decisiones judiciales. Ello se debe, principalmente, a que algunas de las sentencias que integran la muestra no exponen una utilización concreta de dicho concepto y sólo se limitan a enunciarlo sin mayor desarrollo, mientras que otras, si bien fueron arrojadas a través de los criterios de búsqueda seleccionados, su engrose se encuentra aún pendiente de integración, por lo que resultó imposible realizar un estudio sobre tales decisiones.

La distribución de las decisiones judiciales que conforman la muestra objeto de este estudio estuvo determinada, exclusivamente, por el uso e implementación del concepto de *interpretación conforme* por parte del alto tribunal. Para tal efecto, procedimos a realizar una búsqueda temática en el Sistema de Consulta digital disponible en el sitio web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el código “interpretación conforme”, así como una búsqueda posterior en el *Semanario Judicial de la Federación* bajo el mismo rubro, delimitando el alcance de dicha búsqueda a las salas y el Pleno de la Suprema Corte durante la Décima Época.

En virtud de que el presente trabajo persigue un interés particular, por comprender la manera en que el tribunal constitucional mexicano entiende e implementa la interpretación conforme en casos vinculados con derechos humanos, es que las narrativas analizadas en el marco de este trabajo devienen exclusivamente de amparos en revisión (AR) y de amparos directos en revisión (ADR). Por tal motivo, si bien es cierto que pueden existir criterios relevantes sobre este tema en otro tipo de mecanismos de control constitucional, como las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, decidimos excluir, por ahora, el análisis de dichos medios de control, en la medida en que no necesariamente se relacionan

---

puede apreciarse de manera más importante en el caso del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, instancia en donde los casos que han sido resueltos sobre este tema, por la integración total del tribunal, han trazado importantes rutas de argumentación para el análisis de las restricciones constitucionales a derechos humanos, pero no para el desarrollo integral y funcional de la interpretación conforme.

con la protección de un interés personal vinculado con derechos humanos, y debido a que su procedencia y legitimación procesal se encuentran considerablemente más acotadas a una perspectiva institucional.

De igual forma, dejamos de lado algunos otros tipos de decisiones que la Suprema Corte puede adoptar en el día a día de su labor, como las contradicciones de tesis, las reclamaciones y quejas, entre otras, por no ser el objeto de estudio del presente trabajo. Sin embargo, ocasionalmente haremos referencia a decisiones de este tipo cuando su desarrollo y discusión hayan contribuido al establecimiento de criterios relevantes para el entendimiento de la interpretación conforme en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### III. *DISCLAIMER*: UN ENFOQUE METODOLÓGICO Y SUSTANTIVO DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

El estudio de la interpretación conforme ha generado una importante cantidad de aproximaciones teóricas y metodológicas que intentan explicar la manera en que dicha herramienta debe operar en el marco de un sistema de interpretación constitucional.<sup>4</sup> Tal diversidad de enfoques resulta, sin

---

<sup>4</sup> Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, “Giving effect to Public International Law and European Community Law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation”, *European Journal of International Law*, Florencia, vol. 14, núm. 3, 2004; Canosa Usera, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Díaz Crego, María, “España ante el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2012; Keller, Helen y Stone Sweet, Alec, *A Europe of rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Nueva York, Oxford, 2008; Krisch, Nlco, “International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order”, *The European Journal of International Law*, Florencia, vol. 16, núm. 3, 2005; Martinico, Giuseppe, “The importance of consistent interpretation in subnational constitutional contexts: old wine y new bottles?”, *Perspectives on Federalism*, Torino, vol. 4, núm. 2, 2012; Nollkaemper, André, *National courts and the international rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; Queralt, Argelia, *La interpretación de los derechos:*

duda, un aspecto positivo para ampliar las condiciones de deliberación en torno a la mejor manera para promover el ensanchamiento operativo de las herramientas a favor de la interpretación de los derechos, pero también expone la maleabilidad del concepto del que nos ocupamos en el presente texto.

En términos generales, la interpretación conforme puede entenderse como la articulación de un instrumento de identificación y contraste normativo perteneciente a un sistema legal por medio del cual se asegura la posibilidad de tomar en consideración los principios y normas integrantes de un sistema legal más amplio, o incluso aquellos pertenecientes a un sistema completamente diferente, pero igualmente relevante para el orden jurídico de que se trate.<sup>5</sup>

Este esquema de interpretación ha cobrado un desarrollo importante en el ámbito del derecho internacional que ha impactado considerablemente en la dinámica constitucional de los Estados. En el contexto europeo, por ejemplo, la interpretación conforme ha recibido una atención predominante en el ámbito de los derechos humanos y del derecho comunitario como un mecanismo capaz de generar una articulación más funcional entre la legislación nacional de los Estados europeos con instrumentos y normas jurídicas superiores de derecho internacional y comunitario.<sup>6</sup>

En esencia, el desenvolvimiento de esta técnica de interpretación en la geografía europea ha significado el surgimiento de una visión que considera a la interpretación conforme como un mecanismo que permite a las cortes nacionales hacer efectivas, en el ámbito interno de sus jurisdicciones, todas aquellas obligaciones internacionales y comunitarias asumidas

---

*del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, prólogo de Enoch Alberti, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección a los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007; Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001; Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en Bandiera Galindo, George Rodrigo *et al.* (coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Barcelona, 2013.

<sup>5</sup> Joxerramon Bengoetxea, “Conform Interpretation as a Method for Balancing Autonomy and Heteronomy: Introduction”, *Oñati Socio-Legal Series* 1, núm. 9, 2011: 2.

<sup>6</sup> André Nollkaemper, “Consistent Interpretation”, en *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, 139.

mediante la celebración de tratados.<sup>7</sup> Por ello, algunos autores consideran que la implementación de esta técnica de interpretación se opone, en alguna medida, a la doctrina del “efecto directo” de la Constitución, en tanto que las autoridades ya no deben limitarse exclusivamente a la selección y aplicación de la norma considerada superior, sino que deben realizar un ajuste interpretativo y tomar en cuenta tanto el contenido como el propósito de la norma internacional.<sup>8</sup>

En el escenario latinoamericano, el estudio y debate sobre el concepto y alcance de la interpretación conforme tampoco ha sido menor. Algunos autores, como Ferrer Mac-Gregor, consideran a este tipo de interpretación como

...la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.<sup>9</sup>

Por su parte, uno de nosotros ha expresado que este concepto se traduce en “el principio por el cual las normas relativas a los derechos humanos son, en su carácter de estándares de mínimos, objeto de una remisión hacia la Constitución y los tratados internacionales para efectos de su aplicación más protectora”.<sup>10</sup> Ello hace que el modelo mexicano de interpretación incorporado al artículo 1o. constitucional constituya una arquitectura in-

---

<sup>7</sup> Sawyer Katrine, “The principle of «interprétation conforme»: How far can or should national courts go when interpreting national legislation consistently with European community law?”, *Statute Law Review* 28, núm. 3, 2007, 165-81; Repetto Giorgio (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013.

<sup>8</sup> Betlem Gerrit, “The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty”, *Oxford Journal of Legal Studies* 22, núm. 3, 2004, 398.

<sup>9</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<sup>10</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 3, 2016, 44.

terpretativa distinta a la de la mayoría de las jurisdicciones nacionales, en tanto que permite que la Constitución sea una norma objeto de remisión, pero también un destino de remisiones interpretativas de otras normas.<sup>11</sup>

Algunos otros autores han propuesto modelos distintos de interpretación conforme. Tal es el caso de Edgar Corzo, quien en el análisis de esta herramienta ha realizado una distinción entre interpretación conforme e interpretación de conformidad. En el primer caso, la interpretación se refiere al ejercicio de contraste entre una norma secundaria con la Constitución para salvar una posible contradicción, mientras que en el segundo caso la conformidad implica no únicamente un mero contraste, sino el ejercicio de una interpretación que resulte más benéfica para los derechos e intereses de las personas.<sup>12</sup>

En virtud de dicha maleabilidad y de los distintos enfoques de aproximación sustantiva y metodológica existentes en la arena académica, consideramos útil y necesario exponer el punto de partida desde el cual nos introducimos al análisis de la interpretación conforme a lo largo del presente trabajo. Creemos que ello no sólo contribuirá a guiar a las y los lectores hacia el mejor entendimiento del texto, sino que permitirá clarificar algunas de las ideas que hemos desarrollado en otras oportunidades, las cuales guardan una relación estrecha con el análisis que ofrecemos en estas líneas.

Nuestro enfoque parte de la necesidad de reconocer que la Constitución mexicana incorpora un sistema articulado de interpretación constitucional en materia de derechos humanos. El artículo 1o. de dicho ordenamiento no sólo reconoce la obligación de (1) entender su contenido a partir de otras normas o sistemas normativos —tratados internacionales— a los que México se haya obligado (*bloque de constitucionalidad*),<sup>13</sup> sino también la

---

<sup>11</sup> Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, 113-115 y 251. Caballero Ochoa, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011”, *cit.*

<sup>12</sup> Corzo, Edgar, “La interpretación conforme y la interpretación de conformidad”, en *Puntos Finos*, junio de 2013.

<sup>13</sup> Respecto de este punto, valgan dos precisiones: 1) desde nuestra posición, asumimos que la expresión “bloque de constitucionalidad” integra también al llamado “bloque de convencionalidad”. Nos referimos así a ambos entramados normativos, entendiendo que las normas sobre derechos humanos presentes en los tratados internacionales inte-

necesidad de (2) observar y respetar el contenido de tales ordenamientos y su interpretación por parte los órganos con atribuciones para ello (*control de convencionalidad*), así como (3) armonizar sus disposiciones con nuestra Constitución, y viceversa (*interpretación conforme*), con el propósito de (4) integrar los contenidos normativos de los derechos humanos y asegurar al alcance más protector de los mismos (*principio pro persona*).

Lo anterior quiere decir que, en tanto integrantes de un sistema de interpretación constitucional, las herramientas incorporadas en el artículo 1o. de nuestra Constitución no pueden operar de manera aislada, fraccionada o arbitraria. Por el contrario, su efectiva operación requiere, necesariamente, que sean implementadas y analizadas desde un punto de vista integral y funcional que les permita asegurar los fines de protección que dieron origen a su reconocimiento constitucional.

Desde esta aproximación, lo que intentamos enfatizar es que un adecuado ejercicio de interpretación conforme no puede escapar de una integración efectiva y operativa de las otras herramientas reconocidas por nuestro sistema constitucional, tales como el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el principio pro persona. Creemos que sostener una perspectiva contraria no sólo mina las posibilidades de mayor protección a favor de los derechos, sino que también refleja un entendimiento limitado de las posibilidades de acción conjunta que ofrece el nuevo diseño constitucional, al tiempo que puede conducir a una lectura sesgada de nuestra Constitución.

Así, la propuesta que defendemos se relaciona con el desenvolvimiento de una metodología flexible que brinda posibilidades de operación particular de cada una de las herramientas contenidas en el artículo 1o. constitucional, cuyo despliegue resulta fundamental para el adecuado desarrollo de cada una de ellas, pero que, en conjunto, contribuyen al aseguramiento de una finalidad constitucional de mayor alcance: la in-

---

gran efectivamente el contenido constitucional de los derechos. 2) De igual forma, no pasamos por alto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación denomina a este conjunto normativo como “parámetro de control de la regularidad constitucional”; no obstante, nos decantamos por la primera expresión, al considerar que la última, en realidad, debe aludir a un conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales ya interpretado. Esto es, con posterioridad al ejercicio interpretativo que experimenta el bloque de constitucionalidad en su carácter de conjunto normativo, se conforma un contenido paramétrico de cada uno de los derechos, que sirve para determinar el control de la regularidad constitucional de los mismos.

tegración normativa y la ampliación de las condiciones de protección de los derechos humanos.

A partir de estas consideraciones, sostenemos que un apropiado ejercicio de implementación de la interpretación conforme pasa, necesariamente, por el hecho de que las y los operadores:

Primero, conformen el bloque de constitucionalidad mediante la identificación y agrupación de las normas constitucionales en sentido estricto, así como de las normas convencionales que, en su conjunto, serán las bases constitucionales para el desarrollo posterior de las otras herramientas.

Después, integren a dicho bloque de constitucionalidad el ejercicio del control de convencionalidad. Lo que implica la incorporación y observancia de aquellos criterios interpretativos, de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional, que han permitido la expansión y evolución de las normas vinculadas con derechos humanos en otros escenarios del derecho, y que serán incorporados al sistema jurídico mexicano.

Tanto la conformación del bloque de constitucionalidad como del control de convencionalidad marcarán la pauta para el despliegue del ejercicio de la interpretación conforme. Esto es, sólo una vez que las y los operadores hayan integrado los elementos constitucionales de juego que permitirán el contraste normativo de una norma con el entramado normativo conformado por el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, es que podrán continuar con el ejercicio de interpretación de la norma a la luz de dichos referentes.

Posteriormente, las y los operadores podrán analizar la conformidad o inconformidad de cierta norma a la luz de dicho referente. En otras palabras, podrán remitir las normas susceptibles de interpretación hacia las distintas sedes normativas que integran a nuestro sistema jurídico y, con ello, podrán ampliar sus condiciones de protección a través de la interpretación y de la implementación del principio pro persona, y así determinar la compatibilidad de la norma bajo estudio.

A nuestro juicio, el despliegue de este procedimiento conduce a la consecución de los fines que persigue un sistema de interpretación constitucional inspirado bajo un modelo de interpretación conforme, los cuales podemos agrupar de la siguiente manera:

- a) Promover la eficaz integración del sistema normativo a partir de la estructuración del bloque de constitucionalidad y de su inter-



pretación armónica con los fines perseguidos por nuestra Constitución.

- b) Trazar las rutas de contención, articulación e integración entre diversos parámetros de control de la regularidad constitucional de los derechos, y que resultan de los ejercicios interpretativos previos de cada bloque de constitucionalidad.
- c) Establecer vías de interpretación de las normas y actos de autoridad que restringen o amplían derechos, mediante su conformidad con las dimensiones paramétricas ya interpretadas.
- d) Asegurar la ampliación de las condiciones de protección de los derechos humanos a partir de su robustecimiento por vía de las remisiones que se desenvuelven en el marco de su interpretación a la luz de las distintas dimensiones paramétricas.
- e) Determinar los posibles escenarios de compatibilidad de una norma o acto con el parámetro de regularidad constitucional, esto es, con la conformación del bloque, la integración del control y el ejercicio de la interpretación conforme, los cuales pueden traducirse en que (1) la norma sea compatible con la Constitución en sentido amplio; (2) que la norma sea compatible constitucional y convencionalmente si y sólo si es interpretada de conformidad con dicho parámetro, o (3) que la norma resulte inconstitucional y/o inconventional como resultado del ejercicio interpretativo.

Las ideas señaladas en párrafos anteriores resumen el entendimiento que tenemos de la interpretación conforme, y constituyen la línea de base de la cual partimos para analizar la conceptualización que la Suprema Corte ha desarrollado de dicha herramienta. Es precisamente a partir de este modelo propio que analizamos lo que consideramos los aciertos y desaciertos en las narrativas judiciales de la Corte mexicana, respecto a la manera de operar las herramientas previstas en el artículo 1o. constitucional y, particularmente de la interpretación conforme.

Nos mantenemos optimistas en el hecho de que estas ideas contribuirán al entendimiento del texto por parte de las y los lectores, a la vez que serán útiles para el desarrollo de debates y discusiones teórico-prácticas que promuevan una mayor y mejor operatividad de este elemento de interpretación.



#### IV. ESTUDIO DE FONDO

En la siguiente sección abordamos la manera en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido y aplicado el concepto de interpretación conforme en el marco de las discusiones y decisiones que ha adoptado durante los últimos años. Lejos de reflejar una perspectiva exclusivamente histórica sobre la cuestión, el siguiente apartado intenta ofrecer no sólo una evolución de los criterios defendidos por la Corte respecto de este tema, sino también algunas de las deficiencias y confusiones en torno a este elemento, que han derivado en un esquema de desarticulación que coloca en riesgo su impacto para la conformación de mecanismos de interpretación constitucional de los derechos y, por tanto, en su misma vigencia.

Como planteamiento preliminar, el presente estudio considera que la interpretación conforme en la SCJN ha transitado por las vías de un desarrollo poco articulado entre las distintas ponencias que integran al tribunal. Así, a lo largo de su función judicial, ambas salas han emprendido la labor de desenvolver el entendimiento de la interpretación conforme por rutas divergentes, aunque por lo general ancladas en una perspectiva formal<sup>14</sup> del principio que en poco ha contribuido a la conformación de un entendimiento homogéneo de esta herramienta interpretativa en sede constitucional. A nuestro juicio, la evolución metodológica de la interpretación conforme en el ámbito de la SCJN ha discurrido por lo que podríamos considerar, en atención a la perspectiva que hemos señalado, cuatro tipos de formalismos.

---

<sup>14</sup> Desde nuestra óptica, el concepto de formalismo hace referencia, en general, a una visión predominante del derecho sustentada, particularmente, en un conjunto de técnicas de interpretación jurídica que suponen la implementación de un sistema hermenéutico que tiende a la preservación de esquemas legales de naturaleza deductiva, en tanto que conciben al sistema jurídico como un entorno coherente, completo y cerrado que se oponen a un llamado de justicia sustantiva. Esto quiere decir que desde la perspectiva planteada por este estudio, el formalismo no representa un esquema inherente de interpretación del propio derecho, sino un esquema interpretativo particular que supone el despliegue de una posición política respecto a la función que éste debe jugar en el escenario social, legal y político de una comunidad. Al respecto, véase Kennedy, Duncan, “Legal Formalism”, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Elsevier, 2001.

TABLA 1. FORMALISMOS DESARROLLADOS POR LA SCJN EN EL MARCO DE LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

<i>Formalismo</i>	<i>Descripción</i>
Formalismo piramidal	Se vincula con una sólida perspectiva de jerarquía normativa que ubica el valor de las normas a partir de su posicionamiento dentro del sistema, y no en relación con su contenido sustantivo. En esta visión, el principio de supremacía constitucional representa un elemento crucial para analizar la interacción de las normas dentro del sistema jurídico, de modo que todo aquello que no se encuentre previsto en el texto constitucional, queda excluido de cualquier análisis, o presenta un valor degradado para su consideración. Este formalismo también presenta una segunda dimensión vinculada con la visión que existe en torno a una aparente prelación entre Constitución y tratados internacionales, por la que se considera que sólo debe acudir a éstos cuando el texto constitucional no resulte claro o suficiente en un determinado caso.
Formalismo de atribuciones	En un primer momento, el despliegue del formalismo de atribuciones supone considerar que existe un ejercicio de interpretación conforme por la única razón de que las y los operadores de justicia señalan que existe. Se basa en la idea de que las y los jueces, al ser quienes tienen la facultad primigenia de interpretar las normas, realizan en todo momento un contraste normativo conforme al bloque de constitucionalidad, aunque en realidad no realicen dicha labor. En esencia, la idea del formalismo de atribuciones se sustenta en una falacia de autoridad vestida de toga. Sin embargo, en un segundo momento, este formalismo también supone utilizar la interpretación conforme como un arma procesal que legitima la decisión de los juzgadores para arribar a una interpretación que no se desprende de un ejercicio adecuado de implementación de esta herramienta, sino sólo como un criterio enunciativo carente de cualquier operacionalización sustantiva.
Formalismo semántico	Bajo la dimensión de este enfoque, la reinterpretación de ciertos términos contenidos en la norma sirve como base para adjudicar un significado completamente distinto a la norma y presuponer su concordancia con el sistema referencial de interpretación constitucional (Constitución y tratados internacionales). Asumir esta perspectiva parte de la idea de que la modificación arbitraria del sentido o significado de las palabras constituye un ejercicio efectivo del proceso de interpretación conforme.

<i>Formalismo</i>	<i>Descripción</i>
Formalismo de transformación legal	Este formalismo se sustenta en un enfoque maximalista del contenido gramatical o literal de las normas, de modo que las y los operadores de justicia parten de la idea de que por medio de la incorporación de términos, palabras o enfoques presentes en alguna otra norma o sistema normativo que integran a la par de referentes Constitución/tratados, se cumple con la implementación del principio de interpretación conforme. A diferencia del formalismo semántico, este formalismo no se basa en la modificación del significado de los términos, sino de la incorporación de conceptos, perspectivas o enfoques externos a la propia norma, pero que provienen del sistema de referentes interpretativos, lo que lo aproxima más a un esquema de función legislativa. Se trata, en pocas palabras, de una clase de trasplante legalista hacia la norma susceptible de interpretación, sin pasar por un proceso articulado de interpretación conforme.

FUENTE: Elaboración propia.

El despliegue de los formalismos anteriormente señalados puede apreciarse en la manera en que las salas de la Suprema Corte utilizan el criterio de interpretación conforme para sustentar sus decisiones. En algunos casos, ambas secciones del tribunal lo hacen partiendo de un enfoque tradicional que privilegia la posición jerárquica superior de la Constitución respecto de otros ordenamientos jurídicos vinculantes, lo que resulta contrario a los planteamientos de la reforma en materia de derechos humanos; en algunos otros casos, lo hacen partiendo de la idea de que su utilidad radica exclusivamente en la posibilidad de preservar la constitucionalidad de normas aparentemente inconstitucionales con el objetivo de evitar posibles “vacíos normativos”, mientras que en otras ocasiones realizan dicha función sobre la modificación arbitraria de los términos que integran a las normas para asegurar su posición dentro del sistema jurídico.

El uso de la interpretación conforme a partir de los formalismos que proponemos debe ser entendido como un mecanismo de narrativa judicial. No se trata de una evolución cronológica, sino del uso discrecional de un conjunto de posiciones teórico-jurisprudenciales a las que la Corte ha podido acudir para resolver distintos casos en diversas etapas. Ello, a nuestro juicio, ha propiciado que la interpretación conforme en el marco jurisprudencial de la Suprema Corte aún no haya podido alcanzar un nivel de consenso

consolidado entre quienes la integran y, por lo tanto, que aún no podamos estar frente a una teoría constitucional sólida sobre este criterio.

Las siguientes etapas, identificadas a partir del análisis de casos que marcaron el entendimiento judicial de la reforma en derechos humanos en el marco de la Corte, explican de manera más detallada este proceso y presentan algunos ejemplos al respecto que permiten clarificar las rutas que la interpretación conforme ha seguido en el marco de la jurisprudencia de la SCJN.

### 1. *Primera etapa. El punto de arranque*

Con posterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la reforma constitucional en derechos humanos, las condiciones teóricas, políticas e institucionales de impartición de justicia cambiaron radicalmente. El paquete de reformas constitucionales surgidas en 2011, aunque antecedidas también por la reforma constitucional en materia penal de 2008, no solamente supusieron la modificación gráfica de nuestra Constitución o la mera incorporación de figuras y derechos novedosos en ella. De manera más amplia, dichos cambios constitucionales implicaron la rearticulación funcional y política de diversas instituciones, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que trajo consigo la necesidad de reorientar el entendimiento del derecho, de la Constitución y de sus medios de control e interpretación, así como de la relación existente entre el orden jurídico nacional e internacional.

No obstante, las reformas de 2011 en materia de derechos humanos y amparo también supusieron un reto importante en lo que respecta a su implementación y observancia por parte de las instituciones. Podría decirse que, en un primer momento, el impulso en sede legislativa de estas iniciativas podía ubicarse en el contexto de lo que se ha entendido como un modelo constitucional de corte aspiracional.<sup>15</sup> Ello implica comprender que si bien es cierto dichas reformas permitirían trazar las rutas imaginables por las que el derecho en nuestro país debería transitar en el marco de un escenario

---

<sup>15</sup> Kim Lane Scheppele, profesor de Sociología y Derecho en la Universidad de Pennsylvania, explica que un modelo de constitucionalismo aspiracional puede ser entendido como un proceso de construcción constitucional sustentado en una visión a futuro en el que las personas que intervienen en su creación comprenden claramente la función que realizan en términos de metas a alcanzar y aspiraciones por vivir. De acuerdo con este autor, un modelo de constitucionalismo aspiracional contribuye a la formulación de definiciones básicas de todo Estado en términos de su futuro, sus metas e incluso sus sueños.

global cada vez más influenciado por un compromiso con los derechos humanos, también encontrarían obstáculos importantes para asegurar su plena vigencia en nuestro orden jurídico, a la vez que se requerirían de importantes esfuerzos sociales e institucionales para asegurar su transición de buenos deseos hacia realidades concretas; es decir, se necesitaría de alguien que *pusiera a trabajar* nuestra Constitución<sup>16</sup> con sus recién estrenadas reformas.

En este proceso, la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultaría decisiva, pues, tradicionalmente, tanto la interpretación constitucional de los derechos como la manera en que deben operar los mecanismos para su control constituyen cuestiones que atañen, primordialmente, a las autoridades judiciales de un Estado, pero en particular a los máximos tribunales constitucionales. Así, para efectos del presente trabajo, la primera etapa de desarrollo del concepto de interpretación conforme en el marco de la Suprema Corte inicia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y culmina con la adopción de la resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011,<sup>17</sup> ya que, a nuestro juicio, dicha resolución marcó un punto de inflexión importante que modificaría la manera de comprender y aplicar el criterio de interpretación conforme por parte de tribunal constitucional mexicano.

El primer acercamiento que la Corte mexicana tuvo sobre esta cuestión se dio en la discusión y resolución del Expediente Varios 912/2010, en el que después de un accidentado proceso de tramitación, se enfrentó a la necesidad de analizar y determinar la manera en que el Poder Judicial de la Federación debía dar cumplimiento a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *caso Radilla Pacheco*.<sup>18</sup>

El Expediente Varios 912/2010 recopila criterios importantes para la operatividad de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, a la

---

<sup>16</sup> De acuerdo con James Fowkes, la labor de las cortes constitucionales para hacer funcionar la Constitución se circunscribe a tres actividades primordiales: 1) la decisión y adjudicación de casos concretos; 2) la responsabilidad de decidir quién decide, particularmente en escenarios de reformas o incorporaciones novedosas al sistema jurídico —como sucedió en el caso mexicano con las reformas de 2011—, y 3) promover que la forma existente de la sociedad logre ajustarse al escenario ideal previsto por la Constitución. Véase Fowkes, James, *Building the Constitution. The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2016, 31.

<sup>17</sup> SCJN, Resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011, ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.

vez que sienta las bases de apertura del sistema jurídico mexicano al sistema internacional. Sin embargo, en esta ocasión nos enfocaremos en los desarrollos que dicha decisión generó para el proceso de interpretación conforme.<sup>19</sup>

Un primer aspecto que debe remarcar es que la consulta planteada en el Expediente Varios 912/2010 surgió del análisis respecto del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de México respecto del caso de Rosendo Radilla Pacheco, un campesino víctima de desaparición forzada a manos del ejército mexicano durante el periodo conocido como la *Guerra Sucia* en los años setenta. Este aspecto es relevante, ya que el análisis realizado por las y los ministros de la Suprema Corte estuvo determinado por los términos enunciados por el tribunal internacional en su sentencia, lo que restringió, en alguna medida, las posibilidades de argumentación y razonamiento jurídico por parte del tribunal que, de otro modo, pudieron haberse hilvanado en un sentido distinto, quizá más autónomo en relación con la interpretación conforme.

La resolución en cuestión es relevante en el marco del análisis de la interpretación conforme, ya que sentó un precedente metodológico importante respecto a la manera en que el Poder Judicial debería de operar el control de convencionalidad ordenado por la Corte Interamericana, de la mano del conjunto de las otras herramientas previstas en el artículo 1o. de la Constitución. Así, la Suprema Corte determinó que, en el ejercicio de sus funciones, y en cumplimiento de lo previsto tanto por la Constitución como por la decisión del tribunal interamericano, las autoridades judiciales en nuestro país debían seguir un proceso conformado por tres pasos. En un primer momento debían realizar una *interpretación conforme en sentido amplio*, y analizar el orden jurídico nacional de manera general a la luz de lo previsto por la Constitución y los tratados internacionales considerados en su conjunto. En un segundo momento, las y los jueces debían ejercer una *interpretación conforme en sentido estricto* y, frente a distintas interpretaciones igualmente válidas, debían elegir la que resultara más acorde con los derechos previstos en la Constitución y en los tratados. Y, como tercer paso, cuando las opciones anteriormente descritas resultaran inviables, entonces las autoridades judiciales debían determinar la inaplicación de la ley en el caso concreto.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Para un análisis más detallado sobre esta decisión, véase Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla Pacheco”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, 2012.

<sup>20</sup> SCJN, Expediente Varios 912/2010, ministro ponente Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de julio de 2011.

Pese a la importante aproximación desarrollada por la Corte en esta resolución, caben algunas anotaciones críticas en torno a su relación con la interpretación conforme. En primer lugar, como fue señalado anteriormente, la Suprema Corte incorporó la aplicación de la interpretación conforme en lo que denominó el “mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”.<sup>21</sup> La ruta seguida por la Corte tuvo su origen en lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los párrafos 338 y 339 de su sentencia, que se circunscribió a las obligaciones de las autoridades judiciales de realizar un control de las disposiciones convencionales relacionadas con el caso.<sup>22</sup> Con ello, la Suprema Corte encontró la posibilidad de incorporar la interpretación conforme como parte del control de convencionalidad *ex officio* a cargo de las autoridades judiciales, lo que prácticamente condujo a una especie de subsunción de la primera herramienta en la segunda.

Sin duda, hubiera cabido la posibilidad de que la Suprema Corte ajustara el cumplimiento de la sentencia en cuestión a partir de un enfoque distinto, es decir, vinculando el párrafo 338 de dicha resolución con el concepto de interpretación conforme previsto en el artículo 1o. constitucional, debido a que, en un señalamiento de enorme relevancia, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano precisamente que ajustara la interpretación del artículo 13 constitucional al contenido de los artículos 2o. y 8o. de la Convención Americana en relación con las disposiciones previstas en la Constitución mexicana que resultaran acordes con el caso en mención.<sup>23</sup> La afortunada decisión de la

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>22</sup> En su sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que “el Poder Judicial debe ejercer un «control de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

<sup>23</sup> Específicamente, la Corte IDH determinó que “es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2o. de la Convención. En términos prácticos, *la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana* (el énfasis es propio)”. Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla vs. México*. Excepciones Preliminares,



Corte Interamericana de establecer un parámetro de interpretación constitucional/convencional (conforme) de la misma Constitución mexicana es modélica en el sentido de lo que los operadores jurídicos nacionales pueden realizar con el principio de interpretación conforme, incluido el texto constitucional, que se torna en un ordenamiento binario, es decir, que adopta un carácter de elemento referente y referido en el ejercicio de la interpretación, como sucedió en este caso.

Pensamos, así, que una perspectiva como la señalada hubiera conducido a resultados diferentes que pudieron haber contribuido al desarrollo teórico y jurisprudencial de la interpretación conforme. Sin embargo, la decisión a cargo de la SCJN de continuar por la ruta del control de convencionalidad trazó una pauta particular que marcó el devenir de la interpretación constitucional de los derechos humanos en nuestro sistema jurídico.

A pesar de lo que podría calificarse como un esfuerzo importante a cargo de la Corte, esta aparente fusión de las dos herramientas apuntadas resulta problemática en la medida en que 1) resta independencia operativa a mecanismos que persiguen objetivos diferenciados; 2) deriva en la generación de confusiones en torno a la operación de las herramientas de interpretación constitucional, e 3) incorpora elementos conceptuales a la interpretación conforme que no encuentran un fundamento sólido en la doctrina jurídica, tales como la distinción entre interpretación conforme en sentido amplio y en sentido estricto. Tal y como lo hemos señalado en otros espacios, si bien las herramientas incorporadas en el artículo 1o. constitucional deben entenderse de manera integral y articulada, ello no quiere decir que deban confundirse ni, mucho menos, subsumirse las unas en las otras. Cada una de ellas preserva un valor particular y una función específica en la conformación y operación de un modelo robusto de interpretación constitucional de los derechos humanos.<sup>24</sup> En otras palabras, es cierto que la implementación de un adecuado ejercicio de interpretación conforme presupone, necesariamente, la realización de un control de con-

---

Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 338.

<sup>24</sup> Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o. de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, 9a. ed., México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Senado de la República, LXIII Legislatura-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Nacional Electoral-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.



vencionalidad; sin embargo, la fórmula no opera igual en sentido opuesto, pues el ejercicio del control de convencionalidad no necesariamente implica el desarrollo de un proceso de interpretación conforme, el cual, como ha quedado señalado, debe incorporar la observancia y consideración de la propia Constitución.<sup>25</sup>

Además, la adopción de este criterio en los términos apuntados trajo como consecuencia la cristalización de una perspectiva respecto de la interpretación conforme que, por momentos, resulta difícil de superar, dadas las condiciones de estratificación jerárquica que aún caracterizan al Poder Judicial Federal mexicano. Tal es así que, a la fecha, algunas ministras y ministros continúan citando el precedente apuntado en el Expediente Varios 912/2010 para sustentar sus decisiones, aun cuando resulta ser tan sólo el primer pronunciamiento de la Corte en este tema, y a pesar de que a la fecha existen importantes avances respecto al desarrollo autónomo tanto del control de convencionalidad como de la interpretación conforme, así como de su funcionamiento integral y coordinado.

De esta manera, durante esta etapa, la Segunda Sala de la Corte, por ejemplo, comenzó a desarrollar una perspectiva sustentada en el *formalismo piramidal* y el *formalismo de atribuciones*, mediante la defensa de lo que podría considerarse el *statu quo* anterior a la reforma constitucional de 2011. Así, las y los ministros de la Segunda Sala de la SCJN llegaron a afirmar en sus decisiones que

...el cambio operado en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona, al orden constitucional, sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que ello signifique, que se dejen de aplicar los diversos principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso, previstos en los diversos numerales 14 y 16 de la Constitución Federal.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Véase la sección 3 del presente texto.

<sup>26</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 1131/2012, Segunda Sala, ponente ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 5 de septiembre de 2012. Al respecto, véase también SCJN, Tesis Aislada 2a. LXXXII/2012 (10a.), “Principio pro persona o *Pro Homine*. Forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben desempeñar sus atribuciones y facultades a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, t. 2,

Del criterio anteriormente señalado es posible apreciar, al menos, dos aspectos relevantes. Por un lado, de nueva cuenta, existe una confusión entre las distintas herramientas de interpretación que integran al artículo 1o. constitucional, principalmente entre el bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme y el principio pro persona, en virtud de que la Sala asumió que el cambio ordenado por la reforma constitucional puede condensarse en una misma obligación de corte decisionista (*formalismo de atribuciones*). Y, por el otro, es posible apreciar la manera en que la Segunda Sala supedita el despliegue de dichas herramientas, y de la reforma en general, a la observancia de disposiciones constitucionales tradicionales, como el principio de seguridad jurídica y legalidad (*formalismo piramidal*).

Esta misma perspectiva continuó su tránsito y fortalecimiento a través de la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Segunda Sala de la Corte en los siguientes años. En lo que respecta a la interpretación conforme, esta sección del tribunal determinó que la operación de la reforma constitucional y los derechos humanos podría ser viable siempre que ello no contraviniera el entendimiento tradicional del principio de supremacía constitucional. Así, la Segunda Sala expresó su rechazo a la intención de que la Constitución pudiera ser objeto de control interpretativo, al señalar que

...del texto expreso de la Constitución Federal se desprende la imposibilidad jurídica de que la Constitución General de la República pueda sujetarse a un control frente a algún precepto contenido en algún tratado internacional del que México sea parte, tomando en cuenta que éstos no han perdido, con la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, su condición de normas jerárquicamente inferiores a la Constitución Federal, lo cual obstaculiza cualquier posibilidad de que dichas normas internacionales puedan convertirse en parámetro de validez de la Constitución.<sup>27</sup>

Dicho criterio no permaneció estático, ni resultó meramente orientador, sino que alcanzó umbrales acrecentados de implementación que sirvieron

---

noviembre de 2012; y SCJN, Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 56/2014 (10a.), “Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, t. 2, mayo de 2014.

<sup>27</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 592/2012, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar, 24 de abril de 2013.

para negar el reconocimiento de derechos humanos aun frente a la posibilidad de considerar normas convencionales en la materia. Por ejemplo, en el Amparo Directo 55/2012, resuelto por el ministro Aguilar Morales, y relacionado con el reconocimiento al derecho a la estabilidad en el empleo de las y los trabajadores de confianza, la Segunda Sala determinó que

...la exclusión de un derecho no necesariamente debe estar establecida expresamente en la norma constitucional, sino que basta atender a los derechos que confirió el Constituyente a los trabajadores de confianza... [por lo que] la interpretación [que concluye] que los trabajadores de confianza sólo tienen derecho a las medidas de protección del salario y seguridad social, no puede considerarse atentatoria de derechos humanos porque ha reflejado de manera auténtica el sentido, pensar e intención del Constituyente, razón por la cual no cabe una interpretación distinta, y por otra, porque esa norma de rango constitucional no puede, en sí misma, vedar los derechos que justifican su existencia.<sup>28</sup>

En el precedente apuntado, la Segunda Sala de la SCJN reforzó su criterio en torno a la imposibilidad de que la Constitución pudiera atentar contra los derechos humanos de las personas, y fue todavía más allá al extender la posibilidad de restringirlos ya no sólo a partir del contenido expreso de las disposiciones constitucionales, sino de la intención “auténtica y originaria” del Constituyente. Y aunque podría pensarse que en este caso la Segunda Sala desconoció tajantemente las nuevas aproximaciones jurídicas derivadas de la reforma de 2011, lo cierto es que no fue del todo así. Por el contrario, esta sección del tribunal aun conociendo la existencia del artículo 7o. del Protocolo de San Salvador, vinculado con la garantía de las condiciones laborales, señaló que dicha

...norma de rango convencional puede aplicarse en el régimen interno, pero con las condiciones previstas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... porque el artículo 1o. de la Constitución Federal establece que el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en ella y en tratados internacionales, no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones establecidas en la Norma Suprema.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> SCJN, Amparo Directo 55/2012, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar, 12 de junio de 2013.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párr. 68.

Como puede apreciarse, estos pronunciamientos por parte de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen un antecedente importante de la discusión en torno a las restricciones constitucionales a los derechos humanos que se plantearía más adelante en la resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011, misma que fuera defendida, principalmente, por quienes integran a esta sección del tribunal y que encontraría un controvertido asidero en la resolución final adoptada por el tribunal Pleno. Volveremos a este punto más adelante.

Por su parte, a lo largo de esta primera etapa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también comenzó a plantear un entendimiento propio de la interpretación conforme. Sin embargo, a diferencia de su par, esta sección del tribunal dirigió sus esfuerzos a explorar rutas de apertura y compatibilidad de la interpretación conforme con el sistema jurídico mexicano. Pese a ello, aun cuando los criterios defendidos por la Primera Sala del tribunal pueden ser considerados en un grado menos formalista, lo cierto es que su razonamiento transitó por las sendas de un *formalismo semántico* tendente a la preservación coherente del sistema normativo en nuestro país, más que a la ampliación de los esquemas protectores de los derechos humanos.

Una de las primeras ocasiones en las que la Primera Sala de la SCJN tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a la operación de la interpretación conforme fue en los casos relacionados con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Oaxaca.<sup>30</sup> En dichos precedentes, la Primera Sala del tribunal determinó que la restricción establecida en el Código Civil de Oaxaca para que las personas homosexuales pudieran contraer matrimonio resultaba contraria a los derechos humanos previstos en la Constitución federal. Para sostener su argumento, los ministros Zaldívar, Cossío y Pardo Rebolledo determinaron en sus respectivas decisiones que en relación con el supuesto normativo que concebía al matrimonio como una institución para la unión entre un hombre y una mujer<sup>31</sup> debía

<sup>30</sup> SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de diciembre de 2012; SCJN, Amparo en Revisión 457/2012, Primera Sala, ponente ministro José Ramón Cossío Díaz, 5 de diciembre de 2012, y SCJN, Amparo en Revisión 576/2012, Primera Sala, ponente ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 5 de diciembre de 2012.

<sup>31</sup> Sobre este punto, si bien es cierto que la Primera Sala de la Suprema Corte determinó la inconstitucionalidad y, por tanto, inaplicación de la porción normativa que establecía la procreación como fin último del matrimonio, lo cierto es que el estudio desarrollado

“privilegiarse la presunción de constitucionalidad de la ley y realizar una interpretación que sea acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”,<sup>32</sup> y añadieron que

...la manera más efectiva de *reparar la discriminación normativa* consiste en... realizar una interpretación conforme de la expresión “un solo hombre y una sola mujer” para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”, de tal manera que con dicha interpretación se evita la declaratoria de inconstitucionalidad de esta porción normativa.<sup>33</sup>

Un criterio similar puede encontrarse en el Amparo Directo en Revisión 3758/2012, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en donde la Corte precisó que “debe privilegiarse la conservación de las leyes, cuando admitan una interpretación conforme con la Constitución, ya que ello permite preservar la legitimidad democrática de las decisiones tomadas por el legislador, como sujeto central de configuración normativa en nuestro país”. En su decisión, la Primera Sala justificó este criterio bajo el argumento de que el control constitucional que la Suprema Corte ejerce

...debe de considerar la legitimidad democrática de las leyes, esto es, ha de otorgarse un peso específico al principio democrático de que las decisiones públicas han de realizarse por los representantes populares y no por los jueces; por lo cual, si una norma admite dos o más entendimientos posibles, se debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante renovación del orden jurídico.<sup>34</sup>

Si bien en las decisiones apuntadas puede apreciarse una buena voluntad por parte de los ministros ponentes, lo cierto es que los criterios planteados

---

por la Corte en este punto se sustentó en un análisis de proporcionalidad, y no por medio de un ejercicio de interpretación conforme.

<sup>32</sup> Véanse SCJN, Amparo en Revisión 457/2012, párr. 142, y SCJN, Amparo en Revisión 576/2012, p. 51.

<sup>33</sup> SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, p. 47.

<sup>34</sup> Amparo Directo en Revisión 3758/2012, Primera Sala, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 29 de mayo de 2013.

resultan problemáticos. En primer lugar, en virtud de que a partir de estos pronunciamientos comenzó a fraguarse un entendimiento cuestionable sobre la interpretación conforme que asume su utilidad como un mecanismo para la preservación y mantenimiento de la coherencia del orden normativo.<sup>35</sup> Y, en segundo lugar, gracias a que se asume que la modificación arbitraria de los términos semánticos de una disposición normativa puede significar un ejercicio efectivo de interpretar de manera conforme con la Constitución, entendida ésta como el binomio entre disposiciones constitucionales y convencionales (*formalismo semántico*). De ahí que ha ido prevaleciendo la idea de que, *a priori*, la interpretación conforme es un mecanismo de conservación normativa, mientras que el control constitucional es la herramienta de inaplicación o expulsión de las normas.

Sin embargo, es importante precisar que desde nuestra perspectiva, la interpretación conforme no puede ni debe entenderse desde esta posición. En el marco de un modelo constitucional comprometido con los derechos humanos, el objetivo principal de la interpretación conforme no es el de preservar la coherencia del orden normativo, sino el de ampliar el propio contenido de los derechos humanos y su protección.<sup>36</sup> Precisamente, la falta de definiciones claras en torno a la manera en que debe operar esta herramienta de interpretación abre la puerta al surgimiento de riesgos antidemocráticos, como los apuntados por el ministro Ortiz Mena, en particular aquel asociado con la “tentación legislativa” a cargo de los jueces. Es decir, una metodología deficiente sobre la operación de esta herramienta puede derivar en la adopción de criterios decisionistas por parte de la judicatura que trastocuen no sólo las funciones encomendadas al Poder Legislativo, sino también la impresión y legitimidad de la función judicial.

De igual forma, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 1o. constitucional en relación con la interpretación conforme no pueden

---

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, los criterios alcanzados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 311/2015, en el sentido de que “el principio de interpretación conforme se fundamenta en el diverso de conservación legal”, los cuales culminaron en una tesis aislada. Tesis Aislada P.II/2017 (10a.), “Interpretación conforme. Sus alcances en relación con el principio de interpretación más favorable a la persona”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 42, t. 1, mayo de 2017.

<sup>36</sup> Caballero Ochoa y García Huerta, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o. de la Constitución”, *cit.*, 43. Asimismo, véase Caballero Ochoa, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011”, *cit.*

limitarse a la simple modificación del significado de los términos en una disposición normativa, pues además de resultar un ejercicio arbitrario y decisionista como los apuntados anteriormente, también termina por cancelar las posibilidades de implementación articulada y secuencial de otras herramientas relevantes, como el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el principio pro persona.<sup>37</sup> Si bien la interpretación judicial, particularmente aquella relacionada con los derechos humanos, supone el ejercicio de una función de naturaleza política,<sup>38</sup> lo cierto es que su implementación debe ser respetuosa de las facultades y competencias asignadas a otros órganos dentro del Estado y, por lo tanto, debe ajustarse a los parámetros normativos y facultativos aplicables dentro de él. Es por esa razón que la interpretación conforme requiere de la articulación integral de las otras herramientas previstas en el artículo 1o. constitucional, especialmente del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en la medida en que la operación de ambas permite estructurar las bases de actuación por las que podrá transitar la interpretación conforme en un caso en concreto.<sup>39</sup>

En el caso de los amparos en revisión vinculados con el reconocimiento del matrimonio igualitario en Oaxaca, esta aproximación sobre la interpretación conforme resulta palpable. En dichos precedentes, la Primera Sala de la SCJN consideró oportuno señalar que al interpretar la frase “un hombre y una mujer” como sinónimo de “dos personas” se lograba garantizar tanto la coherencia del orden normativo como la garantía de los derechos humanos de las personas homosexuales. Sin embargo, tal perspectiva argumentativa pareció haber respondido más a una cuestión de pragmatismo judicial asociada a la necesidad de no tener que hacer frente a una declaratoria completa

---

<sup>37</sup> Sobre este punto, véase Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El principio pro persona en el marco de interpretación sobre los derechos humanos en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016.

<sup>38</sup> Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Universidad de los Andes, 2000; Friedman, Barry, “The Politics of Judicial Review”, *Texas Law Review* 84, núm. 2, 2005; Ackerman, Bruce, “Constitutional Politics / Constitutional Law”, *Yale Law Journal* 99, núm. 3, 1989, 453-547.

<sup>39</sup> Para una perspectiva más amplia sobre este punto, véase Caballero Ochoa y García Huerta, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o. de la Constitución”, *cit.*



de inconstitucionalidad de la norma,<sup>40</sup> ante la ausencia de una perspectiva completa del bloque de constitucionalidad y el contraste interpretativo con el mismo.<sup>41</sup> Como veremos más adelante, con el paso del tiempo, la Corte abandonarí­a este criterio.

Así, puede decirse que modificar los elementos semánticos de una disposición normativa dista de ser un ejercicio de interpretación conforme porque ignora la necesaria operación integral de las otras herramientas interpretativas, a la vez que impide la realización de un análisis en torno a la interacción real de los derechos en el sistema jurídico. Es, por decirlo de una manera más sencilla, elegir una salida rápida frente a un dilema interpretativo de importantes magnitudes que trasciende más allá de la salvaguarda de la coherencia del orden normativo y, por el contrario, se vincula con las condiciones de aseguramiento de los derechos humanos.

## 2. Segunda etapa. El punto de inflexión

El expediente Varios 912/2010 no fue la única decisión que marcó un cambio en la manera de entender, aplicar y operar la reforma constitucional

---

<sup>40</sup> Una situación distinta es aquella planteada, por ejemplo, en las decisiones judiciales adoptadas por el Tribunal Constitucional Español por medio de las cuales determinó la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En dichos casos, el contenido y redacción de las normas analizadas eran completamente distintas a aquellas incluidas en el Código Civil de Oaxaca, en la medida en que el artículo 32.1 de la Constitución Española establece que hombres y mujeres tienen derecho a contraer matrimonio. En cambio, el Código Civil de Oaxaca precisaba que el matrimonio respondía a la unión entre un hombre y una mujer. La redacción diferenciada de ambos artículos permitió al Tribunal Constitucional Español afirmar que, con base en una interpretación conforme de la Constitución con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y diversos tratados internacionales celebrados por España, el texto constitucional español no preveía un modelo único y heterosexual de matrimonio, por lo que la interpretación conforme de dicha norma con referentes internacionales abría la puerta a considerar como constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español, Sentencia 198/2012 del 6 de noviembre de 2012, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm 286, 28 de noviembre de 2012, pp. 189-196.

<sup>41</sup> Para un análisis más a fondo sobre la labor jurisprudencial de la Suprema Corte en el reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio, véase Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, "El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana", en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.



en materia de derechos humanos, y de las herramientas que la integran. El 24 de junio de 2011 se denunció ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la contradicción de tesis entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, los cuales diferían en torno a la posición que los tratados internacionales debían ocupar en el sistema legal mexicano, así como a la obligatoriedad respecto al ejercicio del control de convencionalidad por parte de las y los jueces mexicanos.

Después de haber seguido la tramitación correspondiente, la Contradicción de Tesis 293/2011 recayó en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, a quien correspondió elaborar el proyecto que sería discutido por el tribunal Pleno en agosto y septiembre de 2013. Las discusiones que tuvieron lugar a lo largo de las cinco sesiones que le tomó al Pleno arribar a un acuerdo fueron por demás acaloradas. En ellas se exhibieron de manera más clara dos visiones contrarias sobre el papel que los derechos humanos deberían jugar en el marco de nuestro sistema jurídico, y en general sobre la función que el derecho debe ocupar en nuestra sociedad. Para algunas de las y los ministros, principalmente de la Primera Sala del tribunal, los derechos humanos y el derecho internacional merecían una especial posición dentro del sistema jurídico mexicano, mientras que para las y los integrantes de la Segunda Sala de la Corte, la Constitución y el derecho nacional debían mantener su supremacía y soberanía frente a todo.

La Contradicción de Tesis 293/2011 representó un avance muy importante para el reconocimiento de las herramientas interpretativas previstas en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, así como para la manera en que éstas debían ser entendidas en el plano judicial. En esencia, lo que la Corte sostuvo en dicha decisión fue, por un lado, que si bien los derechos humanos representan el pilar que inspira y sostiene a nuestro sistema jurídico, por el otro, cuando la Constitución prevé alguna limitación expresa a su ejercicio, ésta debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración.

Como puede apreciarse, la discusiones que rodearon la resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011 terminaron por cristalizar la perspectiva que ambas salas de la Corte habían comenzado a desarrollar desde la entrada en vigor de la reforma constitucional. Mientras que la Segunda Sala del tribunal hizo explícita su teoría sobre la supremacía constitucional y las restricciones a derechos humanos, la Primera Sala logró consolidar el reconocimiento de los derechos humanos como parámetro de regularidad

constitucional del sistema jurídico mexicano. No obstante ello, los acuerdos alcanzados en esta discusión generaron impactos importantes, aunque diferenciados, en la manera de entender y aplicar la interpretación conforme por parte de ambas salas del tribunal, al grado de poder afirmar que hoy en día no resulta descabellado concebir la existencia de dos usos distintos de la misma Contradicción 293/2011 que ambas salas emplean a su mejor entendimiento.

En lo que respecta a la Segunda Sala de la SCJN, la ruta seguida no fue radicalmente distinta, aunque sí se introdujeron algunos cambios relevantes, sobre todo en la manera de entender la supremacía constitucional de cara a la interpretación conforme. A partir de este momento, los esfuerzos por parte de esta sección del tribunal ya no se concentraron en desconocer la interrelación existente entre el derecho nacional y el derecho internacional. Incluso, puede decirse que un punto importante que esta sección del tribunal concedió fue que la Constitución sí puede ser objeto de interpretación a la luz del bloque de constitucionalidad integrado por normas convencionales y normas constitucionales en sentido estricto. Sin embargo, a partir de este momento la estrategia cambió para adoptar una posición un tanto más moderada, dirigida a asegurar la prevalencia del primero en ciertos casos específicos, como el de las restricciones.

Así, por ejemplo, y en el marco de lo que hemos denominado como *formalismo jerárquico* y *formalismo de atribuciones*, que hacen depender el ejercicio de la interpretación conforme de la voluntad de las y los juzgadores, así como de la posición en la que se ubican las normas dentro del sistema jurídico, en los amparos en revisión 487/2013 y 620/2013, resueltos por el ministro Luis María Aguilar Morales y el ministro Sergio Valls Hernández, respectivamente, relacionados con el análisis de constitucionalidad de diversos artículos de Ley Federal del Trabajo, la Segunda Sala de la SCJN determinó que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la misma Carta Magna, resulta suficiente la previsión que establece nuestra Constitución Federal y, por tanto, al existir un método de interpretación conforme, no resulta necesario acudir al contenido de los preceptos establecidos en [otros] ordenamientos internacionales”.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Amparo en Revisión 487/2013, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar Morales, 23 de mayo de 2014, y Amparo en Revisión 620/2013, Segunda Sala, ponente ministro Sergio Valls Hernández, 2 de diciembre de 2014. Es importante señalar que estos criterios derivaron en la conformación de la tesis jurisprudencial 2a./J. 172/2012 (10a.), “Derechos humanos. Su estudio a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, no implica necesariamente que se acuda a los previstos en instrumentos internacionales, si resulta suficiente

Varios puntos destacan del criterio anteriormente señalado. En primer lugar, es posible apreciar la manera en que los ministros de la Segunda Sala extendieron la defensa de la idea de supremacía constitucional, al considerar que la observancia de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales constituye una función potestativa a cargo de las y los jueces mexicanos. Es decir, en estos dos casos, los ministros decidieron no interpretar los artículos de la Ley Federal del Trabajo, ya que consideraron que la Constitución resulta clara al precisar las prerrogativas a las que tienen derecho los trabajadores, sin importar si tales derechos podían haber sido ampliados a partir de un ejercicio interpretativo. Con dicha acción, los ministros excedieron los presupuestos generados por el criterio establecido en la Contradicción de Tesis 293/2011, en la medida en que no se estaba frente a una restricción expresa prevista en la Constitución, sino a una interpretación literal y originalista del texto constitucional que, a su juicio, debía prevalecer.<sup>43</sup>

Asimismo, el razonamiento planteado por ambos ministros permite develar que, bajo su perspectiva, la interpretación conforme puede ajustarse al criterio anteriormente señalado, casi como un proceso de corroboración exegética y gramatical de las disposiciones previstas en la Constitución. Así, por ejemplo, cuando la Segunda Sala de la Corte precisa que con base en “una interpretación conforme... el artículo 56 bis de la Ley Federal del Trabajo... no es contrario al texto del artículo 123 de la Constitución Federal” ni a diversos instrumentos internacionales, “pues... los derechos establecidos en éstos, son tomados en consideración por el artículo 123, Apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en general por el texto de la propia Constitución”, lo que hace en realidad es supeditar la implementación de la interpretación conforme al contenido literal de los preceptos constitucionales.

Estas posiciones resultan contrarias a la lógica del funcionamiento de la interpretación conforme en el marco de un sistema integral de interpretación constitucional, toda vez que su ejercicio no puede limitarse a la considera-

---

la previsión que contenga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XVII, t. 2, febrero de 2013.

<sup>43</sup> Sobre este punto, véase, por ejemplo, el argumento esgrimido por el ministro Valls al señalar que “la interpretación apuntada queda plenamente corroborada con el propio proceso legislativo que dio origen a dicho precepto, en donde de la exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo Federal presentada el uno de septiembre de dos mil doce señaló que dentro de los grandes compromisos del Estado está actualizar el marco jurídico laboral que ha sido rebasado ante las nuevas circunstancias demográficas, económicas y sociales”. Amparo en Revisión 620/2013, p. 65.

ción exclusiva de los preceptos constitucionales nacionales. Ello deriva en un falso entendimiento no sólo de la interpretación conforme, sino también del propio concepto de “bloque de constitucionalidad”, que asume que tanto los tratados internacionales como el texto constitucional son Constitución. De esta forma, cabe precisar que la interpretación conforme no es un proceso que opere a contentillo de las y los jueces, sino que representa una obligación que debe ser entendida como un deber jurídico relevante por la simple razón de que la Constitución lo mandata. En tal sentido, la implementación de la interpretación conforme requiere, necesariamente, del análisis integral de las provisiones constitucionales vinculadas con los derechos humanos, y no sólo con fragmentos articulados a modo de ésta.

Los argumentos esgrimidos hasta ahora por la Segunda Sala de la SCJN continuaron cobrando relevancia en el marco de su desarrollo jurisprudencial, al grado de revocar decisiones judiciales en las que tribunales inferiores habían realizado ejercicios interesantes sobre interpretación conforme y control de convencionalidad. Así, en el Amparo Directo en Revisión 1338/2014, resuelto por el ministro Alberto Pérez Dayán, relacionado con la demanda de un particular respecto de un daño ocasionado por la actividad regular del Estado a su patrimonio, la Segunda Sala precisó que

...el órgano colegiado en momento alguno ejerció un control de convencionalidad, pues si bien es cierto que en el fallo que se recurre se hizo alusión al derecho y a la jurisprudencia internacional, en particular a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también lo es que ello únicamente atendió a ilustrar la manera en que funciona el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito internacional y comparado —concluyéndose al respecto que es un principio general del derecho internacional que todo daño provocado por el Estado debe ser reparado—; sin que se confrontaran normas internas con alguno de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte.<sup>44</sup>

Sin embargo, lo cierto es que puede decirse que el ejercicio de interpretación realizado por el Tribunal Colegiado, encargado de analizar el asunto en la etapa previa, resultó más aproximado a los fines que persigue nuestra Constitución en relación con los derechos humanos. Ello es así en virtud de que dicho tribunal federal recurrió al uso de decisiones de la Corte In-

<sup>44</sup> Amparo Directo en Revisión 1338/2014, Segunda Sala, ponente ministro Alberto Pérez Dayán, 27 de agosto de 2014.

teramericana de Derechos Humanos, del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de principios generales del derecho internacional,<sup>45</sup> para determinar que el artículo 113 de la Constitución federal debía ser entendido como una disposición normativa que reconoce un derecho sustantivo de los particulares y no una vía y regulación única y específica que reclame, para sí, un ámbito material propio y, con ello, determinar que cuando el Estado cause daños con motivo de su actividad regular o irregular, y éstos no deban ser soportados por los ciudadanos que los sufren, surge, entonces, el deber a cargo de éste de reparar dichos daños ocasionados.

Con todo ello, es posible apreciar que pese a los avances conseguidos en el marco de las discusiones promovidas por la Contradicción de Tesis 293/2011, la Segunda Sala de la SCJN continuó ajustando sus criterios jurisprudenciales hacia un enfoque más restrictivo, sustentado en una aparente defensa soberana de las disposiciones constitucionales locales. Con ello, esta Sala defendió los aportes teóricos y metodológicos que incorporó en dicha Contradicción, pero a la vez ignoró aquellos impulsados, mayormente, por quienes integran la Primera Sala de la Suprema Corte.

En contraste, a lo largo de esta etapa, la Primera Sala de la SCJN dedicó considerables esfuerzos a ampliar, en alguna medida, las condiciones de operación de la interpretación conforme en el marco de nuestro sistema jurídico, así como a corregir algunas de las precisiones apuntadas con anterioridad que resultaban poco compatibles con el esquema de derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución. Dicha labor, aunque merecedora de cierto reconocimiento, no siempre estuvo exenta de errores de apreciación o aplicación que desviaron más el camino de su consolidación jurisprudencial hacia una perspectiva formalista como las apuntadas anteriormente. Así, por ejemplo, si bien la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó sus criterios en torno a la relación existente

---

<sup>45</sup> La Corte Internacional de Justicia ha señalado que toda vulneración a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente: “reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability have existed if that act had not been committed”. PCIJ, *Case concerning the Factory at Chorzow* (Merits), series A, no. 17, 1928, p. 47. Dicho principio ha sido retomado por otros tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia al *Caso Niños de la Calle vs. Guatemala*. Véase, Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de mayo de 2001, serie C, núm. 77, párr. 63.

entre interpretación conforme y normas que contienen algún criterio discriminatorio, lo cierto es que también fortaleció su argumento en torno a la interpretación conforme como un mecanismo de preservación normativa.

Uno de los primeros ejercicios emprendidos por parte de esta sección de la Corte lo impulsó el ministro Zaldívar al resolver el Amparo en Revisión 159/2013, relacionado con el estudio de la constitucionalidad de la figura de interdicción aplicada a un joven con discapacidad.<sup>46</sup> Lo que la defensa de este joven sostenía es que dicha figura resultaba contraria a los derechos humanos de las personas con discapacidad reconocidos en diversos tratados internacionales vinculantes para México, al constituir un mecanismo sustitutivo de la voluntad de estas personas que limitaba de manera desproporcionada su autonomía.

En su decisión, el ministro Zaldívar expresó que la interpretación conforme implica una posibilidad interpretativa previa a la declaración de invalidez o inconstitucionalidad de una norma. Es decir, que antes de determinar la incompatibilidad de una norma con el parámetro de control de regularidad constitucional, las y los jueces deben realizar un esfuerzo interpretativo para encontrar un significado que la haga compatible con la Constitución y con los tratados internacionales. En sus palabras,

...esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional.<sup>47</sup>

Si bien es cierto que la aproximación planteada por el ministro Zaldívar no resulta completamente contraria a uno de los objetivos que persigue la interpretación conforme, es decir, el de la posibilidad de determinar la compatibilidad de una norma previo a declarar su inconstitucionalidad, lo cierto es que parece olvidar el cumplimiento de los otros objetivos que derivan de su implementación, a la vez que resulta omisa en seguir un proceso metodológico claro que permita articular de manera efectiva el cúmulo de herramientas

<sup>46</sup> Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 16 de octubre de 2013.

<sup>47</sup> Amparo en Revisión 159/2013, p. 48.

interpretativas contenidas en el artículo 1o. constitucional, cuyo uso resulta indispensable para lograr un adecuado ejercicio de interpretación conforme.

Por el contrario, y como puede apreciarse, este criterio se vincula de manera estrecha con el entendimiento impulsado por esta Sala del tribunal que ubica a la interpretación conforme como un mecanismo al servicio de la coherencia y sistematicidad de nuestro orden jurídico. De esta manera, a juicio de la Primera Sala de la Corte, las y los jueces deben, ante todo, huir del vacío normativo y con ello comprender que

...el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona... el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.<sup>48</sup>

Si bien es cierto que el principal objetivo de la interpretación conforme es el de fomentar la integración del sistema normativo en relación con la Constitución y los tratados internacionales, también lo es que ello no puede lograrse a cualquier costo, pues ésta no implica el despliegue de un cálculo utilitario entre la salvaguarda de una norma y la garantía de los derechos humanos.<sup>49</sup> Pensar en un sentido contrario implicaría asumir que en ciertos casos la coherencia del sistema normativo se encuentra por encima de los derechos de las personas, lo que, sin duda, resulta contrario al nuevo esquema democrático planteado por nuestra Constitución.

La defensa de este criterio en el Amparo en Revisión 159/2013 condujo a que la Primera Sala resolviera sobre la base de un formalismo mágico, en la medida en que consideró que la figura de interdicción podría ser interpretada de manera conforme con el paradigma social de discapacidad

---

<sup>48</sup> Amparo Directo en Revisión 2177/2014, Primera Sala, ponente ministro José Ramón Cossío Díaz, 19 de noviembre de 2014. Véase también la Tesis Aislada 1a. CC-CXL/2013 (10a.), “Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, t. 1, 13 de diciembre de 2013.

<sup>49</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “El sistema de derechos humanos en México. Los derroteros de la interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales”, en Sánchez Gil, Rubén y Caballero Ochoa, José Luis (eds.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.



previsto en diversos instrumentos internacionales de los cuales México es Estado parte, sin explicar de manera justificada cómo es que una figura de ese tipo podría resultar compatible con un modelo de respeto a los derechos de las personas con discapacidad. Por el contrario, la aproximación esbozada por esta sección del tribunal resultó problemática, toda vez que su análisis no logró superar la hipótesis asociada a que las personas con discapacidad requieren de ayuda y asistencia para la toma de decisiones, y si bien intentó ser protectora de los derechos de estas personas, lo cierto es que lo único que consiguió fue socializar la asistencia de estas personas, pero nunca trascender hacia la generación o defensa de una hipótesis respecto a que ellas pueden no requerir ayuda o asistencia para la toma de decisiones.

Con ello, en el caso planteado, el empleo de la interpretación conforme terminó fungiendo como un mecanismo para asegurar la vigencia de la norma dentro de nuestro sistema jurídico y, por tanto, para preservar la coherencia y sistematicidad del mismo, sin articular una dimensión del contenido normativo en función de los referentes presentes en el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, uno de los avances más importantes asegurados por la Primera Sala de la SCJN en el ámbito de la interpretación conforme surgió, de nueva cuenta, en el marco del análisis del reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo. A través de diversos amparos en revisión,<sup>50</sup> la Primera Sala de la Corte llegó a la conclusión de que

...cuando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014. Amparo en Revisión 122/2014, Primera Sala, ponente ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de junio de 2014. Amparo en Revisión 263/2014, Primera Sala, ponente ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 24 de septiembre de 2014. Amparo en Revisión 591/2014, Primera Sala, ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015. Amparo en Revisión 735/2014, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 18 de marzo de 2015.

<sup>51</sup> SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 47/2015 (10a.), “Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar”, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, t. 1, agosto de 2015.



Sobre la base de estas decisiones, la Primera Sala de la Corte se vio en la necesidad de modificar el criterio sostenido en otros casos similares, como el Amparo en Revisión 581/2012, analizado en secciones anteriores de este trabajo.<sup>52</sup> Sin embargo, si bien este nuevo precedente representa un avance importante no sólo para el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, sino también para el propio entendimiento y desarrollo de la interpretación conforme, también cabe realizar algunas anotaciones en torno a su entendimiento y argumentación.

En primer lugar, el criterio adoptado por la Primera Sala de la SCJN, sin duda, representa un avance sustantivo en el desenvolvimiento de esta herramienta, en la medida en que la acerca más hacia un enfoque sustantivo vinculado con la protección de los derechos humanos de las personas, y ya no tanto con la simple salvaguarda de las normas en el marco de la coherencia y sistematicidad del orden jurídico. Pese a ello, una crítica que puede realizarse a la argumentación planteada por la Primera Sala de la Corte es que para determinar si una norma discrimina o no, necesariamente, tendremos que acudir al contraste interpretativo de las normas para determinar si su aplicación en un caso concreto resulta contraria a las disposiciones constitucionales integradas a partir del bloque de constitucionalidad. En tal situación, el resultado respecto a las condiciones discriminatorias de una norma no puede determinarse sólo de manera abstracta, sino siempre sobre la base de un proceso de integración normativa (*bloque de constitucionalidad*) e interpretación a la luz de dicho esquema integrado (*interpretación conforme*).

De esta manera, parece que en las decisiones apuntadas, la Primera Sala de la Corte tropezó con la piedra que ella misma dejó en el camino a través de sus criterios anteriores, al circunscribir el empleo de la interpretación conforme como un mecanismo para la salvación constitucional de las normas. En un extremo completamente opuesto, la Primera Sala de la Corte consideró que

---

<sup>52</sup> “En efecto, aunque el análisis que se realizó para llegar a esta conclusión es semejante al que esta Primera Sala efectuó al resolver los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012, a diferencia de esos precedentes, en donde se consideró que la porción normativa que excluye del matrimonio a las parejas del mismo sexo admitía una interpretación conforme, siguiendo el criterio sustentado en el amparo en revisión 152/2013, esta Primera Sala llega a la conclusión de que esa porción normativa debe declararse inconstitucional, en tanto que conlleva un acto de verdadera discriminación que no puede ser tolerado en un estado de derecho como el nuestro, el cual no sólo debe estar abierto a la pluralidad, sino que además, debe estar comprometido con el respeto absoluto de los derechos humanos”. Véase Amparo en Revisión 615/2013, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de junio de 2014.

una norma discriminatoria no podía ser “salvada” por medio de la aplicación de esta herramienta. Sin embargo, parece haber perdido de vista que la utilidad de la interpretación conforme trasciende de ese esquema limitado y se ubica en un plano de mayores posibilidades para garantizar un mayor entendimiento de los derechos, así como esquemas más amplios de protección.

Con ello, no insistimos en que las normas discriminatorias sean compatibles con el modelo de derecho que nuestra Constitución prevé. Por el contrario, únicamente enfatizamos que el ejercicio de la interpretación conforme no puede descalificarse *a priori* sobre la base de una consideración general y en abstracto de posibles esquemas discriminatorios, pues ello, además de impedir el efectivo funcionamiento del sistema de interpretación constitucional en materia de derechos humanos, limita considerablemente los alcances de la interpretación conforme y las posibilidades de argumentación a cargo de las autoridades judiciales.

Finalmente, dos apuntes adicionales sobre este criterio. Primero, si bien es cierto que con la adopción de estas decisiones la Primera Sala de la Corte parece haber comenzado a perder el miedo a reconocer la inconstitucionalidad de ciertos elementos de nuestro sistema jurídico, lo cierto es que sus resoluciones resultan un tanto ambiguas en este punto. Ello en virtud de que al abordar el tema de la inconstitucionalidad, la Primera Sala no es clara al señalar si con ello se refiere al mensaje contenido en la norma, o a la norma en sentido estricto.<sup>53</sup> Así, mientras que, por un lado, la Sala señaló que “debe declararse la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 143 que excluye injustificadamente a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio: las referencias al sexo de los contrayentes y a la finalidad de la institución matrimonial”, por el otro, también apuntó que

...los efectos del presente amparo vinculan a todas las autoridades del Estado de Oaxaca a tomar en consideración la inconstitucionalidad del mensaje transmitido por el precepto impugnado, por lo cual no podrán utilizarlo como base para negar a los quejosos beneficios o establecer cargas relacionados

---

<sup>53</sup> Una explicación plausible de este punto puede centrarse en el hecho de que en el Amparo en Revisión 152/2013 no existió un acto de aplicación de la norma considerada inconstitucional, sino que los quejosos argumentaron que la simple existencia de la norma, y la exclusión en ella del reconocimiento a su derecho a contraer matrimonio en tanto personas homosexuales, generaba por sí mismo una afectación a sus derechos humanos. En cualquier caso, la argumentación sostenida por la Corte resulta limitada para comprender los alcances de un juicio de amparo tratándose de normas discriminatorias que no fueron objeto de aplicación.

con la regulación del matrimonio, lo que es un efecto propio de la concesión de un amparo contra leyes, que es la inaplicación futura de la ley.<sup>54</sup>

Por último, un aspecto que, sin duda, requiere de un análisis a mayor profundidad se relaciona con el argumento esbozado por la Primera Sala respecto a que la interpretación conforme es incapaz de reparar un esquema discriminatorio contenido en una norma determinada. Sin embargo, de nueva cuenta parece que la Primera Sala asume esta herramienta como un proceso de salvación normativa, al señalar que el ejercicio de la interpretación conforme no puede ser entendido como un mecanismo para mantener una norma que en sí misma es discriminatoria. Si bien dicho criterio es innovador, y en cierta medida progresista, también es cierto que requiere de un escrutinio más a detalle. Primero, porque, como ya lo hemos expresado, la existencia de una norma considerada como discriminatoria no excluye de manera automática el ejercicio de la interpretación conforme, sino que dicha determinación partirá necesariamente del resultado que de él se obtenga. Y, segundo, porque el desarrollo de un proceso de interpretación conforme puede resultar un mecanismo adecuado para promover esquemas de reparación, en la medida en que puede derivar en la determinación de la inconstitucionalidad de una norma y, por tanto, vincularse con un esquema reparatorio del orden de la satisfacción a partir de la emisión de una decisión judicial que reconozca dicha situación de incompatibilidad.<sup>55</sup>

### 3. Tercera etapa. El punto de no retorno

Los desarrollos alcanzados hasta ahora por la Suprema Corte de Justicia de la Nación marcan la pauta para comprender que la interpretación conforme no constituye un concepto estático o inmutable. Como lo apuntamos al inicio, su adecuada implementación exige de importantes esfuerzos y sólidos compromisos democráticos por parte de los actores institucionales.

<sup>54</sup> Amparo en Revisión 152/2013, pp. 76 y 77.

<sup>55</sup> Es un principio de derecho internacional adoptado por diversos tribunales internacionales que la emisión de una sentencia constituye en sí misma una forma de reparación. Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de septiembre de 1996, serie C, núm. 29. párr. 56. Véase también, Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211.

Hasta ahora el panorama podría parecer un tanto desalentador. Sin embargo, a la distancia parece que hemos llegado a un punto de no retorno en el que, bien o mal, la interpretación conforme es entendida como un concepto inacabado pero vivo. Su análisis al menos presupone disputas importantes en el seno del máximo tribunal de nuestro país, y su entendimiento permite develar las maneras de pensar y las corrientes políticas que las y los ministros asumen en su actuar día con día. Por ello, podríamos decir que no todo está perdido. El entendimiento de la interpretación conforme a lo largo de estos años ha sido, por un lado, revelador, y esperanzador, por el otro.

Importantes esfuerzos se han dado y continúan pronunciándose no sólo en el marco de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino también en la actuación de ciertos juzgados de distrito y tribunales colegiados de circuito que se han comprometido de manera notable con el desarrollo de una sólida teoría de la interpretación constitucional en materia de derechos humanos. Esto quiere decir que la comprensión y desenvolvimiento de la interpretación conforme es un trabajo en proceso, siempre constante y en un abierto dinamismo.

El progreso al que nos referimos comienza a dar sus propios frutos. Estamos convencidos de que poco a poco la Suprema Corte irá desarrollando más y mejores criterios y pautas de interpretación constitucional. Sin ánimos de ser exhaustivos, este tibio reflejo se lee, por ejemplo, en ciertas decisiones adoptadas por el máximo tribunal. El Amparo en Revisión 806/2017 del índice de la Segunda Sala de la SCJN es muestra de ello.<sup>56</sup> En la resolución a dicho caso la Corte ha comenzado a comprender la operación de la interpretación conforme de una manera mucho más acorde con los postulados previstos por nuestra Constitución, a la vez que ha dado los primeros pasos hacia la construcción de una metodología mucho más sólida y consistente para operar dicha herramienta.

Así, en este precedente es posible apreciar la manera en que el desarrollo argumentativo de la Segunda Sala de la Corte estuvo sustentado en una operación un tanto más articulada de las herramientas previstas en el artículo 1o. constitucional, lo cual sirvió de base para trazar una ruta mucho más sólida de interpretación conforme. Ello se aprecia en la manera en que la resolución al caso tomó en consideración la articulación de diversas disposiciones convencionales, como las establecidas en la Convención de

---

<sup>56</sup> Amparo en Revisión 806/2017, Segunda Sala, ponente ministro Eduardo Medina Mora, 21 de febrero de 2018.

las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como de algunos otros criterios interpretativos derivados del Grupo de Acción Financiera Internacional, y resoluciones emitidas por el propio Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, para estructurar la base constitucional de actuación sobre la que debería operar la conducta y actividad de las autoridades, o lo que es lo mismo, para la conformación del bloque de constitucionalidad y la integración del control de convencionalidad de las disposiciones identificadas.

A partir de dichas acciones, y una vez que la Sala incorporó las disposiciones e interpretaciones referidas al canon constitucional de interpretación, tuvo la oportunidad de señalar que el bloqueo de cuentas bancarias resulta constitucional siempre y cuando ello derive del cumplimiento de una solicitud o procedimiento internacional, mas no de un proceso nacional, en tanto que no existe una base jurídica para que dicho bloqueo pueda actualizarse en el marco de actuaciones nacionales. Con ello, la Corte ajustó la validez y aplicación de una norma sobre la base de condiciones y disposiciones interpretativas un tanto más sólidas que condujeron a compatibilizar el goce y ejercicio de los derechos humanos con los fines constitucionales y convencionales asumidos por el Estado mexicano.

En sus palabras, la Segunda Sala del Tribunal expresó que:

...si bien los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte, implican la posibilidad de llevar a cabo un análisis de regularidad normativa, lo cierto es que ello no debe conducir en todo momento a una declaración de invalidez de la disposición sometida a dicho estudio, pues es factible llevar a cabo una interpretación que haga compatible el artículo con el texto constitucional y con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

*Esto es, nuestro texto constitucional y los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, son un parámetro interpretativo para el resto de componentes del sistema jurídico nacional, lo cual permite, previo a una declaración de invalidez de una disposición, llevar a cabo una interpretación que permita resolver la antinomia normativa alegada, permitiendo así la subsistencia de la norma combatida dentro de nuestro ordenamiento; a lo cual se le ha denominado “interpretación conforme”.<sup>57</sup>*

<sup>57</sup> Amparo en Revisión 806/2017, p. 49 (énfasis añadido).

Como puede apreciarse en el caso en cita, al analizar la constitucionalidad del bloqueo de cuentas bancarias por parte de autoridades de investigación criminal, la ponencia del ministro Eduardo Medina Mora arribó a una conclusión más sustantiva respecto a que la interpretación conforme puede constituir una herramienta adecuada para ajustar la aplicación de ciertas normas en aquellos casos en los que el estudio de las obligaciones constitucionales de fuente nacional e internacional, así como los señalamientos expresados por diversos organismos internacionales, así lo permitan. Lejos de representar un modelo para la salvación de normas, el precedente señalado hace un uso adecuado del bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y la interpretación conforme para arribar a un resultado mucho más acorde con el modelo de interpretación constitucional que hemos venido desarrollando a lo largo de estas líneas.

## V. CONCLUSIONES

El análisis planteado en el presente trabajo tiene como principal objetivo el de esbozar la manera en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido y aplicado la herramienta de interpretación conforme a lo largo de los últimos años. Lejos de presentar un estudio cronológico, nuestra intención fue ofrecer una aproximación respecto a la manera en que los debates sostenidos por ambas salas de la Corte exponen de manera más o menos clara las perspectivas que las y los ministros tienen de los derechos, de la interpretación constitucional y de las herramientas previstas en el artículo 1o. de nuestra Constitución.

De dicho análisis es posible desprender, al menos, tres conclusiones principales. (1) No es posible aún hablar de la existencia de una teoría constitucional sobre la interpretación conforme. A la fecha, la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece no haber alcanzado un consenso relevante sobre la manera en que las herramientas previstas en el artículo 1o. constitucional deben operar, al grado que en muchas ocasiones suelen confundirlas o, incluso, subsumir alguna de ellas en los límites de operación de otras. Por el contrario, (2) existen distintas maneras de comprender tanto el fundamento de la obligación dirigida a las autoridades judiciales para ejercer un esquema de interpretación conforme, así como de la metodología que dichas autoridades deben adoptar para garantizar una implementación acorde con el sistema de interpretación constitucional en

materia de derechos humanos. La divergencia respecto a ambos criterios se aprecia no sólo en el entendimiento que cada una de las personas que integran al tribunal tienen sobre el derecho y, particularmente, sobre la interpretación conforme, sino también en las posiciones políticas —muchas veces de batalla— que ambas salas del tribunal han adoptado en el marco de la función de interpretar la Constitución. Y (3) a pesar de que el desarrollo de la interpretación conforme ha sido sinuoso en su paso por la Suprema Corte, ello sólo nos permite comprender que su óptimo desenvolvimiento forma parte de un proceso complejo que requiere de importantes esfuerzos de análisis y del desarrollo de esquemas de intervención académica y ciudadana. Pese a las limitaciones expuestas, el objetivo de este trabajo también ha sido el de trazar una ruta de esperanza crítica que motive e incentive el impulso de estrategias que tiendan al fortalecimiento de esquemas interpretativos que amplíen las condiciones de vigencia, operación e interpretación de los derechos humanos en nuestro país.

## VI. BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

### 1. *Doctrina*

- ACKERMAN, Bruce, “Constitutional Politics / Constitutional Law”, *Yale Law Journal* 99, núm. 3, 1989.
- BENGOETXEA, Joxerramon, “Conform Interpretation as a Method for Balancing Autonomy and Heteronomy: Introduction”, *Oñati Socio-Legal Series* 1, núm. 9, 2011.
- BETLEM, Gerrit y NOLLKAEMPER, André, “Giving effect to Public International Law and European Community Law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 3, 2004.
- BETLEM, Gerrit, “The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty”, *Oxford Journal of Legal Studies* 22, núm. 3, 2004.
- BOURDIEU, Pierre y GUNTHER, Teubner, *La fuerza del derecho*, Universidad de los Andes, 2000.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011”, *Revista del Centro de Estudios*



*Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 3, 2016.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

CABALLERO OCHOA, José Luis, “El sistema de derechos humanos en México. Los derroteros de la interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales”, en SÁNCHEZ GIL, Rubén y CABALLERO OCHOA, José Luis (eds.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio, “El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana”, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio, “El principio pro persona en el marco de interpretación sobre los derechos humanos en México”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o. de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, 9a. ed., México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Senado de la República, LXIII Legislatura-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Nacional Electoral-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

CANOSA USERA, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

- CORZO, Edgar, “La interpretación conforme y la interpretación de conformidad”, *Puntos Finos*, junio de 2013.
- COSSÍO, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla Pacheco”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, 2012.
- DÍAZ CREGO, María, “España ante el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- FOWKES, James, *Building the Constitution. The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2016.
- FRIEDMAN, Barry, “The Politics of Judicial Review”, *Texas Law Review* 84, núm. 2, 2005.
- GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2012.
- KELLER, Helen y STONE SWEET, Alec, *A Europe of rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Nueva York, Oxford, 2008.
- KENNEDY, Duncan, “Legal Formalism”, *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Elsevier, 2001.
- KRISCH, Nico, “International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order”, *The European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, 2005.
- MARTINICO, Giuseppe, “The importance of consistent interpretation in subnational constitutional contexts: old wine y new bottles?”, *Perspectives on Federalism*, vol. 4, núm. 2, 2012.
- NOLLKAEMPER, André, “Consistent Interpretation”, en *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011.

- NOLLKAEMPER, André, *National courts and the international rule of law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- QUERALT, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, prólogo de Enoch Alberti, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- REPETTO, Giorgio (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección a los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.
- RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración Europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en BANDIERA GALINDO, George Rodrigo *et al.* (coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Barcelona, 2013.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SAWYER, Katrine, “The principle of «interprétation conforme»: How far can or should national courts go when interpreting national legislation consistently with European community law?”, *Statute Law Review* 28, núm. 3, 2007.
- SCHEPPELE, Him Lane, “Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models”, *J.CON* 1, núm. 2, 2003.

## 2. Decisiones judiciales

- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1131/2012, Segunda Sala, ponente ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 592/2012, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar.
- SCJN, Amparo Directo 55/2012, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar.

- SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- SCJN, Amparo en Revisión 457/2012, Primera Sala, ponente ministro José Ramón Cossío Díaz.
- SCJN, Amparo en Revisión 576/2012, Primera Sala, ponente ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 3758/2012, Primera Sala, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.
- SCJN, Amparo en Revisión 487/2013, Segunda Sala, ponente ministro Luis María Aguilar Morales.
- SCJN, Amparo en Revisión 620/2013, Segunda Sala, ponente ministro Sergio Valls Hernández.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1338/2014, Segunda Sala, ponente ministro Alberto Pérez Dayán.
- SCJN, Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 2177/2014, Primera Sala, ponente ministro José Ramón Cossío Díaz.
- SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.
- SCJN, Amparo en Revisión 122/2014, Primera Sala, ponente ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.
- SCJN, Amparo en Revisión 263/2014, Primera Sala, ponente ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.
- SCJN, Amparo en Revisión 591/2014, Primera Sala, ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo.
- SCJN, Amparo en Revisión 735/2014, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- SCJN, Amparo en Revisión 615/2013, Primera Sala, ponente ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- SCJN, Amparo en Revisión 806/2017, Segunda Sala, ponente ministro Eduardo Medina Mora, 21 de febrero de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia 198/2012 del 6 de noviembre de 2012, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm 286, 28 de noviembre de 2012.

### 3. Tesis aisladas y de jurisprudencia nacionales

SCJN, Tesis Aislada 2a. LXXXII/2012 (10a.), “Principio pro persona o *Pro Homine*. Forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben desempeñar sus atribuciones y facultades a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, t. 2.

SCJN, Tesis Aislada 1a. CCCXL/2013 (10a.), “Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, t. 1.

SCJN, Tesis Aislada P.II/2017 (10a.), “Interpretación conforme. Sus alcances en relación con el principio de interpretación más favorable a la persona”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 42, t. 1, mayo de 2017.

SCJN, Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 56/2014 (10a.), “Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, t. 2.

SCJN, Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 172/2012 (10a.), “Derechos humanos. Su estudio a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, no implica necesariamente que se acuda a los previstos en instrumentos internacionales, si resulta suficiente la previsión que contenga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XVII, t. 2.

SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 47/2015 (10a.), “Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar”, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, t. 1, agosto de 2015.

#### 4. *Jurisprudencia internacional*

CORTE IDH, *Caso Rosendo Radilla vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.

CORTE IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de mayo de 2001, serie C, núm. 77.

CORTE IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de septiembre de 1996, serie C, núm. 29. párr. 56.

CORTE IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2009, serie C, núm. 211.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Case concerning the Factory at Chorzow* (Merits), series A, no. 17, 1928.

C

*Fecha de recepción:* 07 de enero de 2019.

*Fecha de aceptación:* 07 de marzo de 2019.



## El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena

### *The Principle of Interpretation in Conformity with Fundamental Rights in the Chilean Case-law*

Gonzalo AGUILAR CAVALLO\*

**RESUMEN:** Una de las características del constitucionalismo contemporáneo es el desarrollo de técnicas específicas de interpretación de los derechos fundamentales. Una de éstas es la interpretación conforme a los derechos fundamentales. Este trabajo tiene por objetivo principal analizar críticamente la incorporación de la interpretación conforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. Nuestra hipótesis es que existen indicios crecientes de que el juez nacional recurre a este principio de interpretación para optimizar y extender la protección de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, derechos fundamentales, paradigma constitucionalista, interpretación de los derechos humanos.

**ABSTRACT:** *The development of specific principles of interpretation of human rights is a major feature of the contemporary constitutionalism. The “interpretation in conformity with human rights” is one of these principles. This paper aims at analyzing the incorporation of this principle by the Chilean Supreme Court. We argue that the Supreme Court is increasingly using this principle in order to enhance the protection of human rights.*

**Keywords:** *Constitutionalism, fundamental rights, constitutional paradigm, human rights interpretation.*

---

\* Doctor en derecho (España), profesor de derecho constitucional, internacional, ambiental y derechos humanos; director del Magister en el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile; [gaguiar@utalca.cl](mailto:gaguiar@utalca.cl).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución de la interpretación de los derechos fundamentales*. III. *Principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las características más destacadas del moderno paradigma constitucionalista consiste en el creciente rol relevante que juega el juez en la determinación del sentido y alcance de lo que se entiende por derecho, obrando de manera creativa y con sentido de los imperativos prácticos.<sup>1</sup> Junto con lo anterior, el lugar prominente que ocupan los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos constitucionales aparece como otro rasgo sobresaliente en el constitucionalismo contemporáneo. Adicionalmente, es generalmente aceptado que la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos internos de los Estados ha impactado en la labor del juez nacional.<sup>2</sup>

Las normas formales sólo corresponden a una determinada técnica jurídica. El juez debería impartir justicia buscando la solución justa para el caso concreto. Esa decisión debe apoyarla en las normas formales, y si éstas no existen, siempre tiene la equidad como fuente del derecho. En este proceso, los valores y principios sustantivos, que se encuentran en la base del sistema constitucional garante de los derechos fundamentales, sirven de auxilio en el razonamiento e interpretación jurídica.

Si se unen ambos aspectos, surge de inmediato que el juez —con un rol protagónico en el derecho moderno— ha debido desarrollar principios de interpretación que lo auxilian para garantizar la debida protección y desarrollo

---

<sup>1</sup> García López, Luisa Fernanda, “El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes”, *Vniversitas*, núm. 128, 2014, pp. 79-120; Gómez Reyes, José Alfredo, “El rol del juez en materia de derechos humanos”, *Revista Virtual Legem*, núm. 2, 2014, pp. 53-64; Toro Huerta, Mauricio Iván del, “Anatomía del precedente internacional (esbozo para la discusión)”, en Carbonell Sánchez, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, 2015, vol. 3, pp. 75-107.

<sup>2</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 112, 2005, pp. 325-363.

de los derechos fundamentales. Uno de éstos es el principio de interpretación conforme en sus distintas vertientes. ¿Utiliza la Corte Suprema de Chile el principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales y, en su caso, cómo? Nuestra hipótesis es que existen indicios crecientes de que el juez nacional recurre a este principio de interpretación para optimizar y extender la protección de los derechos fundamentales.

Este trabajo tiene por objetivo principal analizar críticamente la incorporación de la interpretación conforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. Se dejará el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno para otro artículo. En la parte pertinente, y sólo como complemento de la argumentación, se recurrirá al derecho comparado. Asimismo, se realiza un breve examen de la teoría a fin de conceptualizar y caracterizar este principio de interpretación. Cuando en este artículo se hable de “interpretación conforme a los derechos fundamentales” debe también entenderse referida a los derechos humanos. El método que se usará será principalmente el de casos y en la parte teórica se recurrirá al método dogmático jurídico.

El artículo se estructura en una primera parte con el examen de las bases teóricas de la interpretación de los derechos fundamentales y del principio de interpretación conforme y, en una segunda parte, analizamos algunos ejemplos recientes de casos jurisprudenciales que nos permitirán discurrir sobre el sentido y alcance en la aplicación de este principio.

## I. LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tradicionalmente, los principios de interpretación de los derechos de los individuos y comunidades han surgido de la práctica jurisprudencial y han sido sistematizados por la doctrina.<sup>3</sup> A este respecto, cabe mencionar el valor concreto y la influencia real que han tenido en el orden jurídico interno las actuaciones de los órganos jurisdiccionales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.<sup>4</sup> En particular, nos refe-

---

<sup>3</sup> Galán Juárez, Mercedes, “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, una argumentación en términos de razonabilidad”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 33-55.

<sup>4</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en López Guerra, Luis y Saiz

rimos a la Corte Europea (CEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).<sup>5</sup> Estos órganos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos —y por qué no decirlo, también los órganos cuasi-jurisdiccionales de protección de estos derechos— han realizado importantes aportes para el desarrollo de los principios de interpretación de los derechos humanos, que tienen un impacto en el derecho nacional.<sup>6</sup> Además, en términos generales, debe tenerse en cuenta la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno y su especial influencia en el desarrollo de la protección de los derechos de los individuos en el ámbito constitucional.<sup>7</sup> Por esta razón, cada vez que en este trabajo se use la expresión “interpretación conforme a los derechos fundamentales” debe también entenderse referida a los derechos humanos.

A continuación, abordaremos sucesivamente, primero, la interpretación en sí misma considerada, para luego examinar la interpretación jurídica, seguida de la interpretación constitucional y culminar con la reflexión acerca de la interpretación de los derechos fundamentales.

En primer lugar, el significado de la interpretación propiamente tal es difícil de determinar, debido a sus múltiples puntos de vista y clasificaciones.<sup>8</sup> Así, podemos distinguir dos comprensiones sobre el alcance de la “interpretación”. En primer lugar, un “sentido estricto; aquí, la «inter-

---

Arnaiz, Alejandro, *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, pp. 279-326.

<sup>5</sup> Aguirre Arango, José Pedro, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, año V, núm. 8, 2007, pp. 73-97.

<sup>6</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, pp. 41-71; Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Hendu*, vol. 2, núm. 1, 2011, pp. 20-42.

<sup>7</sup> Sepúlveda I. Ricardo J., “El derecho constitucional de los derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX: *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 263-289.

<sup>8</sup> Lifante Vidal, Isabel, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 257-278, especialmente p. 260.

pretación» se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación”.<sup>9</sup> En segundo lugar, en una versión más extensa de aplicación —esto es, la interpretación en un sentido amplio—, “interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación requiere interpretación”.<sup>10</sup> Como también desde el punto de vista del objeto,

...la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido (en definitiva, cualquier objeto no natural: un acontecimiento histórico, un comportamiento, etc.); o bien tan sólo a objetos lingüísticos (particularmente a textos escritos, como en la “interpretación de la ley”); o bien (sería el sentido más estricto de “interpretación”) a textos problemáticos, esto es, textos cuyo significado es, en principio, dudoso y necesitan, pues, de una labor, de un esfuerzo, de aclaración. Dadas así las cosas, hablamos de “interpretación” tanto para referirnos a una actividad (la actividad consistente en atribuir sentido a alguno de los tres anteriores tipos de objetos), como al resultado, al producto de esa actividad.<sup>11</sup>

Desde el punto de vista conceptual, se podría entender “al canon de los métodos de interpretación como un «armazón flexible de argumentación»<sup>12</sup> descrito como una estructura de principios y raramente como un sistema de reglas”.<sup>13</sup> A los principios de interpretación “les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y va-

<sup>9</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Mariana Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 5.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997, pp. 465-484, especialmente p. 466.

<sup>12</sup> Brugger, W., “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze”, en *AöR* 119, 1994, pp. 1 (31), citado por Häberle, en “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 379-411, especialmente p. 386.

<sup>13</sup> Häberle, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 379-411, especialmente p. 386.

loración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”.<sup>14</sup>

En segundo lugar, de acuerdo con Guastini, “[l]a interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual... el vocablo «interpretación» denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo”.<sup>15</sup> Sin embargo,

...[e]l intérprete jurídico no se encuentra sólo con un texto (creado por una determinada autoridad legislativa) que ha de ser interpretado, sino que ese texto se integra en un todo (en el que conviven —entre otras cosas— muchos otros textos y autoridades, además de fines y valores, actitudes, etc.); y el significado que ha de atribuírsele mediante la interpretación debe ser el significado «según el Derecho».<sup>16</sup>

En palabras de Atienza, existiría interpretación de textos, interpretación de la costumbre e interpretación de los hechos. Así, en opinión de este autor, “[s]i limitamos el problema de la interpretación jurídica a la interpretación de textos..., cabría ver la interpretación como una operación consistente en pasar de unos enunciados a otros [desde un enunciado a interpretar hacia un enunciado interpretado], y un enunciado interpretativo como lo que permite ese paso”.<sup>17</sup> En palabras de Guastini, los enunciados interpretativos son “enunciados que adscriben significado a un texto normativo”.<sup>18</sup> Por ello, no podemos reducir la interpretación “jurídica” a una aplicación irreflexiva y literal del texto.

En tercer lugar, contemporáneamente, la teoría de la interpretación constitucional ha debido hacerse cargo no sólo de la interpretación de normas

---

<sup>14</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, capítulo 2, vol. 1, 2011, p. 67.

<sup>15</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 2.

<sup>16</sup> Lifante Vidal, Isabel, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, cit., p. 276; Laporta, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 176 y ss., señala la insuficiencia de las reglas actuales de interpretación para dar cuenta de la actual realidad de un estado constitucional de los derechos; véase, también, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 85.

<sup>17</sup> Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, cit., pp. 465-484, especialmente p. 469.

<sup>18</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 11; véase, también, Lifante Vidal, Isabel, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, cit., p. 262.

constitucionales clásicas —tales como las que regulan el sistema de separación, distribución, ejercicio, limitación y control del poder público—, conocidas como Constitución formal, sino también de la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales contenidas en la Constitución, que se suelen referir como parte integrante de la Constitución material. Canotilho entiende “la Constitución material como conjunto de normas sustantivas insertas en el texto constitucional, todo lo cual le otorga una fuerza normativa plural”.<sup>19</sup>

En este contexto, nos referiremos brevemente a los principios de interpretación propios de la Constitución, pues resultan relevantes para entender y contextualizar la forma de abordar la interpretación conforme a los derechos fundamentales. La interpretación constitucional se ha desarrollado sumando nuevos principios de interpretación adicionales a los métodos clásicos de interpretación de la ley. Estos últimos son el gramatical, el lógico o teleológico, el sistemático y el histórico. Los principios de interpretación constitucional han sido enunciados por la jurisprudencia y la doctrina.<sup>20</sup> Entre estos principios se pueden mencionar el de unidad de la Constitución, el de concordancia práctica, el de corrección funcional, el de eficacia integradora, el de fuerza normativa, el de conservación de la ley, el de interpretación conforme a la Constitución o desde la Constitución, el de interpretación favorable al derecho internacional, y el del derecho comparado como método de interpretación.<sup>21</sup> En esta parte, nos interesa resaltar el principio de interpretación conforme a la Constitución por su relación con el principio que estamos analizando, vale decir, de interpretación conforme a los derechos fundamentales. La interpretación conforme a la Constitución es una pauta básica que asigna un sentido a la ley a efectos de que ella

---

<sup>19</sup> Canotilho, José Gomes, *Derecho constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 57-72; Landa, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011, pp. 17-42, especialmente p. 20.

<sup>20</sup> Häberle, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *cit.*, p. 405.

<sup>21</sup> Palacios Alcocer, Mariano y Castellanos Madrazo, J. Francisco, “Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell Sánchez, Miguel, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 731-765; Häberle, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *cit.*, p. 379.

garde coherencia y armonía con el conjunto de la Constitución. Por eso, se propone que la interpretación conforme a la Constitución no es sino otra forma de interpretación sistemática.<sup>22</sup> La interpretación hace que la ley sea conforme con la Constitución, pudiendo la interpretación reducir, sustituir o modificar su aplicación a casos concretos.<sup>23</sup>

Pensamos que interpretación sistemática e interpretación conforme son dos cosas distintas. La interpretación sistemática es una pauta formal. La interpretación conforme es una pauta formal y material. La interpretación conforme a la Constitución será formal cuando el parámetro de interpretación sea la Constitución orgánica, y será material cuando al parámetro sea la Constitución dogmática o material. Esto último se encuentra vinculado con el denominado proceso de materialización del contenido del derecho constitucional que implica una transformación de este ámbito jurídico, pasando de “haberse ubicado antes en la dinámica del poder y los procedimientos políticos, se abre ahora a espacios más amplios en el que el centro de preocupación parece trasladarse a la garantía de la Constitución normativa y la tutela de los derechos”.<sup>24</sup> En el caso de Chile, la justificación normativa de la interpretación conforme a la Constitución podría encontrarse en el artículo 6o., el cual contiene el principio de supremacía constitucional y el de vinculación directa de los preceptos constitucionales. Pero, incluso, la interpretación conforme a la Constitución se materializará aun más si el enunciado constitucional usado como parámetro de interpretación es un

---

<sup>22</sup> Fernández Cruz, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, núm. 2, 2016, pp. 153-188; Cabrales Lucio, José Miguel, “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 16, 2012, pp. 3-22; Massé Narváez, Carlos E. y Rivera Hernández, Juan, “La hermenéutica en la interpretación conforme de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano”, *Metadodos. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 36-44.

<sup>23</sup> Landa Arroyo, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*, Lima, Palestra, 2018, pp. 115 y 116. La interpretación conforme indica que la “ley no será declarada inválida si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución”. Häberle, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *cit.*, p. 406; Fernández Cruz, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, núm. 3, 2017, pp. 653-675.

<sup>24</sup> Grández Castro, Pedro P., “Argumentación jurídica y derecho constitucional”, en Landa Arroyo, César (ed.), *Derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2018, pp. 109-122.



derecho fundamental. En este caso, la justificación normativa de la interpretación conforme, además del artículo 6o., residiría en el artículo 5o. de la Constitución (en concordancia con el capítulo III, referido a los derechos fundamentales), el cual consagra que la soberanía se encuentra limitada por los derechos humanos o fundamentales, y que estos derechos pueden encontrar su fuente en el orden constitucional o en el orden internacional. En realidad, la interpretación de las normas internas conforme a los derechos es una interpretación material, no referida directamente a una fuente formal, sino más bien a los contenidos de los derechos fundamentales o humanos. A este respecto, cabe recordar que los derechos emanan de la dignidad humana, la cual es fuente y fundamento de éstos. De esta manera, los derechos se transforman en expresión de valores, principios y reglas, y, por tanto, están dotados de una dimensión subjetiva y otra, objetiva.<sup>25</sup>

Este nuevo paradigma jurídico —constitucionalista— tendría una serie de rasgos distintivos:

Un primer rasgo a destacar sería la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además del de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, considerando además ambos tipos de normas no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico, de modo que a las clásicas relaciones lógicas entre las normas se le incorporan relaciones de justificación. Ligado a ello, la validez pasa a ser entendida en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.<sup>26</sup>

Este nuevo paradigma ha sido descrito por Marín Catán, señalando que

---

<sup>25</sup> Salem Gesell, Catalina, “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de derecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 2017, pp. 105-115; Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sociedad Starco S. A. respecto del numeral primero, letra a), del artículo único de la Ley No. 20.238, que agrega una oración final en el inciso primero del artículo 4o. de la Ley No. 19.886, en los autos Rol No. 416-2011 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública y de la Dirección del Trabajo*. Rol no.1968-11. Sentencia del 15 de mayo de 2012. Considerando 29o.

<sup>26</sup> Lifante Vidal, Isabel, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *cit.*, p. 267.

...[f]rente a un concepto puramente formal de Constitución, se afirma, en torno a la dignidad de la persona, un concepto material de la misma, que se iba a convertir en uno de los rasgos más significativos del constitucionalismo de posguerra y que se iría acentuando a medida que avanzaba el constitucionalismo europeo. Dicho rasgo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, lo cual implica un cambio importante en la transformación (o evolución) del Estado constitucional respecto a las anteriores concepciones del Estado de derecho (Estado legal o formal).<sup>27</sup>

A este último elemento se le suma —en este nuevo paradigma— la búsqueda de la necesaria coherencia y armonía entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional y/o comunitario, en su caso. En esta línea, en 2015, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras sostuvo que

...[l]a interpretación para que tenga sentido y coherencia, solo puede darse a partir de principios generales de Derecho, de rango constitucional y del sistema constitucional e internacional de fuentes jurídicas. La Constitución no se limita al sentido original del constituyente, ni tampoco puede desvincularse de su texto integral o de su objeto y fin, dado que el derecho y los principios jurídicos se articulan necesariamente para evitar antinomias o conflictos de normas.<sup>28</sup>

A continuación, veremos cómo este nuevo paradigma se concreta en principios de interpretación específicos de los derechos fundamentales.<sup>29</sup> En particular, abordaremos en este estudio el principio de interpretación conforme que actúa, especialmente, en la articulación y armonía entre el derecho internacional y el derecho interno.

<sup>27</sup> Marín Castán, María Luisa, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 9, 2007, pp. 1-8.

<sup>28</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. R. I. no. 1343-2014 y no. 243-2015, del 22 de abril de 2015. Considerando 9o.

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel, “Recensión: la interpretación de los derechos fundamentales. Carpio Marcos, Edgar, Palestra Editores, Lima, 2004, 166 pp.”, *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, 2004, pp. 409-417; Rivera, José Antonio, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011, pp. 57-68, especialmente p. 64.

### III. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La aparición de los derechos fundamentales y su aumento en potencia en el contexto constitucional ha generado el desarrollo de técnicas y principios de interpretación adecuados a la materia de los derechos.<sup>30</sup> La labor pretoriana ha sido fundamental en el surgimiento y delimitación de estos principios de interpretación, los cuales, en ocasiones, se han incorporado expresamente en ciertos ordenamientos constitucionales.<sup>31</sup> Aquel que nos interesa abordar en este trabajo es el principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales o humanos.

Este principio podría ser entendido como aquel en virtud del cual el juez debería interpretar las normas del ordenamiento estatal de conformidad con los derechos fundamentales. Esta interpretación que efectuaría el juez implicaría verificar que el sentido y alcance asignado a la norma respectiva es acorde, está en línea y concuerda con los derechos fundamentales. Como hemos mencionado antes, si consideramos que en el ordenamiento jurídico interno los derechos se nutren, al menos, de dos sistemas de fuentes, la interna y la internacional, la interpretación también debiera ser conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, Ferrer define la interpretación conforme como

...la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales

<sup>30</sup> En este sentido, refiriéndose al constitucionalismo de los principios en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, Grández nos señala que “los derechos fundamentales hicieron su ascenso a las constituciones y, con ello, el triunfo de los principios se había también concretado en el viejo continente. En un escenario tal, las distinciones entre reglas y principios son también —en alguna manera— una relación de sujeción, en la medida que la validez de las reglas dependerá de su adecuación a los principios constitucionales”. Grández, Pedro P., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Lima, Palestra, 2016, p. 34.

<sup>31</sup> *Cfr.* Pustorino, Pietro, *L'interpretazione delle Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Ed. Scientifce, 1998.

(y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.<sup>32</sup>

De acuerdo con la doctrina,

...[l]a palabra *conforme*, a diferencia del vocablo *interpretación*, tiene un uso permanentemente ordinario. Sin embargo, su significado varía, probablemente, al modificar el concepto que se da al término *interpretación*. Si se habla de la actividad interpretativa, *conforme* tiende a evocar una actividad de *conformar* o *hacer conforme*. Dicha acción podría ser descrita por medio de otras palabras como *adecuar* o *ajustar*. Este sentido supone un término de comparación.<sup>33</sup> La interpretación conforme será siempre conforme a algo. Siendo una actividad se debe suponer que el momento inicial es una situación de inconformidad o, por lo menos, de potencial inconformidad. Es preciso decir *potencial* en la medida en que *interpretar* no es una actividad cognoscitiva, esto es, que *conformidad* o *inconformidad* no se dan en la naturaleza —del derecho, en este caso—, como propiedades que sólo el intérprete describe.<sup>34</sup>

Por otro lado, Zavala explica la acción hermenéutica de interpretación conforme,

...cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación de acuerdo a dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y señalar la norma aplicable; y b) un sistema de reenvíos amplio y de interpretación en sede judicial en diálogo con la jurisprudencia internacional que determina el alcance de la integración y de la norma que debe ser aplicada en caso de conflicto. La interpretación conforme opera entonces como una cláusula

<sup>32</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622, especialmente p. 549.

<sup>33</sup> Refiriéndose a la Constitución Española en su artículo 10.2., Galán ha señalado que “esta forma de interpretación ha recibido el nombre de argumento comparativo, que es un tipo de apelación a la regulación establecida por otros sistemas jurídicos debido a la autoridad que representan”. Galán Juárez, Mercedes, “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”, *cit.*, pp. 33-55, especialmente p. 50.

<sup>34</sup> Rodríguez, Gabriela *et al.*, *Interpretación conforme*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 7.

sula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. El efecto que se logra es una ampliación en la protección de los derechos humanos.<sup>35</sup>

La doctrina reconoce la eficacia vertical y horizontal de los derechos humanos. Dentro de la eficacia horizontal (*drittwirkung*), se admite la distinción entre efecto horizontal directo e indirecto. Este último propone, en una alternativa, que “el juez resuelva el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales entendidos como valores sobre las normas de derecho privado”.<sup>36</sup> También se ha sostenido a este respecto que el juez podrá resolver la controversia aplicando las normas pertinentes, de derecho privado u otras, “pero su interpretación se basará en el derecho constitucional objetivo, y más particularmente, en los derechos fundamentales”.<sup>37</sup>

El principio de interpretación conforme es un medio a través del cual se operacionaliza el efecto horizontal de los derechos humanos y, con mayor precisión, el denominado efecto horizontal indirecto de los derechos humanos. En efecto, un sector de la doctrina afirma que no ve diferencia entre el efecto horizontal indirecto de los derechos humanos con mediación del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución y los derechos fundamentales.<sup>38</sup> Por otra parte, en el ámbito del derecho comunitario y de la Corte de Justicia de la Unión

---

<sup>35</sup> Zavala de Alba, Luis Eduardo, “Gobernanza en derechos humanos: hacia una eficacia y eficiencia institucional”, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, mars 2015, pp. 273-288.

<sup>36</sup> Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010, pp. 3-51, especialmente p. 19.

<sup>37</sup> “[E]n el caso de la eficacia indirecta o mediata, si bien los derechos fundamentales son aplicables en las interrelaciones entre particulares, éstos no tendrían el carácter de derechos subjetivos vinculantes para los particulares, sino que de principios que influyen y se irradian a las relaciones entre privados y contribuyen como un medio útil a la solución de las controversias. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional alemana, las controversias de derecho civil, por ejemplo, entre particulares, «siguen siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil, se interpretará y aplicará el derecho civil», pero su interpretación se basará en el derecho constitucional objetivo, y más particularmente, en los derechos fundamentales”. Aguilar Cavallo, Gonzalo y Contreras Rojas, Cristian, “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 205-243.

<sup>38</sup> Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 3-51, especialmente p. 23.

Europea (CJUE), su jurisprudencia no reconoce efecto horizontal directo a las directivas europeas, pero se les acuerda un efecto horizontal indirecto en los litigios entre particulares. La Corte ha reconocido que

...las jurisdicciones nacionales están obligadas a interpretar el derecho nacional a la luz de las directivas. Según esta jurisprudencia, la única manera de solucionar el hecho de que las directivas carecen de efecto horizontal directo consiste en su integración al orden jurídico nacional y en la interpretación del acto legislativo de integración según las finalidades de la directiva respectiva. En consecuencia, el juez nacional debe tener en cuenta el conjunto de las reglas del derecho nacional e interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de los fines de la directiva europea respectiva, con el fin de alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por la referida directiva.<sup>39</sup>

De este modo, la interpretación conforme emerge como una herramienta útil para lograr que, en las relaciones entre particulares, los derechos humanos, intermediados por el juez nacional, desplieguen todo su efecto horizontal indirecto. Este efecto horizontal indirecto de los derechos humanos se realizaría, entre otras cosas, cada vez que el juez nacional llevara a cabo un control de convencionalidad de la norma interna, en un litigio entre particulares, verificando la adecuación de la interpretación de dicha norma interna conforme a la interpretación de los derechos humanos proveniente del órgano jurisdiccional internacional. La interpretación conforme a los derechos humanos es una técnica hermenéutica que, bajo una perspectiva, permite llevar a cabo el control de convencionalidad por el juez nacional y, al mismo tiempo, verifica el efecto irradiación y la eficacia horizontal indirecta de los derechos humanos.

¿Qué es el control de convencionalidad? El control de convencionalidad es una doctrina que ha sido explicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* de 2006.<sup>40</sup> Esta doctrina señala que el Estado que ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) debe

---

<sup>39</sup> Deliyanni-Dimitrakou, Christina, “L’effet horizontal des Droits Sociaux selon la jurisprudence de la CJUE et la pratique des juridictions nationales”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 99-122, especialmente p. 107.

<sup>40</sup> Véase Fondevila Marón, Manuel, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017, pp. 347-360.

velar por su cumplimiento efectivo en el orden jurídico interno, y que en este proceso le cabe un rol relevante a los jueces nacionales, los cuales deben cumplir con la CADH tomando en consideración la interpretación que de sus normas ha realizado la Corte IDH, intérprete auténtico de la CADH. Morales y Saavedra han señalado que “si a los jueces nacionales les corresponde verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la CADH [*sic*], incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se produce la progresiva interamericanización de los órdenes nacionales”.<sup>41</sup> En consecuencia, como se puede observar, el control de convencionalidad interno tiene dos pilares, uno normativo y otro interpretativo. Por un lado, el normativo exige velar por el cumplimiento efectivo de las normas de la CADH y, por otro lado, el interpretativo, exige efectuar aquello, considerando la interpretación proporcionada por la Corte IDH. El juez nacional podría alcanzar ambos objetivos recurriendo a la interpretación conforme a los derechos humanos y sin entrar en el debate clásico sobre los medios formales de solución de antinomias entre una norma interna y una norma internacional de derechos humanos. En consecuencia, la interpretación conforme a los derechos humanos aparece como una herramienta útil para el logro del control de convencionalidad, pero son cosas distintas.

¿Cuál es la diferencia entre el control de convencionalidad y el principio de interpretación conforme a los derechos humanos? El control de convencionalidad no es una técnica de interpretación. El control de convencionalidad es una doctrina destinada a lograr el objetivo del respeto y cumplimiento efectivo dentro del Estado de los derechos consagrados en la CADH.<sup>42</sup> La interpretación conforme a los derechos humanos es una técnica de interpretación. En esta línea, Massé y Rivera han sostenido que la

...interpretación conforme es el instrumento hermenéutico que encauza a la promoción, respeto, protección y eficacia de los derechos humanos, a fin de

<sup>41</sup> Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra Alessandri, Pablo, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, en Biacchi Gomes, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos sob a perspectiva global*, Curitiba, Instituto Memoria Editora, 2017, pp. 52-104, especialmente p. 55.

<sup>42</sup> Barbosa Borges, Bruno, *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*, Río de Janeiro, Lumen Sjúris, 2018, p. 137; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, pp. 113-166.



favorecer la protección más amplia o la máxima protección de las personas (principio *pro persona*). Al mismo tiempo, tal interpretación se realiza a través de la armonización de los derechos humanos contenidos en el orden fundamental y en los instrumentos internacionales sobre la materia.<sup>43</sup>

Como tal, aparece como un instrumento útil para facilitar y vehicular la realización del control de convencionalidad por parte del juez nacional.<sup>44</sup> Esta utilidad se reflejaría, en especial, cuando se trate de operar por el juez nacional el pilar interpretativo del control de convencionalidad, esto es, frente a dos o más interpretaciones posibles de una norma interna, encontrar aquella interpretación conforme a los derechos humanos.

Así, los derechos humanos o fundamentales conforme a los cuales deberían interpretarse las normas son tanto aquellos reconocidos en el orden interno de los Estados como aquellos de fuente internacional. En este contexto, para realizar la interpretación conforme a los derechos fundamentales sería necesario tomar en cuenta, además de la norma, la determinación del sentido y alcance que de dichos derechos han efectuado los órganos autorizados para interpretarlos.

En palabras de Carpio,

...al interpretarse los derechos fundamentales, también se ha considerado como especialmente útil el recurso no sólo a los textos legislativos del derecho interno, sino también al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional comparado, que no sólo comprende las disposiciones de cualquiera de los textos normativos, sino también a lo que de ellos hayan podido señalar sus intérpretes oficiales.<sup>45</sup>

En consecuencia, esta interpretación conforme se refiere a los derechos tal como ellos son interpretados por los órganos creados por instrumentos

---

<sup>43</sup> Massé Narváez, Carlos E. y Rivera Hernández, Juan, “La hermenéutica en la interpretación conforme de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano”, *cit.*, p. 36.

<sup>44</sup> Véase *idem*; Fernández Cruz, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *cit.*, p. 153; Cabrales Lucio, José Miguel, “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley”, *cit.*, p. 3.

<sup>45</sup> Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 56, 2003, pp. 463-530, especialmente p. 528.

aceptados por los Estados.<sup>46</sup> Por cierto, la interpretación de los derechos fundamentales requerirá tener en cuenta el principio *pro homine*, de modo que la interpretación aportada por los órganos internacionales autorizados para ello debería ser considerada por el juez nacional en la medida en que mejora la situación del individuo y contiene una interpretación más favorable para el ser humano.<sup>47</sup> Por lo tanto, la interpretación conforme a los derechos fundamentales implica una articulación material más que formal entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que la interpretación conforme contiene ínsita la noción de preferencia por aquella más favorable para el ser humano.<sup>48</sup> Únicamente de este modo se alcanzaría un sistema integral, coherente de derechos humanos, articulado sistemáticamente.<sup>49</sup> Con ello se permitiría que el ordenamiento jurídico guardara la coherencia y unidad indispensables en un Estado de derecho democrático.<sup>50</sup>

El principio de interpretación conforme ha sido desarrollado en distintos ámbitos y referido a distintos elementos. El principio de interpretación conforme tendría dos aristas. En primer lugar, una formal que implicaría que la interpretación debería ser conforme a los tratados, la Constitución, las leyes, etcétera. En segundo lugar, aparece la arista material o sustancial, que implicaría que la interpretación debería ser conforme a los derechos,

<sup>46</sup> A título ejemplar, la Ley sobre justicia constitucional de Honduras establece expresamente que en la interpretación constitucional se deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de acuerdo con la interpretación que de ellos hagan los tribunales internacionales. Véase, a este respecto, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. R. I. no. 1343-2014 y no. 243-2015, del 22 de abril de 2015. Considerando no. 8.

<sup>47</sup> Véase Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, 2004, pp. 71-99.

<sup>48</sup> Véase Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución)”, en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 103-133.

<sup>49</sup> “Lo que significa que antes de presumir incompatibles o efectuar confrontaciones entre derecho internacional y derecho constitucional [*sic*], existe un deber de integrarlas y descifrar en ellas un contenido armonizante y congruente de los derechos fundamentales. Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 463-530, especialmente p. 521.

<sup>50</sup> *Cfr.* Corte Suprema de Chile, *Contra Ramírez Montoya y otros*. Recurso de Casación. Rol no. 8642-15. Sentencia del 21 de marzo de 2017. Considerando 70o.

valores y principios que trasuntan estas fuentes formales, sin importar de cuál se trate ni su jerarquía.

### 1. *La vertiente formal de la interpretación conforme*

Hemos mencionado que la interpretación conforme puede ser referida a las fuentes formales, ya sea con fuentes formales específicas y determinadas o, más ampliamente, con áreas del derecho. El análisis de la interpretación conforme en su arista formal puede ser abordado examinando, primero, el derecho comparado y, luego, la jurisprudencia nacional.

#### A. *Enfoque de derecho comparado*

En el primer caso, se ha vinculado con fuentes formales específicas, tales como la interpretación conforme a la Constitución, o bien la interpretación conforme a los tratados internacionales.<sup>51</sup> Un buen ejemplo de la arista formal del principio de interpretación conforme se puede encontrar en la jurisprudencia constitucional comparada. Específicamente, la Corte Constitucional de Ecuador ha desarrollado criterios relacionados con el recurso de casación, su carácter extraordinario y de derecho estricto. En un caso concreto donde se discute la vulneración del debido proceso por la emisión de un juicio sobre los hechos de prueba en el contexto de un recurso de casación, la Corte Constitucional alude al principio de interpretación conforme de las normas infraconstitucionales —procesales— a las normas constitucionales. En efecto, los jueces constitucionales ecuatorianos precisan que

...estos criterios fijados por la Corte Constitucional en sus reiterados precedentes, han sido producto de un ejercicio de interpretación de la Constitución y de una interpretación conforme de las disposiciones normativas infraconstitucionales relacionadas al recurso de casación, en armonía con la Constitución de la República. En consecuencia, dichos criterios se ubican al mismo

---

<sup>51</sup> Véase, para el caso europeo, Tria, Lucia, “La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro”, diciembre de 2014, p. 22, disponible en: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_274.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_274.pdf); Delù, Francesco, “L’interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito”, disponible en: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/09/Delu%CC%80.pdf>.

nivel de la Constitución de la República, y prevalecerán sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que sea contraria a estos lineamientos de carácter vinculante.<sup>52</sup>

Desde la perspectiva europea, un sector de la doctrina italiana razona sobre una triple base formal, en la óptica de la supranacionalidad, que incluiría la Constitución, el derecho de la Unión Europea y el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>53</sup> La doctrina francesa también se refiere al principio de interpretación conforme a la Constitución, señalando que el juez ordinario recurre crecientemente a este método.<sup>54</sup> En estos casos, la fuente formal es el referente de la conformidad.

En el segundo caso, también se ha vinculado la interpretación conforme con áreas del derecho. Esto ocurre sobre todo en la articulación e interacción entre derecho interno y derecho internacional.<sup>55</sup> Así, se podría hablar de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, la cual incluye, al menos, los tratados, la costumbre y los principios.<sup>56</sup> Un

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia no. 071-16-SEP-CC. Caso no. 1933-15-EP. Fecha 9 de marzo de 2016, p. 11; véase Corte Constitucional de Ecuador: Sentencia no. 129-14-SEP-CC, caso no. 2232-13-EP; véase Corte Constitucional de Ecuador: Sentencia no. 003-16-SEP-CC, caso no. 1334-15-EP.

<sup>53</sup> “Il titolo dato a questa riflessione utilizza in modo ellittico il sintagma «interpretazione conforme». In realtà, le tre forme d’interpretazione conforme qui fatte oggetto di rapida considerazione (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto «eurounitario»), presentando ciascuna connotati suoi propri, dimostrano il carattere approssimativo di ogni discorso che tratti in maniera indistinta specie interpretative comunque peculiari”. Ruggeri, Antonio, “Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed «europeizzazione») della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, p. 6, disponible en: <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/RUGGERI01.pdf>.

<sup>54</sup> Fromont, Michel, “La justice constitutionnelle en France ou l’exception française”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 171-187, especialmente p. 185.

<sup>55</sup> Arroyo Cisneros, Edgar Alán, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 19, 2015, pp. 223-248, especialmente p. 244; Bogdandy, Armin von, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núms. 3-4, 2008, pp. 397-413.

<sup>56</sup> Cuenca Gómez, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012, pp. 1-24.

ejemplo evidente de esta interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos está incorporado en la propia legislación chilena. En efecto, en el artículo 10 de la ley 20.430 del 15 de abril de 2010, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, se reconoce expresamente este principio de interpretación. Así, la referida disposición señala: “Artículo 10. Interpretación. Los alcances y disposiciones de la presente ley y su reglamento se interpretarán conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967”. Deteniéndonos en este punto, entendemos que si el principio de interpretación conforme estuviera incorporado en el texto de la Constitución, no sería necesaria su concretización, caso a caso, en cada ley, porque se aplicaría a todo el ordenamiento jurídico por mandato expreso de la carta fundamental. Al menos, esta ley es una demostración de que este principio no es extraño al legislador chileno. Además de éste, encontramos otros ejemplos de un reconocimiento expreso a nivel constitucional del principio de interpretación conforme. A este respecto, cabe tener presente que la Constitución mexicana, luego de la reforme de 2011, incorporó expresamente, *inter alia*, este principio de interpretación conforme en la Constitución.<sup>57</sup> Por su lado, la doctrina española insiste en que en su caso, el “art. 10.2 de la Constitución Española (CE) claramente establece la obligación de interpretación conforme y éste [*sic*] supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al Derecho internacional”.<sup>58</sup>

En la misma línea, otro ejemplo de esta interpretación conforme a áreas del derecho lo encontramos en Europa. En efecto, en el caso suizo,

...se reconoce al derecho internacional una validez inmediata en el plano interno. Suiza considera el derecho internacional directamente aplicable desde el momento en que es suficientemente preciso para fundar una decisión en un caso concreto. Por principio, prima el derecho suizo, y se evitan los con-

---

<sup>57</sup> Ortega García, Ramón, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 495-537.

<sup>58</sup> Queralt Jiménez, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470, especialmente p. 439; Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, *cit.*, pp. 279-326.

fictos de normas, en la medida que sea posible, interpretando la legislación nacional conforme al derecho internacional.<sup>59</sup>

En un nivel supraestatal, la propia Corte de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que de acuerdo con el principio de interpretación conforme “cuando una jurisdicción nacional es llamada a interpretar el derecho nacional, ya sea que se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, esta jurisdicción debe hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad perseguida por dicha directiva para alcanzar el resultado esperado”.<sup>60</sup>

Asimismo, la CJUE ha recordado en reiteradas ocasiones

...la obligación del juez nacional de recurrir a la interpretación conforme, incluso descartando una jurisprudencia nacional consolidada contraria al derecho de la Unión Europea. Los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de confianza legítima no constituyen un obstáculo para la aplicación de esta interpretación.<sup>61</sup>

En este sentido, la CJUE reafirma el deber del juez nacional de proceder a una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea y el efecto directo de este derecho.

Desde la perspectiva del derecho latinoamericano, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, en 2015, ha explicitado el uso y el recurso al principio de interpretación conforme, más bien, en este caso, inclinado al área del derecho internacional. En efecto, en este caso, los jueces con competencia constitucional señalaron que

---

<sup>59</sup> Véase *La relation entre droit international et droit interne*. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008. Rapport du 5 mars 2010, pp. 2067-2144, especialmente p. 2068.

<sup>60</sup> Véase *Visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005*. Bernard Chevalier, Référéndaire auprès de M. l’avocat général Philippe Léger, disponible en: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2005\\_1877/n\\_624\\_1958/](https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2005_1877/n_624_1958/).

<sup>61</sup> Corte de Justicia de la Unión Europea, Gr. ch., 19 abril 2016, Dansk Industri (DI), no. C-441/14; véase *L’obligation d’interprétation conforme du droit de l’Union l’emporte sur le principe de sécurité juridique*. 3 mai 2016, disponible en: <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/lobligation-dinterpretation-conforme-du-droit-de-lunion-lempporte-sur-le-principe-de-securite-juridique/h/dc775c345475268426217114deaec68f.html>.

...su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo; en el caso concreto, aun tratándose de normas originarias, se evidencia la colisión entre derechos fundamentales inherentes a la persona humana también contenidos en la propia Constitución, y la infracción de principios y normas internacionales de Derechos Humanos, por lo que las normas impugnadas pierden su aplicabilidad, evidenciando la contradicción entre principios constitucionales disímiles o entre principios constitucionales y normas también constitucionales, el juez constitucional en su labor interpretativa se propone la articulación y coherencia que la misma Constitución pretende, y eso lo debe llevar a escoger una interpretación sobre otra e incluso a aplicar una norma sobre otra o a desaplicar alguna, para resolver el problema concreto que se le plantea, con lo que no se ha desligado de la norma sino escogido y aplicado la que corresponde.<sup>62</sup>

### B. *Examen de la jurisprudencia chilena*

Como se ha sostenido, en la interpretación conforme de carácter formal el juez, al momento de interpretar, toma en consideración, como parámetro interpretativo, las fuentes formales. Evidentemente, como el formalismo positivista está construido sobre la base de la idea de la jerarquía normativa, esta jerarquía repercutirá en la interpretación al determinar conforme a qué norma se interpretará en último término. Justamente aquí puede apreciarse una diferencia con el enfoque material. En efecto, de acuerdo con la perspectiva material, el enunciado normativo conforme al cual se interpretará en último término la disposición del derecho interno no dependerá de la jerarquía normativa, sino de aquella que mejor proteja los derechos del ser humano.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha hecho uso de la interpretación conforme basada en fuentes formales específicas o en forma más amplia en áreas del derecho. Así, en materia de extranjería, la Corte Suprema de Chile ha tenido la oportunidad de desarrollar una interpretación conforme a los tratados internacionales y la Constitución. Así, en el caso de *Rosemary Zurita Simón*, la Corte Suprema deja sin efecto una medida de expulsión

---

<sup>62</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. R.I. no. 1343-2014 y no. 243-2015, del 22 de abril de 2015. Considerando 18o.



de extranjeros decretada por el Ministerio del Interior en virtud de las atribuciones que a dicho órgano de la Administración del Estado le confiere el D. L. 1094, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile. En este caso, Rosemary Zurita, de nacionalidad boliviana, a quien se le había concedido permiso de residencia definitiva en Chile, comete en dos ocasiones ilícitos penales y es sancionada respectivamente por las infracciones del artículo 4o. de la Ley 20.000 sobre tráfico de drogas. En razón de estas infracciones, el Ministerio del Interior decreta su expulsión del país. Rosemary Zurita, quien vivía en Chile hacía 17 años, es madre de dos hijos menores de edad, habidos de su matrimonio con un nacional chileno. En este contexto, la Corte Suprema realiza copulativamente una interpretación conforme de las normas del D. L. 1094 a los derechos fundamentales, a los tratados internacionales y a la Constitución. Como consecuencia, los jueces supremos dejan, correctamente en nuestra opinión, sin efecto el decreto de expulsión.

En efecto, los jueces comienzan formulando su declaración de principios cuando señalan que el ejercicio legítimo de las atribuciones conferidas por la ley a los órganos de la administración del Estado exige, *inter alia*, “el respeto a los derechos de las personas”. A continuación, la Corte Suprema busca realizar la interpretación más conforme con el derecho a la identidad —personal, familiar y nacional— de los hijos menores de Rosemary Zurita. Por eso, la Corte sostiene lo siguiente:

De manera que de ejecutarse la medida, ciertamente ocasiona un daño no sólo a nivel personal sino a nivel familiar atendido el tiempo de residencia en nuestro país y el contar con familia constituida teniendo dos hijos menores de edad, medida que perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.<sup>63</sup>

Al igual que en el caso anterior, en otro caso sobre extranjería, la Corte Suprema chilena ha aplicado el principio de interpretación conforme a la

---

<sup>63</sup> Corte Suprema de Chile, *Zurita Simón, Rosemary contra Ministerio del Interior*. Recurso de Amparo. Rol no. 33.257-2016. Sentencia del 31 de mayo de 2016. Considerando 4o.

Constitución y a los tratados internacionales. Se trata del caso de Sandra Angulo Riveros, quien fue objeto de una orden de expulsión por haber ingresado clandestinamente al territorio nacional. Sandra Angulo vivía en Chile con su pareja y con su hija de 3 años de edad, nacida en Chile, hace más de 4 años. El tribunal observa que se decidió no perseverar en el procedimiento incoado en su contra por ingreso clandestino al país. Teniendo estos antecedentes en cuenta, la Corte Suprema aplica el principio de interpretación conforme al derecho de protección de la familia y de los niños, niñas y adolescentes, y decide, finalmente, dejar sin efecto la Resolución de expulsión. En efecto, el máximo tribunal afirma lo siguiente:

Que... resulta forzoso concluir que la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal, tanto porque su única motivación fáctica no fue eficazmente investigada por las autoridades llamadas por ley a hacerlo con el objeto de establecer su efectiva ocurrencia, pese a lo cual se la invoca en un acto administrativo de grave trascendencia lo que ilustra sobre la desproporcionalidad de la medida, como por afectar lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia, motivo por el que, en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar aludido precedentemente.<sup>64</sup>

En otro caso reciente, la Corte Suprema ha reiterado los criterios establecidos en *Rosemary Zurita* y *Sandra Angulo*, en relación con la interpretación conforme a los derechos fundamentales. En efecto, en el caso del ciudadano colombiano John Morales García, el Ministerio del Interior decretó su expulsión por haber sido condenado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Morales García gozaba además del estatuto de refugiado reconocido por el Estado. La expulsión se funda en las normas del D.L. 1094 y el Reglamento de Extranjería. La Corte Suprema sostiene que las normas y el ejercicio legítimo de las atribuciones de la administración del Estado que se basen en estas normas exigen el “respeto a los derechos de las personas”, por lo que “no es posible desatender las circunstancias

<sup>64</sup> Corte Suprema de Chile, *c/Intendencia Regional de Los Lagos*. Recurso de Amparo. Rol no. 9051-15. Sentencia del 22 de junio de 2015. Considerando 4o.

personales y familiares del amparado, quien tiene una hija menor nacida en Chile, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior del menor, pues perturbará su identidad familiar y nacional”, protegida por los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>65</sup>

Un caso muy interesante que, a nuestro modo de ver, se encuentra a medio camino entre la vertiente formal y la vertiente material, corresponde al ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad habilitadas para votar. En efecto, el 2 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Chile pronunció dos sentencias equivalentes en casos similares, referidos a recintos penitenciarios de regiones distintas del país. Estas sentencias fallan recursos de protección interpuestos en favor de un número determinado de personas condenadas, pero habilitadas para sufragar. Se argumenta por el recurrente que ni el Servicio Electoral ni la Gendarmería de Chile han adoptado las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a sufragio de las personas antes mencionadas. Los recurridos alegan, en general, que lo solicitado es jurídica y prácticamente imposible de realizar. En nuestra opinión, la Corte Suprema realiza una interpretación conforme de la Ley 18.556 y 18.700 según la vertiente formal, ya que busca el ajuste interpretativo de la norma legal a la norma constitucional e internacional. De este modo, alude al artículo 1o. de la Constitución. Asimismo, se refiere expresamente al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso, se podría decir que la Corte Suprema aplica directamente las normas de derechos humanos de estos dos instrumentos internacionales al caso concreto. En este último sentido, la sentencia señala: “Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos son tratados internacionales suscritos por nuestro país y cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el Estado de Chile”.<sup>66</sup>

Pero hemos dicho que esta sentencia se encuentra a medio camino también con la vertiente material. En efecto, por otra parte, los jueces del

<sup>65</sup> Corte Suprema de Chile, *Caso de John Morales García*. Recurso de Amparo. Rol no. 30.361-2017. Sentencia del 22 de junio de 2017. Considerando 3o. y 5o.

<sup>66</sup> Corte Suprema de Chile, *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 87.743-2016. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Considerando 7o.; véase Corte Suprema de Chile, *c/ Servicio Electoral VII Región y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 223-2017. Sentencia del 9 de mayo de 2017; Corte Suprema de Chile: *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 4764-2017. Sentencia del 9 de mayo de 2017.

máximo tribunal efectúan una interpretación conforme de la ley a los valores y principios que sirven de sustrato a los derechos, sin respecto a una determinada fuente formal. Así, la Corte Suprema alude, a lo largo de toda su sentencia, a la noción de prohibición de la discriminación e igualdad de trato entre los privados de libertad en el caso de marras y a las condiciones y derechos de los ciudadanos libres. Concretamente, respecto del derecho a sufragio la Corte Suprema señala que:

...se puede concluir que el actuar de las recurridas es ilegal, toda vez que conforme se ha expuesto precedentemente éstas se encuentran obligadas tanto por la normativa interna como por los tratados internacionales suscritos por Chile a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a sufragio de los recurrentes, quienes mantienen incólume su derecho a sufragio como los demás ciudadanos y sin embargo no pueden ejercerlo vulnerándose la garantía de igualdad de trato.<sup>67</sup>

Asimismo, es posible analizar la vertiente sustancial de la interpretación conforme a través de la interpretación que la Corte Suprema realiza acerca del contenido y alcance, para los efectos del caso concreto, del derecho a sufragio. En efecto, en este sentido, la Corte Suprema se inspira en los instrumentos internacionales mencionados, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, los jueces señalan que estos instrumentos

...consideran el derecho a sufragio como un derecho ciudadano, que debe ser garantizado en su ejercicio por el Estado y puede estar sujeto a eventuales restricciones que no pueden extenderse más allá de las señaladas en el respectivo instrumento, quedando excluida la privación de libertad como medida cautelar o cuando la condena no lleva aparejada la pérdida del derecho a sufragio, como ocurre en el presente caso.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Corte Suprema de Chile, *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 87.743-2016. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Considerando 9o.; Corte Suprema de Chile, *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Rol no. 87.748-2016. Considerando 9o.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Chile, *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 87.743-2016. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Considerando 7o.; Corte Suprema de Chile: *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Rol no. 87.748-2016. Considerando 7o.

Del mismo modo que en el caso del derecho a sufragio, la Corte Suprema chilena ha abordado otro caso desde esta perspectiva mixta, esto es, ha recurrido a la interpretación conforme tanto desde el enfoque formal como del enfoque material. Este es el caso *Homicidio Monsalves Martínez, Adiel y otro con Fisco*, donde la Corte Suprema de Chile utiliza copulativamente el principio de interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, de acuerdo con los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y con la Constitución. Este caso versa sobre el derecho de acceso a la reparación por parte de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. El juez se enfrenta a la interrogante jurídica consistente en la procedencia o no de la aplicación de la norma del Código Civil relativa a la prescripción de la acción civil de responsabilidad extracontractual tratándose de las violaciones graves precedentemente señaladas. El derecho que se encuentra en juego, *inter alia*, es el de las víctimas a obtener una reparación integral y adecuada. A estos efectos, la Corte realiza un razonamiento jurídico que implica la interpretación conforme a los tratados internacionales, al derecho internacional de los derechos humanos y a la Constitución.

Por esta vía, la Corte Suprema efectúa una interpretación de las normas del Código Civil conforme a los derechos fundamentales, interpretando que el derecho a la reparación no se encuentra sometida a las reglas comunes de prescripción civil, sino más bien a las normas de los derechos fundamentales, que aseguran la máxima eficacia expansiva de los derechos, en este caso, del derecho fundamental a una reparación adecuada e integral. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

[E]n reiterada jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que, tratándose de un delito de lesa humanidad —lo que ha sido declarado en la especie—, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5o. de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito...<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Corte Suprema de Chile, *Homicidio Monsalves Martínez, Adiel y otro con Fisco*. Recurso de Casación en el fondo. Rol no. 13.699-15. Sentencia del 11 de enero de 2016. Considerando 3o.

Además, los jueces concluyen que el derecho a acceder a una reparación adecuada e integral debe ser analizado y regido por las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la Corte Suprema afirmó que:

[L]a reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado.<sup>70</sup>

[L]as acciones civiles aquí deducidas por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5o. y en el artículo 6o. de la Constitución Política.<sup>71</sup>

Del mismo modo, asumiendo el enfoque material de la interpretación conforme, la Corte concluye, incorporando el derecho internacional de los derechos humanos en el orden constitucional, que las víctimas tienen derecho a una reparación adecuada e integral, interpretando las disposiciones del ordenamiento jurídico interno conforme a los derechos fundamentales y a los principios de interés público y justicia material. En este sentido, refiriéndose al intérprete, Galán observa que no debería perderse de vista que “la realización de un derecho lo más justo posible debe ser el motor de su actividad”.<sup>72</sup> Así, la Corte Suprema afirma:

Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles deducidas en autos, cuyo objeto es obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la

<sup>70</sup> *Ibidem*, considerando 3o.

<sup>71</sup> *Ibidem*, considerando 5o.

<sup>72</sup> Galán Juárez, Mercedes, “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”, *cit.*, pp. 33-55, especialmente p. 40.

interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5o. de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>73</sup>

En este contexto, siguiendo la misma línea argumentativa del caso *Monsalves Martínez*, en el caso contra *Ramírez Montoya y otros*, la Corte Suprema ha realizado una interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, el cual declara expresamente, de forma reiterada a lo largo de la sentencia, “de superior jerarquía”.<sup>74</sup> Respecto de esto último, Carpio ha indicado que “desde una perspectiva jurídica sustantiva, la concesión de tal rango a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales se traducía en un tratamiento unitario y dinámico de los derechos esenciales del ser humano”.<sup>75</sup> En el caso contra *Ramírez Montoya y otros*, de 21 de marzo de 2017, la Corte Suprema, después de reconocer que el derecho a la reparación integral encuentra su fundamento en los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado, señala lo siguiente:

Que es así como se impone un deslinde y un deber de actuación a los Poderes Públicos, y en especial a la jurisdicción [*sic*] local, en tanto los tribunales no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin uso las del derecho internacional que reconocen el acceso ineludible a la reparación...<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Corte Suprema de Chile, *Homicidio Monsalves Martínez, Adiel y otro con Fisco*. Recurso de Casación en el fondo. Rol no. 13.699-15. Sentencia del 11 de enero de 2016. Considerando 7o.; Corte Suprema de Chile, *Contra Ramírez Montoya y otros*. Recurso de Casación. Rol no. 8642-15. Sentencia del 21 de marzo de 2017. Considerando 74o.

<sup>74</sup> Corte Suprema de Chile, *Contra Ramírez Montoya y otros*. Recurso de Casación. Rol no. 8642-15. Sentencia del 21 de marzo de 2017. Considerando 73o.

<sup>75</sup> Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 463-530, especialmente p. 521.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Chile, *Contra Ramírez Montoya y otros*. Recurso de Casación. Rol no. 8642-15. Sentencia del 21 de marzo de 2017. Considerando 73o.



A nuestro modo de ver, en esta parte, los jueces supremos reconocen que para resolver la cuestión sometida a su conocimiento deben recurrir al principio de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Pero además, debemos destacar que la argumentación mencionada precedentemente es exactamente aquella que se encuentra en la base de la doctrina del control de convencionalidad. Por eso, la Corte Suprema afirma que “así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y en vigor, unidos a la leal interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica mundial”.<sup>77</sup>

Por último, otro caso de enfoque mixto, esto es, vertiente tanto formal como material, es el caso de Johanny Rodríguez Ortiz. En el *caso Johanny Rodríguez Ortiz*, esta mujer, de nacionalidad dominicana, al solicitar hora para contraer matrimonio con el ciudadano chileno Alberto Mancilla Bustamante en la Oficina del Registro Civil, le fue negada por la autoridad, ya que ella no contaba con cédula de identidad para extranjeros. Johanny Rodríguez no podía obtener cédula de identidad porque registraba un decreto de expulsión pendiente desde 2014, a pesar de tener pasaporte vigente. La negativa del Registro Civil se fundaba en el artículo 76 del D. L. 1.094 de 1975. En este caso, la Corte Suprema razona sobre la base de la conformidad o no del D. L. 1.094 (una norma de rango legal anterior a la Constitución de 1980) a los valores y principios constitucionales e internacionales, relacionados con el derecho a la igualdad, la prohibición de la discriminación y el derecho a contraer matrimonio. Adicionalmente, en este caso, la Corte Suprema reconoce que el artículo 5o. de la Constitución otorga un reconocimiento extenso a todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrando, por ello, los derechos implícitos y la interpretación evolutiva.<sup>78</sup> Para estos efectos se apoya en el caso *Clodomiro Almeyda* de 1987 ante el Tribunal Constitucional chileno.<sup>79</sup>

Concretamente, en el caso *Rodríguez Ortiz*, la Corte Suprema chilena realiza un análisis tanto formal como material en lo que respecta al principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales.

<sup>77</sup> *Ibidem*, considerando 74o.

<sup>78</sup> “De todo lo expuesto se colige la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio”. Corte Suprema de Chile, *Rodríguez Ortiz, Johanny con Servicio de Registro Civil e Identificación*. Recurso de Protección. Rol no. 35.237-2016. Sentencia del 30 de agosto de 2016. Considerando 5o.

<sup>79</sup> *Ibidem*, considerando 3o.

Desde el punto de vista del análisis formal, el caso *Rodríguez Ortiz* nos indica lo siguiente:

Es así que corresponde precisar si la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975, antes transcrita, en este caso guarda armonía con las disposiciones constitucionales que disponen que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; que es “deber del Estado... dar protección... a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación...” (artículo 1o., inciso primero y final); que la “Constitución asegura a todas las personas: 2o. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, agregando: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; 3o. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Debiendo tenerse, además en consideración, la norma del inciso segundo del artículo 5o. de la Carta Política y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual ya ha sido transcrita.<sup>80</sup>

En cambio, desde la perspectiva del enfoque material del criterio de interpretación conforme a los derechos fundamentales, el caso *Rodríguez Ortiz* expresa lo siguiente:

Que [*sic*] la disposición legal en referencia permite a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia.

Las citadas normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto que no puede estar sometido a exigencias formales previas.

Surge una antinomia, contradicción o falta de armonía que es necesario resolver.

Que al estar determinado por la referencia expresa que se efectuó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al redactar el inciso segundo del artículo 5o. de la Constitución Política de la República, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cons-

---

<sup>80</sup> Corte Suprema de Chile, *Rodríguez Ortiz, Johanny con Servicio de Registro Civil e Identificación*. Recurso de Protección. Rol no. 35.237-2016. Sentencia del 30 de agosto de 2016. Considerando 7o.

tituyéndose en una de las formas en que se puede fundar una familia, la cual el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer, sin que pueda realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía.

[...].

Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho...<sup>81</sup>

De acuerdo con esta interpretación conforme a los derechos fundamentales de carácter material que realiza la Corte Suprema, reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

En todos estos casos, el referente de la conformidad son fuentes y, sobre todo, fuentes formales, tomando, asimismo, debidamente en cuenta, las orientaciones de los órganos jurisprudenciales encargados de interpretarlas.<sup>82</sup> En cambio, la interpretación conforme a los derechos humanos no se refiere directamente a una fuente formal, como la Constitución o los tratados internacionales, sino a los derechos en sí mismos considerados, como derecho material, sin que sea relevante dónde se encuentran contenidos o el medio que los ha producido o reconocido.

## 2. *La vertiente material de la interpretación conforme*

En este caso, la interpretación debería ser conforme a los derechos, valores y principios que trasuntan las fuentes formales, sin importar de cual fuente formal se trate ni su jerarquía normativa. En esta línea, Hernández Valle ha establecido concretamente respecto de los principios constitucionales que “se manifiestan jurídicamente como normas no escritas que forman parte

---

<sup>81</sup> Corte Suprema de Chile, *Rodríguez Ortiz, Johanny con Servicio de Registro Civil e Identificación*. Recurso de Protección. Rol no. 35.237-2016. Sentencia del 30 de agosto de 2016. Considerando 7o.

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo, el caso de la práctica jurisprudencial italiana en Tria, Lucia, “La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro”, *cit.*

del bloque de constitucionalidad”.<sup>83</sup> Así, se podría sugerir que la interpretación conforme que realiza el juez (en sentido material) no se centra en el instrumento normativo estructurado jerárquicamente, sino más bien en los valores, principios y derechos propiamente tales. En efecto, como señala Ortega García, “los derechos humanos —independientemente de la fuente formal que los reconozca— constituyen una categoría normativa axiológicamente suprema que se ubica por encima de la Constitución y de los tratados internacionales por derivar de valores morales a los que se considera supremos”.<sup>84</sup> En este sentido, el propio Tribunal Constitucional chileno ha señalado que “en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales”.<sup>85</sup> Aun cuando en la sentencia correspondiente los jueces constitucionales vinculan esta máxima de interpretación con el principio *pro homine*, en realidad el enunciado se está refiriendo a la interpretación conforme a los derechos.

De esta manera, en el ámbito de los derechos, se plantea que el principio de interpretación conforme en sentido sustancial implica que el juez debe interpretar el ordenamiento conforme a los derechos fundamentales y los valores y principios que le sirven de fuente y fundamento.<sup>86</sup> Desde esta perspectiva material del derecho, en el orden de los “derechos humanos se observa cierta tendencia hacia la incorporación de estándares sustantivos internacionales mediante dos vías: la normativa institucional —a través de reformas constitucionales y legislativas—, y la jurisprudencial”.<sup>87</sup> En esta línea, el principio de interpretación conforme aparece como conexo y

<sup>83</sup> Hernández Valle, Rubén, *Los principios constitucionales*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1992, p. 7.

<sup>84</sup> Ortega García, Ramón, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, *cit.*, pp. 495-537, especialmente p. 523.

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia recaída en el requerimiento de 10 senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE)*. Rol no. 1361-09. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Considerando 73o.

<sup>86</sup> A este respecto, refiriéndose a los principios constitucionales, Hernández destaca la labor del juez, señalando que “la determinación de cuáles son esos principios y cuáles son sus alcances y contenidos es tarea que corresponde realizar al [*sic*] juez constitucional”. Hernández Valle, Rubén, *Los principios constitucionales*, *cit.*, p. 13.

<sup>87</sup> Ortega García, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, *cit.*, pp. 495-537, especialmente p. 508.

concatenado con el principio *pro homine*, en el sentido de que la solución interpretativa siempre debería llevar al intérprete a optar por aquella más protectora de los derechos de las personas. Esto permitiría afirmar que

...con la aplicación práctica de la interpretación conforme puede emerger un *ius constitutionale commune*, esto es, un derecho constitucional común dogmático. En otras palabras, los derechos humanos pudiesen conseguir validez y eficacia, dado que paulatinamente se les confiere un contenido formal y material semejante, a pesar de las diferentes culturas en las diversas naciones.<sup>88</sup>

Por otra parte, en un sentido ligeramente diferente a lo que entendemos por vertiente material, Saiz Arnaiz sostiene que la interpretación conforme a la que se refiere expresamente el artículo 10.2 de la Constitución Española es la material o sustancial, es decir, “la que alude al contenido de los derechos presentes en los enunciados normativos a interpretar”.<sup>89</sup> Luego, introduce una clasificación en la vertiente material de la interpretación conforme. En efecto, señala que

...la conformidad material puede concebirse en un doble sentido: como mera compatibilidad o como conformidad *stricto sensu*. La primera vendría a significar ausencia de contradicción, la segunda “deducibilidad”. En el primer sentido se adecuaría a la cláusula del art. 10.2 CE toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución que fuera compatible —o no contradictoria— con los textos internacionales allí mencionados; en el segundo, dicha cláusula llevaría a entender que la conformidad sólo se alcanzaría en los supuestos de plena identidad...<sup>90</sup>

Como se puede observar, generalmente se alude a la interpretación conforme con el objeto de expresar la búsqueda jurisdiccional de la conformidad entre la norma interna y la norma internacional. Sin embargo, también se podría mencionar la conformidad entre el sistema del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con las normas internacionales generales, lo que Pustorino denomina el método interpretativo de la coordinación

<sup>88</sup> Massé Narváez, Carlos E. y Rivera Hernández, Juan, “La hermenéutica en la interpretación conforme de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano”, *cit.*, p. 43.

<sup>89</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, *cit.*, pp. 279-326.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 279-326, especialmente p. 280.

(conformidad) entre la norma del Convenio Europeo y otras normas internacionales.<sup>91</sup> En efecto, en el caso del CEDH, el artículo 53 alude a la protección de los derechos humanos reconocidos “conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.<sup>92</sup> De acuerdo con Pustorino, la interpretación más correcta de esta norma parece ser aquella en que el sistema del Convenio admite alternativamente no aplicarse para garantizar la eventual aplicación de una norma nacional o internacional más favorable al individuo, o bien prevalecer en el caso en que ello permita un mejor tratamiento.<sup>93</sup> De acuerdo con esto, la concatenación entre la interpretación conforme y la interpretación *favor persona* emerge claramente. Pustorino concluye que la norma del artículo 53 del CEDH parece dirigirse sustancialmente a los operadores jurídicos internos más que a los órganos internacionales de protección.<sup>94</sup>

Un ejemplo de la arista material o sustancial, más bien centrada en los derechos, valores y principios de carácter superior, como eje articulador de la interpretación conforme, es posible avizorarla en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema chilena. En efecto, en un caso relacionado con el contrato de salud que un particular celebra con una institución privada de salud, donde se encuentran involucrados el derecho a la salud y la seguridad social, así como valores y principios propiamente de carácter constitucional, la Corte Suprema procede a efectuar una interpretación material de conformidad de las normas infraconstitucionales —incluyendo del contrato privado de salud mismo— a los derechos fundamentales y principios antes mencionados. De esta manera, los jueces del máximo tribunal expresamente razonan de la siguiente forma:

La Ley No. 18.933 es parte de una tendencia legislativa destinada a limitar progresivamente la libertad de las Isapres para establecer las condiciones

<sup>91</sup> Cfr. Pustorino, Pietro, *L'interpretazione delle Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., p. 84.

<sup>92</sup> “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Artículo 53 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos; cabe recordar que esta regla se encuentra presente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>93</sup> Cfr. Pustorino, Pietro, *L'interpretazione delle Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., p. 85.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 23.

del contrato y del ajuste de su precio, libertad que les era reconocida prácticamente sin restricciones en el Decreto con Fuerza de Ley No. 3 de 1981 del Ministerio de Salud, que establecía en su artículo 14 que los trabajadores debían suscribir “un contrato” con una Isapre que elijan, en el que las “partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”.

Tales progresivas regulaciones tienden a otorgar garantías al cotizante en el entendido que se trata de un servicio público desarrollado por particulares, como son las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República, y que por lo mismo en su establecimiento debe respetarse el conjunto de principios que emanan de la Ley Primera relacionados con la supremacía constitucional, su jerarquía superior, aplicación directa, interpretación conforme a ella e imposibilidad de invocar sus disposiciones para limitar las garantías que contempla, así como el efecto derogatorio de las normas pretéritas que están en contradicción con ella.

En consecuencia, la interpretación de los pactos celebrados entre los cotizantes y las instituciones de salud previsional no puede regirse únicamente por los criterios que para ese fin dispone el derecho común, ya que no se trata de una relación nacida de una plena autonomía privada. Para tales efectos debe considerarse, también, la vigencia de las facultades de ejercicio que han sido otorgadas a las Isapres conforme al criterio evolutivo de la legislación que regula la actividad de dichas instituciones a la luz de los señalados principios y parámetros contenidos en la Carta Fundamental.

Conforme a dichos criterios es que se ha asentado por esta Corte la doctrina uniforme que sostiene que la actualización de los planes de salud por aplicación de la tabla de factores contenidas en los contratos no importa una adecuación del mismo sino el ejercicio de una facultad de orden contractual, que el ordenamiento jurídico reconoce a las instituciones de salud.<sup>95</sup>

Desde una perspectiva claramente material, el caso *Liliana Urrutia*, versa sobre una denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos que ella presenta en contra de su ex empleador Supermercado Bigger SpA. La parte demandada objeta la acción de tutela porque la denunciante habría ejercido el derecho al autodespido. La cuestión en este caso consiste en determinar

---

<sup>95</sup> Corte Suprema de Chile, *Lambrecht Cortes, Samuel con Isapre Cruz Blanca*. Recurso de Protección. Rol no. 3721-2011. Sentencia del 30 de junio de 2011. Considerando 2o.



si la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales es compatible o no con el término de la relación laboral, cuando es el trabajador quien, por decisión unilateral y en resguardo de sus derechos, pone término al contrato de trabajo utilizando la figura del autodespido.<sup>96</sup> En el caso *Liliana Urrutia*, la Corte Suprema efectúa una interpretación conforme a los derechos fundamentales desde la perspectiva del enfoque material. Este es un caso concreto de interpretación conforme a los derechos fundamentales que opera en el efecto horizontal de los derechos. En especial, en este caso, los derechos fundamentales despliegan su eficacia en una relación jurídica laboral entre particulares. En efecto, la Corte Suprema articula su razonamiento en la vinculación del principio de igualdad y de prohibición de la discriminación con el incumplimiento de las obligaciones laborales, argumentando que tanto en el caso del despido injustificado como del autodespido el trabajador debe quedar en condiciones de igualdad para reclamar los derechos vulnerados derivados del incumplimiento por el empleador. Así, la sentencia reza como sigue:

Que, en consecuencia, se debe concluir que no existe razón para excluir el denominado “autodespido” o “despido indirecto” de la situación que regula el artículo 489 del estatuto laboral, disposición legal que precisamente se erige para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, vulnerados con ocasión del término de la relación laboral;... lo contrario significaría desconocer los citados principios que informan el Derecho del Trabajo y dejar al trabajador en una situación de desprotección, porque se lo obliga a permanecer en una relación laboral que afecta sus derechos fundamentales.<sup>97</sup>

Concretizar estos principios implicaría, por ejemplo, en el caso de la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos,

...una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos..., así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, “no disponible” por el intérprete; es decir, no es “optativo” para el juez, sino que constituye

<sup>96</sup> Corte Suprema de Chile, *Urrutia Urrutia, Liliana con Supermercado Bigger SpA*. Recurso de Unificación. Sentencia del 5 de septiembre de 2016. Considerando 2o.

<sup>97</sup> *Ibidem*, considerando 9o.

un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos.<sup>98</sup>

Es importante la distinción entre la vertiente formal y material de la interpretación conforme a los derechos fundamentales. Ambas podrían conducir a los mismos resultados, pero no necesariamente. La vertiente formal de la interpretación conforme se entiende referida a una fuente formal, por ejemplo, un tratado o la Constitución. Por lo tanto, esta interpretación quedaría sometida a la jerarquía del instrumento conforme al cual se interprete el ordenamiento. Mientras que la vertiente material exigiría que la interpretación fuera conforme a los derechos, los valores y principios que trasuntan estas fuentes formales.<sup>99</sup> Por lo tanto, esta interpretación no quedaría sujeta a ningún tipo de jerarquía formal, aunque quizás a una material, como por ejemplo, cuando el parámetro interpretativo se refiere a las denominadas normas de *ius cogens*.

Como se puede observar de los distintos casos mencionados, la Corte Suprema de Chile utiliza el principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales o humanos tanto en su vertiente formal como material.

#### IV. CONCLUSIONES

Si bien debiera reconocerse de manera inicial que existen pocos casos de interpretación conforme en Chile, nuestra hipótesis es que se pueden observar indicios crecientes de que el juez nacional recurre a este principio de interpretación para optimizar y extender la protección de los derechos fundamentales.

En mucho de los casos examinados, la interpretación conforme es implícita. De los casos analizados, la gran mayoría son casos de interpretación conforme de acuerdo con la vertiente formal. Aparecen pocos casos donde los jueces recurren a la vertiente material de la interpretación conforme, y

---

<sup>98</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, pp. 531-622, especialmente p. 536.

<sup>99</sup> *Cfr.* Massé Narváez, Carlos E. y Rivera Hernández, Juan, “La hermenéutica en la interpretación conforme de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano”, *cit.*, p. 37.

una razón de ello podría deberse a la fuerte influencia que aún ejercen las corrientes formalistas en la cultura jurídica chilena.

La gran mayoría son casos de interpretación conforme del tipo de análisis de compatibilidad. En gran medida, la jurisprudencia analizada permite observar que la interpretación conforme se refiere a casos de efecto vertical de los derechos humanos, pero algunos casos se refieren a situaciones de efecto horizontal. En ocasiones muy excepcionales, realizando una interpretación conforme, el órgano jurisdiccional recurre tanto a la fuente formal internacional como a la interpretación que de dicha fuente ha realizado el órgano autorizado para ello. Nos referimos a situaciones en las que el propio Estado ha reconocido expresamente la competencia de estos órganos para interpretar autoritativamente la fuente que sirve de parámetro interpretativo. Se ha podido observar, con particular relevancia en los recientes casos de expulsión de extranjeros y en los casos de ejercicio del derecho a la reparación integral por violación grave de los derechos humanos, que la Corte Suprema vela por el respeto y cumplimiento de los derechos contenidos en tratados internacionales, *id est*, lleva a cabo un control de convencionalidad.

Con todo, más allá de lo que se pudiera prever, debido a la ausencia de una norma expresa en la Constitución chilena que lo disponga, la Corte Suprema en forma lenta pero sistemática, en el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales, hace uso en forma creciente del principio de interpretación conforme en su vertiente formal como material. Resta por ver si el Tribunal Constitucional chileno efectúa un procedimiento equivalente al momento de interpretar los derechos fundamentales. Este análisis sería trascendente debido a que gran parte de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de que conoce el Tribunal Constitucional se fundan en la vulneración de derechos contenidos en el catálogo constitucional.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian, “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 1, 2007.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016.

- AGUIRRE ARANGO, José Pedro, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, año V, núm. 8.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010.
- ATIENZA, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997.
- ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 19, 2015.
- BARBOSA BORGES, Bruno, *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*, Río de Janeiro, Lumen júris, 2018.
- BERNARD, Chevalier, “Référéndaire auprès de M. l’avocat général Philippe Léger”, disponible en: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_informativon\\_2005\\_1877/n\\_624\\_1958/](https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informativon_2005_1877/n_624_1958/).
- BOGDANDY, Armin von, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núms. 3-4, 2008.
- BRUGGER, W., “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze”, en *AöR* 119, 1994, pp. 1 (31), citado por HÄBERLE, en “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I.

- CABRALES LUCIO, José Miguel, “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 16, 2012.
- CANOTILHO, José Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.
- CARBONELL, Miguel, “Recensión: la interpretación de los derechos fundamentales. Carpio Marcos, Edgar, Palestra Editores, Lima, 2004, 166 pp.”, *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, 2004.
- CARPIO MARCOS, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 56, 2003.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012.
- DELIYANNI-DIMITRAKOU, Christina, “L’effet horizontal des Droits Sociaux selon la jurisprudence de la CJUE et la pratique des juridictions nationales”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017.
- DELÚ, Francesco, “L’interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito”, disponible en: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/09/Delu%CC%80.pdf>.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, núm. 3, 2017.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, núm. 2, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.
- FONDEVILA MARÓN, Manuel, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017.
- FROMONT, Michel, “La justice constitutionnelle en France ou l’exception française”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004.

- GALÁN JUÁREZ, Mercedes, “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”, *Isegoría*, núm. 35, 2006.
- GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda, “El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes”, *Vniversitas*, núm. 128, 2014.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “Argumentación jurídica y derecho constitucional”, en LANDA ARROYO, César (ed.), *Derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2018.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Palestra, Lima, 2016.
- GÓMEZ REYES, José Alfredo, “El rol del juez en materia de derechos humanos”, *Revista Virtual Legem*, núm. 2, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Mariana Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010.
- HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, 2004.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Los principios constitucionales*, San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1992.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, capítulo 2, vol. 1, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- LANDA ARROYO, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*, Lima, Palestra, 2018.
- LANDA ARROYO, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009.

*L'obligation d'interprétation conforme du droit de l'Union l'emporte sur le principe de sécurité juridique*, 3 mai 2016, Dalloz, disponible en: <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/lobligation-dinterpretation-conforme-du-droit-de-lunion-lemporte-sur-le-principe-de-se/h/dc775c345475268426217114deaec68f.html>.

MARÍN CASTÂN, María Luisa, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 9, 2007.

MASSÉ NARVÁEZ, Carlos E. y RIVERA HERNÁNDEZ, Juan, “La hermenéutica en la interpretación conforme de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano”, *Methaodos, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 2, núm. 1, 2014.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, en BIACCHI GOMES, Eduardo *et al.*, *Direitos humanos sob a perspectiva global*, Curitiba, Instituto Memoria Editora, 2017.

ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

PALACIOS ALCOCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco, “Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

PUSTORINO, Pietro, *L'interpretazione delle Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Ed. Scientifiche, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

RIVERA, José Antonio, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. Algunos apuntes al trabajo del Dr. César Landa”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011.



- RODRÍGUEZ, Gabriela *et al.*, *Interpretación conforme*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- RUGGERI, Antonio, “Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed «europeizzazione») della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, disponible en: <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/RUGGERI01.pdf>.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Lima, Pa-lestra, 2015.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Hendu*, vol. 2, núm. 1, 2011.
- SALEM GESELL, Catalina, “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de derecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 2017.
- SEPÚLVEDA I, Ricardo J, “El derecho constitucional de los derechos humanos”, en FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX: *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, 2008.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “Anatomía del precedente internacional (esbozo para la discusión)”, CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 3, 2015.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 112, 2005.
- TRIA, Lucia, “La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il fu-

turo”, diciembre de 2014, disponible en: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_274.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_274.pdf).

ZAVALA DE ALBA, Luis Eduardo, “Gobernanza en derechos humanos: hacia una eficacia y eficiencia institucional”, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, mars 2015.

### *Jurisprudencia*

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia no. 003-16-SEP-CC, caso no. 1334-15-EP.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia no. 129-14-SEP-CC, caso no. 2232-13-EP.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia no. 071-16-SEP-CC. Caso no. 1933-15-EP

CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Gr. ch., 19 abril 2016, Dansk Industri (DI), no. C-441/14.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Lambrecht Cortes, Samuel con Isapre Cruz Blanca*. Recurso de Protección. Rol no. 3721-2011. Sentencia del 30 de junio de 2011.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *c/Intendencia Regional de Los Lagos*. Recurso de Amparo. Rol no. 9051-15. Sentencia del 22 de junio de 2015.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Homicidio Monsalves Martínez, Adiel y otro con Fisco*. Recurso de Casación en el fondo. Rol no. 13.699-15. Sentencia del 11 de enero de 2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Zurita Simón, Rosemary contra Ministerio del Interior*. Recurso de Amparo. Rol no. 33.257-2016. Sentencia del 31 de mayo de 2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Rodríguez Ortiz, Johanny con Servicio de Registro Civil e Identificación*. Recurso de Protección. Rol no. 35.237-2016. Sentencia del 30 de agosto de 2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Urrutia Urrutia, Liliana con Supermercado Bigger SpA*. Recurso de Unificación. Sentencia del 5 de septiembre de 2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *c/Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 87.748-2016. Sentencia del 2 de febrero de 2017.

- CORTE SUPREMA DE CHILE, *Contra Ramírez Montoya y otros*. Recurso de Casación. Rol no. 8642-15. Sentencia del 21 de marzo de 2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, *c/ Servicio Electoral y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol 4764-2017. Sentencia del 9 de mayo de 2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, *c/ Servicio Electoral VII Región y Gendarmería de Chile*. Recurso de Protección. Rol no. 223-2017. Sentencia del 9 de mayo de 2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, *Caso de John Morales García*. Recurso de Amparo. Rol no. 30.361-2017. Sentencia del 22 de junio de 2017.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS, R.I. no. 1343-2014 y no. 243-2015. Sentencia del 22 de abril de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sociedad Starco S.A. respecto del numeral primero, letra a), del artículo único de la Ley No. 20.238, que agrega una oración final en el inciso primero del artículo 4o. de la Ley No. 19.886, en los autos Rol no. 416-2011 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública y de la Dirección del Trabajo*. Rol no.1968-11. Sentencia del 15 de mayo de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, *Sentencia recaída en el requerimiento de 10 senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE)*. Rol no. 1361-09. Sentencia del 13 de mayo de 2009.

### *Documentos*

“La relation entre droit international et droit interne”, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008. Rapport du 5 mars 2010.



*Fecha de recepción:* 25 de julio de 2017.

*Fecha de aceptación:* 30 de noviembre de 2018.



## El sistema presidencial argentino como un sistema resiliente\*

### *The Argentine Presidential System as a Resilient System*

Juan M. MOCOROA\*\*

**RESUMEN:** La reforma constitucional argentina intentó atenuar al sistema presidencial. A casi veinticinco años de aquella modificación, es dable interrogarse si ese objetivo fue alcanzado. Es decir, si fue cumplida en el marco de nuestra práctica constitucional. Los diagnósticos efectuados son, en general, negativos. En este trabajo intentaré demostrar que el presidencialismo argentino es un paradójico caso de sistema resiliente. Ante cualquier intento de atenuación resulta dotado de mayores credenciales de legitimidad o mayores competencias formales en el texto constitucional, o bien los intentos resultan únicamente vacuos. A partir de eso, se intenta reconstruir conceptualmente esta situación.

**Palabras clave:** Presidencialismo, sistema político, estabilidad, democracia, resiliencia.

**ABSTRACT:** *The Argentine constitutional reform tried to attenuate the presidential system. Almost twenty-five years after that modification, it is possible to question whether that objective was reached. That is, if it was fulfilled within the framework of our constitutional practice. The diagnoses made are, in general, negative. In this paper I will try to show that Argentine presidentialism is a paradoxical case of a resilient system. In the face of any attempt at mitigation, it is endowed with greater legitimacy credentials or greater formal competencies in the constitutional text; or the attempts are only vacuous. From that, we try to reconstruct this situation conceptually.*

**Keywords:** *Presidentialism, political system, stability, democracy, resilience.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Tipo I “La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: control de constitucionalidad e interpretación constitucional”, financiado por la Universidad Siglo 21. Deseo agradecer los comentarios, observaciones y críticas efectuadas por los evaluadores anónimos provistos por la *Revista*, que sirvieron para mejorar sustancialmente este texto. Las oscuridades y errores que se han mantenido son, sin embargo, de mi entera responsabilidad.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC); Master en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova); docente de Derecho Constitucional (UNC); [jmmocoroa@gmail.com](mailto:jmmocoroa@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resiliencia institucional: el presidencialismo como sistema institucional “resiliente”*. III. *Presidencialismo, resiliencia y decretos de necesidad y urgencia: una pequeña muestra de la práctica constitucional argentina*. IV. *Presidencialismo y resiliencia institucional*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las ideas fuerza de la reforma constitucional argentina de 1994 fue atenuar al sistema presidencial.<sup>1</sup> Esta finalidad estaba motivada en un hecho notorio: el titular del Poder Ejecutivo ejercía sus competencias con escasos controles efectivos. En efecto, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de analizar esta causa eficiente del proceso constituyente argentino:

...la reforma constitucional enunció entre sus objetivos “atenuar el presidencialismo”, al mismo tiempo que consignó la necesidad de “modernizar y fortalecer el Congreso” y “fortalecer los mecanismos de control”, todo ello directamente relacionado con el fin de “perfeccionar el equilibrio de poderes”. La metodología a la que se acudió fue la de incorporar ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fundamento de que aquello significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se los sometía.<sup>2</sup>

A casi veinticinco años de aquella modificación, es dable interrogarse si ese objetivo fue alcanzado. Es decir, si es posible constatar que aquella primigenia idea —*i. e.*, atenuación del presidencialismo— pudo, efectivamente, ponerse en práctica. Para eso resulta fundamental analizar la interacción y dinámica generada por la propia Constitución en el proceso post-constituyente. Los diagnósticos efectuados son, en general, negativos.<sup>3</sup> En líneas generales, la

---

<sup>1</sup> Sobre las “ideas-fuerza” de la reforma constitucional, véase Hernández, Antonio M. (h), *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, *passim*.

<sup>2</sup> CSJN, *Fallos*, 333:633 (“Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02 – Ley 20.091 s/ Amparo Ley 16.986” [19/5/2010]).

<sup>3</sup> La literatura argentina, en líneas generales, resulta sumamente crítica tanto de la

doctrina constitucional argentina le reprocha al constituyente de 1994 que no sólo no lo limitó, sino que, al contrario, lo dotó de mayores competencias.<sup>4</sup>

Entiendo que, sin embargo, esto es un error de interpretación. No obstante, para sostener por qué considero que esto es así, es necesario que aclare una cuestión más general. A mi modo de ver, y eso es lo que intentaré demostrar en este trabajo, el presidencialismo argentino *qua* sistema institucional coloca a quienes están en posibilidad de realizar una reforma constitucional que modifique las competencias del Poder Ejecutivo ante un dilema de hierro, aun cuando no sean conscientes. El hiperpresidencialismo argentino, o bien fagocita todo intento atenuador —*i. e.*, resulta inútil, vacuo—, o bien resulta dotado de mayores credenciales de legitimidad o mayores competencias formales en el texto constitucional —*i. e.*, resulta contrario a lo esperado/buscado—. Si este dilema fuera cierto, lo que así argumentaré, podemos proceder como con todo razonamiento dilemático. Por un lado, negar la verdad o corrección de alguno o de ambos cuernos

---

propia regulación constitucional de las instituciones excepcionales que fueron incorporadas con el objetivo de limitar, antes que de dotar de mayores competencias, al Poder Ejecutivo Nacional, como también respecto de la regulación efectuada en el periodo post-constituyente. Véase, entre muchos otros autores, Alegre, Marcelo, “Democracia sin presidentes”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 43 y ss., y Arrimada, Lucas, “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, en Gargarella, Roberto (coord.), *op. cit.*, pp. 87 y ss.; Hernández, Antonio M. (h), “El Poder Ejecutivo”, en *id.* (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, pp. 1296 y ss.; Hernández, Antonio María (h), “Presidencialismo y federalismo en la Argentina”, en Sabsay, Daniel (dir.), Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, t. IV, pp. 37 y ss.; Hernández, Antonio María (h), *Las emergencias y el orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Rubinzal-Culzoni, 2003, *passim*; Riberi, Pablo C., “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político”, en varios autores, *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, t. II, pp. 291 y ss.

<sup>4</sup> A partir de lo que se dice en el cuerpo del texto, debería quedar claro que, al menos para la literatura constitucional y politológica argentina, el problema de la dinámica entre el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo no se refiere tanto a la “falta de sanción de leyes que satisfagan la demanda social”, sino que, antes bien, está dirigida derechamente a criticar y resaltar la falta de controles expuestos, eficientes y eficaces por el Poder Legislativo al ejercicio de potestades legisferantes del Ejecutivo. Véase, sobre esto, Moco-roa, Juan M., “Atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional”, en Hernández, Antonio M. (h) (dir.), *Derecho constitucional, op. cit.*, pp. 1351 y ss. (en especial pp. 1336/1389).

del dilema. Por otro, podemos intentar disolverlo. Ahora, como creo que esas premisas son correctas, la única forma de afrontarlo es proceder a su disolución. Empero, para hacerlo, debería pensarse en mutar de sistema institucional. Es que, en verdad, la dinámica de los actores institucionales en Argentina resulta inescapable. Sin embargo, no estoy seguro de que esa sea una solución positiva y, mucho menos, de mis posibilidades de justificación en este trabajo.

Más modestamente, aquí sólo intentaré reconstruir conceptualmente esta situación. Para ello introduciré un concepto que pretenderé explicativo de este marco problemático. A tales efectos, me referiré a la posible existencia de una propiedad disposicional en el sistema institucional argentino. Ante la falta de un concepto más apropiado, usaré la noción de “resiliencia”. Con esto, tengo una finalidad explicativa y reconstructiva de conocimiento. Por eso, y para alcanzar ese objetivo, en este trabajo se utilizarán las herramientas del análisis conceptual para ofrecer una reconstrucción racional de los conceptos relevantes. En particular en lo que se refiere al concepto de propiedad disposicional, estabilidad y resiliencia. Asimismo, se efectuará un análisis de corte dogmático para identificar, interpretar y sistematizar las cláusulas constitucionales pertinentes y relevantes de la Constitución de la Nación Argentina. Todas estas herramientas serán utilizadas también para verificar la utilidad del concepto propuesto y cómo se ha desarrollado la práctica constitucional argentina en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## II. RESILIENCIA INSTITUCIONAL: EL PRESIDENCIALISMO COMO SISTEMA INSTITUCIONAL “RESILIENTE”

Antes de plantear y reconstruir este punto, es mi interés la introducción de un concepto que, pienso, podrá dar cuenta de la situación a la que me acabo de referir en la introducción —*i. e.*, la dificultad que debe afrontar el constituyente argentino al momento de modificar las competencias del Poder Ejecutivo Nacional—. Algunos modernos desarrollos de la psicología se ocupan del análisis de un concepto que, creo, puede ser de utilidad. De lo que se ocupan estos análisis teóricos es de investigar lo que consideran una propiedad “innata”. En términos generales, se reconoce que algunos individuos poseen la capacidad de sobreponerse a situaciones de dolor e incomodidad. Las situaciones traumáticas, parecería, no pueden hacer



mella en su constitución; quizá, incluso, lo que hacen es moldear su propia personalidad: fortalecerlas.

En el ámbito de la ciencia política se ha empleado este término para referirse a cuestiones vinculadas con el sistema institucional. En efecto, Pérez Liñán y Mainwaring utilizan el término *resilient* vinculado a situaciones de quiebre y supervivencia de la democracia. Para ellos, el presidencialismo podría ser más *resiliente* en caso de una más fuerte preferencia normativa por la democracia entre las fuerzas políticas que participan competitivamente en las democracias de América Latina. Las variables con las que cuentan en su análisis son (i) el carácter de las políticas —*i. e.*, radicales *vs.* moderadas— y (ii) la preferencia normativa por la democracia.<sup>5</sup> De otro costado, se ha sostenido que

...el sistema político tolera cierto tipos de conflictos salvables entre órganos del Estado. Otros, en cambio, son insalvables. Son los conflictos que el sistema necesita vitalmente eliminar para poder funcionar. O el conflicto desaparece o el Estado se paraliza. Ergo, el conflicto debe desaparecer y el modo de que desaparezca, por lo común, consiste en la derrota de la parte más débil.<sup>6</sup>

Si intentásemos trasladar estas consideraciones al ámbito institucional, no sería erróneo considerar que el presidencialismo hipertrofiado argentino es un sistema resiliente. Ahora bien, esta situación no es posible subsumirla bajo el prisma conceptual al que acabo de aludir. Por el contrario, pienso, es posible simplificar el análisis brindando dos categorías que se derivarían de aquel concepto: por un lado, una variante negativa y, por otro, una positiva.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr: Mainwaring, Scott y Pérez Liñán, Aníbal, “Democratic breakdown and survival”, *Journal of Democracy*, volume 24, number 2, April 2013, pp. 123-137. Sin embargo, por lo que diré en el texto, me parece que estos autores se refieren a una idea distinta y que, quizá, podría —según el caso— subsumirse bajo la noción de estabilidad/gobernabilidad según las explicó anteriormente.

<sup>6</sup> Oyhánarte, Julio, “Historia del Poder Judicial”, en *id.*, *Recopilación de sus obras*, Buenos Aires, La Ley, pp. 139-211, p. 176.

<sup>7</sup> A partir de una observación muy inteligente de uno de los dictaminadores anónimos seleccionados por la dirección editorial de esta *Revista*, aclaro que no se trata de un uso valorativo de esos términos. Esto es, la propuesta de análisis conceptual que efectúo no tiene una carga emotiva especial en la que pudieran señalarse los términos “positivo” y “negativo” con expectativas favorables o desfavorables de parte de los usuarios del sistema institucional. Por el contrario, sólo intento remarcar cómo en un caso puede fa-

Por resiliencia en sentido negativo (*i. e.*, R-), entiendo la característica que posee el sistema institucional argentino de resistir todos, y cada uno, de los intentos de atenuación que se han formulado a lo largo de su historia constitucional. Con ello quiero hacer asequible, conceptualmente, el hecho de que los *inputs* atenuadores que, históricamente, se han presentado en Argentina han sido vanos. Esto es, no han sido eficaces para lograr el objetivo al que estaban destinados. La explicación de este fracaso, pienso, puede tener dos alternativas: (i) los propios medios institucionales seleccionados para el logro de esa finalidad no son adecuados, y (ii) es el propio sistema institucional el que genera las “condiciones de resiliencia negativa”. En tal sentido, es el presidencialismo que, por su dinámica, tiene la predisposición, tendencia o propensión a transformar esos “parches” institucionales en inidóneos, figuras decorativas con las que, de algún modo, calmar conciencias institucionales.

No obstante, no es este el único problema. En efecto, derivada de la misma idea de perdurabilidad de sus características principales, es posible indicar la existencia de, además, otra propiedad aún más preocupante. Me refiero a la que indiqué como “resiliencia positiva” (*i. e.*, R+). Según ésta, podemos describir la siguiente situación: pese a los intentos de apaciguamiento de las elefantiásicas competencias del Poder Ejecutivo, no sólo que ellos se tornan vanos (supuesto característico de la R-), sino que, contrariamente a lo pronosticado, el sistema presidencial se torna más vigoroso. Con esta idea, entonces, sugiero que cualquier intento de atenuación tiene un pronóstico asegurado. Esto es, tiende a fortalecer al presidencialismo. Este último sería un caso claro de lo denominado por Jean Paul Sartre como “contrafinalidad”, según la cual las consecuencias no intencionales de una cierta acción colectiva hacen que todo el mundo esté peor, contrariando la intención buscada.<sup>8</sup> El sistema que padecemos convierte en beneficio propio,

---

vorecer o compeler al otorgamiento de competencias —*i. e.*, positivo— o a funcionar con un carácter más reactivo —*i. e.*, negativo— a fin de rechazar las pretensiones de los constituyentes con pretensiones de modificación de las competencias del Poder Ejecutivo.

<sup>8</sup> Cfr. Elster, Jon, *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, trad. de Antonio Bonanno, Barcelona, Gedisa, 1990, p. 99. Como ejemplos de ello, este autor cita los siguientes: cuando todos se ponen de pie para tener una mejor visión del juego, nadie lo logra y todos se cansan de estar de pie; cuando todos tratan de sacar simultáneamente dinero del banco, todos pueden perder sus depósitos; cuando todas las firmas tratan de sobrevivir a una recesión reduciendo los salarios, la consiguiente pérdida de poder adquisitivo puede convertir la recesión en una completa depresión.

incluso, esos intentos de restricción. No pueden insertarse cambios institucionales acordes con la finalidad planteada. Por el contrario, al responder de tal forma, lo que sucede es que, contrariando los *inputs* iniciales, el sistema las convierte en su provecho. Así, pese a la pretendida atenuación del presidencialismo por parte de la Reforma Constitucional de 1994, lo que ha sucedido es inversamente proporcional al diseño esperado. El sistema presidencialista argentino no sólo que no se habría atenuado, sino que, a la inversa, ha generado las condiciones necesarias para reforzar las propias competencias del titular del Poder Ejecutivo Nacional.

Es necesario detenerse un poco más en los pares de conceptos expuestos. A mi criterio, ambos términos podrían ser reconstruidos en términos de “propiedad disposicional”. Ernesto Garzón Valdes, al analizar el concepto de “estabilidad”, nos dice que éste tiene una particularidad que lo hace sumamente complejo. La propiedad “estable” no es ni normativa ni descriptiva, en tanto propiedad. Sin embargo, el juicio que efectuamos sobre la estabilidad de un sistema político es de tipo descriptivo. De todos modos, aun aceptando esto, las dificultades no desaparecen. En efecto, aun cuando se acepte su naturaleza descriptiva, es menester determinar cuáles son los datos de corte empírico de los que depende su verdad o falsedad.<sup>9</sup> Es que la propiedad de la que se trata —*i. e.*, estabilidad— no es observable en forma directa a través de los sentidos. Para poder afrontar y superar esta dificultad, desarrolla —como adelanté— el sentido de las “propiedades disposicionales”. Así, este autor enseña que “...los enunciados que predicen propiedades disposicionales indican que la persona o cosa de que se trata tiene una cierta capacidad, tendencia o propensión. No son informes sobre estados de cosas observados ni narran incidentes, pero están íntimamente vinculados con éstos pues solo son verdaderos si los satisfacen”.<sup>10</sup>

Pienso que para comprender, acabadamente, la característica a la que me refiero, sería útil entenderla como una propiedad disposicional. De este modo, pienso que sería conceptualmente adecuado extender aquellas consideraciones al término propuesto. En este sentido, entonces, lo que denota el

---

<sup>9</sup> Cfr: Garzón Valdés, Ernesto, “El concepto de estabilidad en los sistemas políticos”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 577.

<sup>10</sup> El ejemplo clásico utilizado para la comprensión de este tipo de propiedades es la solubilidad del azúcar. Ésta requiere la existencia de ciertas condiciones que, presentes ellas, determinarán la verdad o falsedad, en su caso, de la proposición “el azúcar es soluble”. Véase Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, p. 577.

concepto de resiliencia es que un sistema presidencial, dadas sus especiales características, tiene cierta capacidad, propensión o tendencia, y la tiene para responder de un modo muy preciso a los intentos de atenuación que, externamente, se prediquen. Entonces, deberíamos situarnos en aquellos supuestos en los que existan intenciones de modificar las competencias del titular del Poder Ejecutivo para aminorarlas. A esta situación podríamos denominarla “circunstancias de atenuación”. En estas situaciones, y más allá de las modificaciones constitucionales formales que se efectúen sobre el texto constitucional, el sistema institucional genera una dinámica institucional muy particular. Es así que para que estemos en condiciones de afirmar que un sistema institucional presidencialista es resiliente, recibirá las pretensiones de parte de quienes estén en la posibilidad de ejercer influencia sobre su construcción, transformándolas. Para que estas circunstancias estén presentes es menester que se den las siguientes condiciones: (i) el sistema institucional tienda a asegurar la “eficacia de la decisión”, antes que el control o la deliberación y el debate en su adopción; (ii) esta opción importe una restricción severa a la efectividad de instancias de control producidas constitucionalmente, y, por último, (iii) que el contexto en el que se produzca esta situación provoque intentos de atenuación que, desde un punto de vista formal —*i. e.* modificación de la Constitución—, hayan sido efectivas. Sin duda, (i) y (ii) establecen las causas que habrán de motivar la actuación en (iii); es más, quizá justamente sean aquellas las que motivan a la generación de este contexto de reforma.

De cualquier forma, no es importante para el argumento que me detenga en el análisis de aquellas causas. Sin embargo, sí lo son las razones que puedan motivar que una reforma atenuadora sea, en rigor, intentar dotar al sistema de salidas institucionales para situaciones de bloqueo entre Legislativo y Ejecutivo. Aquí resulta relevante recordar que, me parece, puede encontrarse en un movimiento pendular de la historia política de los países de América Latina. Recuérdese que la justificación del presidencialismo prometía, al menos, dos baluartes: (i) eficacia y (ii) estabilidad.<sup>11</sup> Ahora bien, esa experiencia, por el contrario, demostró una tendencia pendular hacia los extremos opuestos de esos objetivos. Esta oscilación, sin duda, desarrolló un desplazamiento desde la impotencia hacia la inestabili-

---

<sup>11</sup> *Cfr.*, entre muchos otros, Mocoero, Juan M., “Alberdi, las «Bases» y la construcción del Poder Ejecutivo Nacional”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, segunda época, vol. XXVI, julio-diciembre de 2012, pp. 147-198.

dad,<sup>12</sup> y, con ello, hacia el absolutismo y despotismo. En efecto, según Bouzat, la dinámica pendular del presidencialismo puede ser identificada con una paradoja. En las presidencias fuertes, los elementos consensuales del sistema no ejercen un control efectivo sobre el presidente, mientras que en los débiles, obstaculizan la gestión.<sup>13</sup> De ahí que, entonces, académicamente resurgió la necesidad de interrogarse por los incentivos que genera este sistema institucional. El interrogante es, básicamente, identificar la relación del sistema con estos resultados desfavorables y desastrosos.<sup>14</sup>

Como dije, la posibilidad de que el *output* institucional consista en que los intentos de atenuación o sean vanos o doten de mayores competencias al presidencialismo, depende de ciertas circunstancias. A éstas, como ya adelanté, las llamo “circunstancias de atenuación”. Mi idea es que, dadas estas circunstancias, el presidencialismo hipertrofiado argentino tenderá, propenderá o tendrá la capacidad de, por un lado, resultar ileso (*i. e.*, lo que llamé resiliencia en sentido negativo, “R-”), o bien, dotado de, ya sea mayores credenciales de legitimidad democrática (por ejemplo, es el caso de la intervención del Congreso en el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia), o, directamente, de mayores competencias, pues, desde un punto de vista formal, carecía de ellas con anterioridad a la intervención del constituyente (*i. e.*, lo que llamé resiliencia en sentido positivo, “R+”). El ejemplo claro, en este sentido, es la incorporación del artículo 99, inciso 3, a la Constitución de la Nación Argentina, que prevé la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el Poder Ejecutivo esté facultado para dictar medidas de contenido legislativo de manera autónoma.

---

<sup>12</sup> Caracteriza la dinámica histórico-política del presidencialismo argentino en similares términos, Acuña, Carlos, “Contribución”, en Ferraro, Ricardo y Rapaport, Luis, *Presidencialismo absoluto y otras verdades incómodas*, Buenos Aires, El Ateneo, 2008, pp. 26 y 27. Un certero análisis respecto a la interrelación del presidencialismo argentino entre la ineficacia, inestabilidad y falta de control, en Riberi, Pablo C., *op. cit.*, *passim*.

<sup>13</sup> *Cfr.* Bouzat, Roberto, “Poder presidencial y política en Argentina”, en Saba, Roberto *et al.*, *Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, SELA, 2007.

<sup>14</sup> *Cfr.*, por todos, Linz, Juan J., *La quiebra de las democracias*, trad. de Rocío de Terán, México, Alianza, 1990, *passim*; Linz, Juan J., “Los peligros del presidencialismo”, en Diamond, L. y Plattner, M., *El resurgimiento global de la democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1997; por último, Linz, Juan J., “Democracia presidencialismo o parlamentaria ¿Qué diferencia implica?”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (comps.), *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*, trad. de Rocío de Terán Troyano, Madrid, Alianza, 1997, t. I.

Un ensayo retrospectivo de reconstrucción de la experiencia suscitada en los últimos años podría ser conducente para demostrar esta noción. Mencionaré algunos desarrollos de la práctica constitucional referidas al dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia como ejemplo. Esto, como se verá, tiene una relación sumamente estrecha respecto de las posibilidades de emplear, con sentido, el sintagma “el sistema presidencialista argentino es un sistema resiliente”. En el próximo acápite me ocupo de este tema.

### III. PRESIDENCIALISMO, RESILIENCIA Y DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA: UNA PEQUEÑA MUESTRA DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

La Convención constituyente argentina de 1994, como ya dije, tuvo una *telesis* atenuadora. De la misma ley de declaración de necesidad de la reforma puede colegirse esta finalidad.<sup>15</sup> Ahora bien, que esta intención haya sido puesta en práctica es discutible. El presidencialismo argentino, antes de la reforma, se encontraba hipertrofiado.<sup>16</sup> Luego de ésta, sigue estándolo. Es un lugar común, entre cierto sector doctrinario, esta afirmación. Descriptivamente, pienso, están en lo correcto: el sistema presidencial continúa exacerbado.

Ahora bien, en este marco deberíamos interrogarnos por la introducción de los Decretos de Necesidad y Urgencia en un sistema institucional presidencialista. En este sentido, la dicotomía es obvia. Por un lado, una interpretación sostendría que la inclusión de esta atribución estuvo orientada a dotar de mayores competencias al Poder Ejecutivo. El fundamento de ella sería, sin duda, el siguiente: antes de la reforma, el texto constitucional no consagraba de un modo expreso la posibilidad del dictado de estas medidas.

De ahí que, por ejemplo, destaque María Angélica Gelli que estos reglamentos proponían un sinnúmero de cuestiones problemáticas con anterioridad a su inclusión en el texto constitucional.<sup>17</sup> Específicamente, según ella,

---

<sup>15</sup> Véase Ley núm. 24.309, en especial el artículo 2o., literal “A”, denominado “Atenuación del sistema presidencialista”.

<sup>16</sup> Cfr. Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2a. reimp., 2002.

<sup>17</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 834.

la principal dificultad era la legitimidad de la práctica de estos decretos. Para así concluir, señala que ello se deriva de la inexistencia de atribución expresa por parte de la Constitución.<sup>18</sup> Empero, en todos los casos trataron de determinar si el presidente estaba facultado para su dictado, ante la inexistencia de una expresa autorización de parte de la Constitución. En tanto estaba huérfana de previsión al respecto, no pocos autores consideraron que se trataba de una laguna normativa. Vale decir, el sistema constitucional no poseía respuesta normativa para este problema: cuál era el estatus deóntico de esa competencia presidencial.<sup>19</sup> A partir de esto, las posiciones se dividían. Por un lado, existían quienes consideraban que debía ser colmada

---

<sup>18</sup> Si bien acuerdo respecto al problema identificado, no lo hago con referencia al concepto empleado. Entiendo que son dos cuestiones conceptualmente distintas. En este sentido, a mi criterio, debería disociarse el problema de la *legalidad* de cierta acción que, básicamente, consiste en la determinación del *status* deóntico de una específica conducta —i. e. si ella es obligatoria, permitida o prohibida—. Un problema distinto, sin embargo, consiste en preguntarse por la legitimidad de una acción determinada. El primero de ellos es una cuestión que depende de la identificación del derecho. Vale decir, de la interpretación del sistema jurídico, a fin de obtener una respuesta acerca de si el derecho (i. e. la Constitución) determina, como dije, el estatus deóntico de cierta acción. El segundo —el problema de la legitimidad— posee un campo distinto, pues, intuitivo, éste debe llevarse a cabo en el terreno de la filosofía política. Esto es, el juicio de legitimidad es uno de tipo ético político. En este ámbito, entonces, en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, el debate trasunta por la justificación de estas medidas en una democracia constitucional en la que el rol del Congreso, como expresión de las voces y los desacuerdos que en la sociedad ocurren, posee un plus de representatividad y una mayor cualidad deliberativa y democrática. Como podrá advertirse, las críticas que al dictado de estos decretos se efectuaron a lo largo de la historia constitucional de nuestro país estaba asentada sobre ambos andariveles. De una parte, no existía norma constitucional que determinara si esa conducta estaba permitida o prohibida y, de otro costado, la inconveniencia desde un punto de vista democrático por la ausencia de deliberación y debate que son necesarios en el dictado de estas disposiciones de excepción. Señala la distinción entre esos conceptos, Ernesto Garzón Valdés. Véase, Garzón Valdés, Ernesto, “El concepto de estabilidad en los sistemas políticos”, *cit.*; *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, pp. 288 y ss., y, por último, “Derecho y democracia en América Latina”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *El Estado de derecho: dilemas para América Latina*, Lima, Palestra, 2009, pp. 144-182.

<sup>19</sup> Alchourron y Bulygin definen de modo formal una *laguna normativa* en el sentido de que un Caso<sub>i</sub> de un UC<sub>j</sub> (Universo de Casos, JMM) es una *laguna* del sistema normativo  $\alpha$  en relación a un USmax<sub>k</sub> (Universo de Soluciones Maximales, JMM) significa que  $\alpha$  no correlaciona C<sub>i</sub> con ninguna solución del USmax<sub>k</sub>. *Cfr.*: Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 49.



otorgándole esa competencia al presidente. Para así razonar, entendían que el principio de separación de poderes no era uno de tipo estricto y que, en suma, ante situaciones de crisis, la ortodoxia constitucional debía ceder. Ante la necesidad, la urgente necesidad, se necesitaban medidas súbitas y extremas para paliar una determinada crisis. A estas circunstancias, es obvio, añadían ciertos prejuicios en contra del Poder Legislativo. Éste era visto como un pesado lastre con el que cargar, ya que él necesita de tiempo y reflexión para funcionar, lo que era imposible en las situaciones de emergencia que este tipo de medidas venían a paliar. Por el contrario, la otra postura sostuvo, por vía de un argumento sistémico y *a contrario*, que si la Constitución no decía nada al respecto, debía a ese silencio otorgarle cierto valor: negar la potestad. Para ello, quizá, las razones eran justamente las contrarias a las empleadas por los apologetas de las medidas extremas. De este modo, el argumento se basó sobre tres soportes: (i) principio de separación de poderes; (ii) ámbito competencial del Poder Legislativo, y, por último, (iii) carencia de arraigo textual.

Esta fue la discusión doctrinaria previa a la reforma constitucional. Empero, una vez que ella se produjo, las diatribas no se aplacaron. La controversia continuó girando sobre cómo interpretar estas medidas de excepción y cómo ellas se relacionaban con la intención de atenuar el presidencialismo argentino. Por un lado, podría entenderse que introducir la competencia al presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia importa una forma de vigorizar el presidencialismo argentino.

Sin embargo, este no será el camino que seguiré aquí. En efecto, a mi criterio, la introducción de estas medidas debe vincularse con la necesidad de asegurar condiciones de gobernabilidad. Esta intuición, me parece, es compartida por diversos autores que, desde diferentes puntos de vista, analizan esta cuestión. Por ejemplo, Gabriel Negretto sostiene que deben concebirse estas medidas como instrumentos de gobernabilidad necesarios para hacer frente a una situación de crisis en la que los mecanismos de pesos y contrapesos operan como un obstáculo para la adopción de cambios legislativos. Así, funcionan como sostenedores de un gobierno en contextos institucionales con escasa capacidad para producir rápidas decisiones o cambios de política legislativa en situaciones críticas.<sup>20</sup> Por supuesto, y como reconoce este autor, los efectos de la inserción de estas medidas no

---

<sup>20</sup> Cfr. Negretto, Gabriel, “El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina”, *Isonomía*, 14, p. 82.

son neutrales respecto de la legitimidad de un régimen democrático. En este sentido, señala: 1) debilitan los mecanismos de rendición de cuentas; 2) afectan la legitimidad del proceso legislativo; 3) erosionan la confianza de los ciudadanos en la credibilidad y estabilidad de las decisiones de gobierno.<sup>21</sup> En suma, de lo que se trata es del otorgamiento de atribuciones que puedan ser empleadas como un medio de hacer efectiva la gobernabilidad ante situaciones de bloqueo.<sup>22</sup>

Más allá de cuál sea la relación de estas medidas con la finalidad del aseguramiento de mejores condiciones de gobernabilidad, esto por sí solo no dice nada respecto de la atenuación (o no) del marco institucional. Entiendo que la inserción en el texto constitucional de estas medidas puede ser vista como una “hipótesis atenuadora”. Es a partir del expreso cuerpo constitucional que se sigue que la finalidad primigenia de la regla plasmada en el artículo 99, inciso 3, de la CN, es la restricción. De ahí que, entonces, pienso que esta norma pretendía limitar el dictado de este tipo de normas. Las autorizaba, es cierto, pero con una clara vocación limitante. Esta interpretación cuenta con el respaldo de la Corte Suprema Argentina:

... el texto [del artículo 99, inc. 3, CN] es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país.<sup>23</sup>

De ahí que, entonces, sea posible pensarlos como propongo.

---

<sup>21</sup> Cfr: Negretto, Gabriel, “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 41, núm. 163, 2001, pp. 411-443.

<sup>22</sup> Cfr: Negretto, Gabriel, “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, y, del mismo autor, “¿Gobierna solo el presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 42, núm. 167, 2002, pp. 377-404. También, Dieter Nohlen entiende que se trata de modificaciones de las atribuciones del Poder Ejecutivo destinadas a mejorar las condiciones de gobernabilidad. Cfr: Nohlen, Dieter, *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2006, *passim*, y, del mismo autor, “El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate”, en A. Ellis *et al.*, (coords.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, UNAM-IDEA, 2009, pp. 37-44.

<sup>23</sup> Cfr: CSJN, *Fallos*, 333:633 (“Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02 – Ley 20.091 s/ Amparo Ley 16.986” [19/5/2010]).

Ahora bien, para el estudio detenido de los efectos de aquella finalidad constituyente, debería efectuarse un análisis más o menos detenido respecto de cómo fue el desarrollo de la práctica del presidencialismo argentino. En especial, sería necesario detenerse en cómo la Corte Suprema respondió al dictado de estas medidas y cómo lo hizo el Congreso de la Nación al momento de la reglamentación de esta excepcional atribución.<sup>24</sup> Sin embargo, pienso, basta con que haga referencia a que, en términos generales, la jurisprudencia fue muy poco estricta al momento de ejercer el control de constitucionalidad sobre este tema. En el mismo sentido, la ley reglamentaria ha sido, en general, criticada por la consagración de un espacio poco exigente en instancias de control. De ahí que, entonces, es dable concluir que nuestra hipótesis atenuadora no ha sido verificada en la práctica constitucional; la atenuación declamada no ha sido comprobada.

A esta altura, pienso, sería necesario interrogarse sobre lo siguiente: ¿qué es lo que hace que el presidencialismo argentino sea tan característicamente “obstinado”? Vale decir, que sea tan dificultosa la posibilidad de atenuarlo. Por supuesto, una forma de responder a este interrogante es sostener que el medio elegido por el constituyente no fue el adecuado. De tal modo, recurriría nuevamente a la introducción de la atribución presidencial para el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, la respuesta aquí es obvia, y lo es por algunas de las razones que ya expuse. Las dificultades que genera la dinámica del presidencialismo son las que motivan la necesidad de introducción de ciertos parches institucionales que sirvan como desbloqueadores de las situaciones de crisis y bloqueo que son sistémicamente posibles. Es por eso que, entonces, el problema no es tanto del medio empleado —*i. e.*, introducción de decretos de necesidad y urgencia y otras instituciones—, sino que, antes bien, se trata de las dificultades propias del contexto institucional sobre el que se actúa. Esto es, es un problema de cómo interactúan las intenciones atenuadoras con un sistema presidencial argentino hipertrofiado que genera una dinámica institucional que necesita de este tipo de medidas para evitar bloqueos constantes y posibles entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo. Pero, si esto es así, entonces, el punto

---

<sup>24</sup> Un análisis de la ley reglamentaria puede verse en Millón Quintana, Joaquín y Moco-roa, Juan M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia”, *JA* 2007-I-1328, y Moco-roa, Juan M., “Atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional”, en Hernández, Antonio M. (h) (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, pp. 1351-1406.

es que aun cuando se hubiera querido atenuar la competencia del titular del Poder Ejecutivo Nacional, en verdad se le otorga un remedio para obviar instancias de bloqueo. De esta manera, en verdad, no se hace otra que otorgarle mayores competencias que las que tenía previamente adjudicadas.

#### IV. PRESIDENCIALISMO Y RESILIENCIA INSTITUCIONAL

Luego de lo que dije en la sección anterior, la propuesta de delimitación conceptual esbozada podría ser de alguna utilidad. Es que, me parece, las dificultades advertidas para la atenuación del presidencialismo argentino son conocidas. Las respuestas a esta situación, pienso, fluctúan desde aquellas que consideran que se trata de una dificultad propia de las circunstancias de decisión constitucional, hasta, como propongo, aquellos que piensan que es una cuestión vinculada a la propia configuración de un presidencialismo exacerbado.

La primera posición, por ejemplo, es sostenida por Negretto.<sup>25</sup> Para este autor, el momento de decisión constitucional, especialmente respecto de cuestiones de diseño institucional, posee algunas particularidades. En este sentido, señala, deriva de un proceso de elección colectiva determinada por: (i) las preferencias, (ii) el poder de negociación y (iii) el constreñimiento de los individuos que en él participan.

Ahora bien, la dinámica de estos momentos depende, a su vez, de tres factores causales: (a) las expectativas de los actores sobre sus posiciones políticas futuras; (b) el tipo de recursos y estrategias implementadas por las partes negociadoras, y (c) las reglas de procedimiento que estructuran el proceso de creación constitucional. De ahí que, parece, los partidos políticos que son suficientemente grandes para ganar una mayoría legislativa y formar gobierno tienden a preferir un sistema parlamentario con ejecutivos relativamente fuertes e independientes, mientras que los partidos pequeños normalmente insisten en ejecutivos con menos autonomía y poderes efectivos frente a la asamblea.

Con este arsenal teórico formal, analiza los contextos de decisión constitucional en los que se intenta, o se logra, modificar las instituciones del

---

<sup>25</sup> Además, de los trabajos ya citados del autor, resulta interesante consultar, Negretto, Gabriel, "Hacia una nueva visión de la separación de poderes", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *El Estado de derecho: dilemas para América Latina*, Lima, Palestra, 2009, pp. 183-222.

presidencialismo, en especial en Argentina. Para él, la falta de éxito de los intentos de limitación efectiva del presidencialismo se debe, más que nada, a cómo conjugan su interacción cada uno de los jugadores relevantes en esos contextos. De este modo, me parece, puede suponerse que son dos las preferencias generalizadas a tener en cuenta al momento de interactuar en contextos de decisión constitucional. Éstas, para resumir groseramente, pueden identificarse con dos valores que, en rigor, serán los que dominarán cada uno de sus cursos de acción. Éstos son la eficacia y el control. Así, los partidos pequeños y que, en verdad, no tengan posibilidades (ni expectativas reales) de triunfar en elecciones próximas dominarán estrategias de interacción dirigidas a la instauración de instituciones que favorezcan y faciliten el control del Ejecutivo. Al contrario, quienes piensen que tienen posibilidades seguras de ganar las elecciones preferirán instituciones que garanticen la eficacia y establezcan menos instancias de control. Pero el punto, entonces, es que las posibilidades de éxito de los intentos de limitación de las instituciones destinadas a garantizar la eficacia en desmedro del control son, cuando menos, bastante remotas.

Es que, adviértase, “aquellos individuos que cuentan con suficiente apoyo electoral para esperar ganar o retener la presidencia son a menudo los mismos que tienen el poder de iniciar y/o controlar un proceso de cambio constitucional. Dicho de otra manera, aquellos que se hallan en posición para cambiar el sistema son precisamente los que menos interés tienen en hacerlo”.<sup>26</sup> Entonces, si esto es así, las posibilidades de éxito de una reforma institucional tendente a efectivizar controles respecto del presidencialismo son muy pocas. Es que “siendo que el partido que controla o espera controlar la presidencia difícilmente admitiría reducir los poderes del ejecutivo, las condiciones bajo las cuales se puede pasar de un régimen presidencial a otro de tipo parlamentario son altamente restrictivas”.<sup>27</sup>

De cualquier modo, es posible sostener que también debe considerarse el poder de negociación relativo del partido que controla al Ejecutivo al momento de diseñar una Constitución, dado que, si éste tiene suficientes herramientas para, de algún modo, doblar las intenciones primarias del partido político que, en ese momento, esté en el poder, quizá logre un mayor equilibrio entre eficacia y control. Si bien debe destacarse, no podrá

---

<sup>26</sup> Cfr: Negretto, Gabriel, “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, *cit.*, p. 438.

<sup>27</sup> *Idem.*

ver satisfecha su pretensión del modo que, en un primer momento, hubiese querido. Es posible que, más allá de eso, puedan obtener limitaciones a las directivas de eficacia, y, de este modo, obtener un mayor equilibrio. Sin embargo, esto no es esperable.<sup>28</sup>

Me parece muy poderosa esta estrategia de argumentación. Sin embargo, y pese a que la considero en líneas generales correcta, pienso que es insuficiente para la explicación de los fenómenos que describí muy someramente. De tal modo, sería posible vincular esas características no tanto con la forma de interacción de los actores políticos relevantes, sino que, antes bien, con las propias características del presidencialismo. Y, en este orden de ideas, la noción de resiliencia que propuse podría explicar esta extraña “estabilidad” del presidencialismo. Además, adviértase, se trata de una explicación distinta; o bien que, al menos, se mueven en niveles disociados de análisis. La posición de Negretto se dirige a la explicación de las situaciones de fracaso, con la mirada puesta en los actores de que se trata, más que nada en los contextos de decisión constitucional. No obstante, según mi criterio, resulta necesario ampliar el análisis y que sigamos colocando la vista en el sistema institucional para, entonces, estar en condiciones de brindar una respuesta institucionalista. Aquí, de este modo, deberíamos seguir pensando en cómo interactúan los sujetos en la etapa post constituyente. Es decir, qué tipo de dinámicas son las que va a generar el propio sistema institucional. En mi opinión, es el propio presidencialismo el que posee las propiedades que generan las condiciones necesarias para que podamos identificar las reacciones a las que aludí en este trabajo. Esto es, el sistema presidencial como un sistema resiliente en sentido positivo y en sentido negativo (R- ^ R+).

Con la incorporación del artículo 99, inciso 3o., a la CN, y su reglamentación por parte de la Ley núm. 26.122, intuyo, nos encontramos ante lo que he denominado “resiliencia en sentido positivo” (R+). El presidencialismo hipertrofiado tornó inocua cualquier reglamentación. Cada una de las versiones de atenuación por medio de los decretos de necesidad y urgencia otorgó mayores competencias al titular del Poder Ejecutivo Nacional. Los *inputs* atenuadores ensayados otorgaron mayor vigorosidad a un sistema institucional de por sí robusto. De este modo, actúan como si se tratara de

<sup>28</sup> Cfr: Negretto, Gabriel, “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, *cit.*, y Negretto, Gabriel, “¿Gobierna solo el presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina”, *cit.*, pp. 377-404.

“prótesis capacitadoras”.<sup>29</sup> No limitan, ayudan. No atenúan, refuerzan. En fin, el sistema posee la característica de sobreponerse a los intentos exógenos de atenuación de modo de trastocarlo y emplearlos en provecho propio.

El ejemplo más claro de lo que denomino “resiliencia negativa” (R-) podemos encontrarlo en la figura del jefe de gabinete. La introducción de este funcionario pretendía disociar las funciones del presidente y, de ese modo, atenuar el presidencialismo. En este sentido, la reforma constitucional de 1994 pretendió amputar un cúmulo de competencias, anteriormente en cabeza del jefe de Estado, que hacían a la administración cotidiana del país, imputándoselas, ahora, al jefe de gabinete. De esta forma, se quiso distinguir un ámbito de atribuciones, competencias y funciones referidas a: (i) las líneas políticas más amplias e importantes —*i. e.*, “función gubernamental”—, el desarrollo de las grandes líneas de acción del gobierno, y (ii) las que se refieren a la administración cotidiana del país. La intención era que, en líneas generales, (i) fuera depositada en el titular del Poder Ejecutivo y (ii) en manos del jefe de gabinete. Empero, no sólo por el mismo diseño constitucional, sino también por la misma práctica institucional, esta figura no es sino un decorativo trasplante constitucional, que responde a los mandatos del presidente. No se trata de una válvula de escape. Ni mucho menos. No se trata de una administración bicéfala del gobierno. La trágica experiencia vivida durante el mandato del ex presidente De la Rúa demuestra que la inclusión de esta figura no pudo hacer las veces de instrumento que asegurase la gobernabilidad.<sup>30</sup> En suma, el hiperpresidencialismo argentino es resiliente en un sentido negativo y positivo. Esto es, mantiene sus características esenciales frente a todo intento de atenuación y, aun más, o transforma los intentos atenuadores dotándolo de mayores competencias, o torna vacuos y vanos esos intentos tornándolos inocuos.

## V. CONCLUSIÓN

Traté de argumentar que, conceptualmente, el presidencialismo argentino puede ser descrito como dotado de —lo que llamé— *resiliencia*. En

<sup>29</sup> Sobre esta idea, véase Millón Quintana, Joaquín y Mocoróa, Juan M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia”, *cit.*

<sup>30</sup> Sobre esto, véase García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, “Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Una discusión sobre el sexo de los ángeles”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2009, separata.



su sentido positivo implica que el presidencialismo argentino posee una capacidad adaptativa, propia de la variante hiperpresidencialista, según la cual absorbe todo intento atenuador de sus competencias (R+). Al mismo tiempo, la posee en un sentido negativo, dado que debería aceptarse que otros *inputs* atenuadores son inocuos.

Habré logrado mi propósito si se comprende que esta propiedad fantástica del hiperpresidencialismo hace que todos los intentos de limitación sólo sean *promesas vanas*. La cuestión no trasunta en mentadas posibilidades de atenuación del mismo. Si vale la comparación, se asemeja a lo que en el ámbito anglófono se califican a algunas palabras como *false friends*. Éstas implican un grupo o pares de palabras que en dos idiomas se asemejan en su sonido o escritura, pero que poseen significados totalmente diferentes. Pues bien, los intentos de atenuación del presidencialismo funcionan, intuyo, de la misma manera. O bien, son pueriles debido a la mentada resiliencia negativa, o bien, son capacitadores, en tanto funciona lo que denominé resiliencia positiva.

Entonces, las posibilidades de atenuación del sistema institucional presidencialista argentino, tal y como está diseñado por la Constitución, y cómo se ha comportado en la práctica, lisa y llanamente, es imposible.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Carlos, “Contribución”, en FERRARO, Ricardo y RAPAPPORT, Luis, *Presidencialismo absoluto y otras verdades incómodas*, Buenos Aires, El Ateneo, 2008.
- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- ALEGRE, Marcelo, “Democracia sin presidentes”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. I.
- ARRIMADA, Lucas, “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. I.

- BOUZAT, Roberto, “Poder presidencial y crisis política en Argentina”, en SABA, Roberto *et al.*, *Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Editores del Puerto-SELA, 2007.
- ELSTER, Jon, *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, trad. de Antonio Bonanno, Barcelona, Gedisa, 1990.
- GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Presidencialismo vs. parlamentarismo. Una discusión sobre el sexo de los ángeles”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2009, separata.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Derecho y democracia en América Latina”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *El Estado de derecho: dilemas para América Latina*, Lima, Palestra, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El concepto de estabilidad en los sistemas políticos”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), “El Poder Ejecutivo”, en *idem* (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (h), “Presidencialismo y federalismo en la Argentina”, en SABSAY, Daniel (dir.), MANILI, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, t. IV.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (h), *Las emergencias y el orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Rubinzal-Culzoni, 2003.
- LINZ, Juan J., “Democracia presidencialismo o parlamentaria ¿Qué diferencia implica?”, en LINZ, Juan J. y VALENZUELA, Arturo (comps.), *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*, trad. de Rocío de Terán Troyano, Madrid, Alianza, 1997, t. 1.

- LINZ, Juan J., “Los peligros del presidencialismo”, en DIAMOND, L. y PLATTNER, M., *El resurgimiento global de la democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1996.
- LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, trad. de Rocío de Terán, Alianza, México, 1990.
- MAINWARING, Scott y PÉREZ LIÑÁN, Aníbal, “Democratic breakdown and survival”, *Journal of Democracy*, volume 24, number 2, April 2013.
- MILLÓN QUINTANA, Joaquín y MOCOROA, Juan M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia”, *JA* 2007-I-1328.
- MOCOROA, Juan M., “Alberdi, las «Bases» y la construcción del Poder Ejecutivo Nacional”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, segunda época, vol. XXVI, julio-diciembre de 2012.
- MOCOROA, Juan M., “Atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (h) (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II.
- NEGRETTO, Gabriel, “¿Gobierna solo el presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 42, núm. 167, 2002.
- NEGRETTO, Gabriel, “El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina”, *Isonomía*, México, núm. 14, 2001.
- NEGRETTO, Gabriel, “Hacia una nueva visión de la separación de poderes”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *El Estado de derecho: dilemas para América Latina*, Lima, Palestra, 2009.
- NEGRETTO, Gabriel, “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 41, núm. 163, 2001.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2a. reimp., 2002.
- NOHLEN, Dieter, “El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate”, en A. ELLIS *et al.* (coords.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, UNAM-IDEA, 2009.
- NOHLEN, Dieter, *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2006.

OYHANARTE, Julio, “Historia del Poder Judicial”, en *id.*, *Recopilación de sus obras*, Buenos Aires, La Ley.

RIBERI, Pablo C., “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político”, en varios autores, *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, t. II.

C

*Fecha de recepción:* 2 de junio de 2018.

*Fecha de aceptación:* 4 de febrero de 2019.



## El derecho fundamental a la cultura física y al deporte: un derecho económico, social y cultural de reciente constitucionalización en México

*The fundamental right to physical culture and sports: an economic,  
social and cultural right of recent constitutionalization in Mexico*

Sonia VENEGAS ÁLVAREZ\*

El deporte tiene el poder de transformar al mundo. Tiene el poder de inspirar, de unir a la gente como pocas cosas.

Nelson MANDELA

**RESUMEN:** El derecho al deporte y la cultura física, reconocido con el carácter de fundamental por el ordenamiento jurídico mexicano en 2011, representa el primer eslabón de cara a la materialización del mismo en nuestro país. Se entiende como la prerrogativa a favor del gobernado para adquirir y desarrollar conocimientos relacionados con su cuerpo y los movimientos del mismo, así como a la práctica de actividades físicas sea por esparcimiento o de manera profesional al amparo del Estado, quedando obligado este último a la protección, al respeto y al fomento del mismo. Pero acaso lo relevante en la construcción de mecanismos de protección de este derecho fundamental es la comprensión del mismo, por un lado, en su vertiente genuina como derecho autónomo, y por otro, como mecanismo catalizador en la

**ABSTRACT:** *The right to sport and physical culture recognized as fundamental by the Mexican legal in 2011 represents the first step in order to achieve the materialization in our country. The right to sport could be understand as the governed's prerogative to acquire and develop knowledge related to his body and the movements thereof, as well as to practice of physical activities either for leisure or in a professional manner under the protection of the State, which being obliged to the protection, respect and promotion of it. But perhaps, the most relevant issue is the construction of mechanisms to protect this fundamental right is its understanding: on the one hand in its genuine aspect as an autonomous right, in the other hand, as a catalyst procedure in the realization of other economic, social and cultural rights as health,*

\* Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM, México, miembro del SNI, directora del Seminario de Derecho Administrativo (turno vespertino) de la misma Facultad; [svenegasa@derecho.unam.mx](mailto:svenegasa@derecho.unam.mx).

concreción de otros derechos económicos, sociales y culturales, como la salud, la educación, etcétera, puesto que ello ha devenido en el diseño de políticas públicas (si bien sujetas a la temporalidad sexenal) permeadas de este nuevo enfoque, lo cual, sin duda, representa un avance por lo menos en el terreno jurídico.

**Palabras clave:** Deporte, educación física, actividad física, cultura física, derecho al deporte, derechos económicos, sociales y culturales.

*education etc. As a result, the manner in which the public policies are being designed has been permeated by this new approach.*

**Keywords:** Sport, physical training, physical activity, right to sport, economic cultural and social rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Voces adyacentes y precisiones conceptuales.* III. *Fundamento constitucional del derecho a la cultura física y al deporte.* IV. *Contenido del derecho al deporte y la cultura física.* V. *El derecho al deporte y la cultura física: ordenamientos jurídicos que lo regulan.* VI. *Incidencia del derecho al deporte y a la cultura física.* VII. *Evaluación del derecho al deporte y a la cultura física en México.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la cultura física y al deporte es un derecho de reciente reconocimiento en el ordenamiento jurídico constitucional mexicano, contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y representa un reto para naciones como la nuestra, con recursos limitados y un cada vez más trepidante expansionismo en la constitucionalización de derechos humanos; desentrañar el contenido de este derecho fundamental, y, en consecuencia, las acciones por tomar de cara a su cumplimiento son tareas de difícil realización. Y serán éstas las que ocupen los esfuerzos del autor, que busca abonar al debate actual no sólo en la delimitación del derecho, sino tratando de llevar el debate hacia las acciones gubernamentales, que muestran indicios alentadores en la construcción del derecho al deporte y la cultura física, los cuales se encuentran sujetos al imbatible enemigo: el sexenio, extraña unidad de medida de todo esfuerzo gubernamental.

## II. VOCES ADYACENTES Y PRECISIONES CONCEPTUALES

Abordar el tema del derecho fundamental a la cultura física y al deporte requiere el establecimiento de fronteras conceptuales entre términos usualmente confundidos: deporte, cultura física, actividad física y educación física, de modo tal que al hablar del contenido al derecho fundamental en cuenta, el lector se encuentre cierto de los alcances semánticos. Por un lado, puede efectuarse una diferenciación entre la cultura física, que comprende un conjunto de bienes, conocimientos, ideas, valores y elementos materiales que el hombre ha producido en relación con el movimiento y uso de su cuerpo,<sup>1</sup> y por otro lado, la actividad física, que es la intención manifiesta en forma de movimiento del ser humano que relaciona su mente, cuerpo, emociones y necesidades de interacción con otros o con el entorno en el que habita;<sup>2</sup> o bien, conforme a la Organización Mundial de la Salud, cualquier movimiento corporal producido por los músculos esqueléticos que exija gasto de energía, las cuales se llevan a cabo como parte de los momentos de juego, trabajo, formas de transporte activas, tareas domésticas y de actividades recreativas,<sup>3</sup> mientras que la educación física es una parte de la educación que ofrece a los alumnos la oportunidad de tomar conciencia y compromiso frente a la actividad física de la totalidad de su cuerpo y el impacto de ésta en el ambiente social,<sup>4</sup> o bien, y hablando de la educación física de calidad, ésta es una experiencia de aprendizaje planificada, progresiva e inclusiva que forma parte del currículo en la educación infantil, primaria y secundaria, cuyo objetivo es ofrecer a niños y jóvenes experiencias adecuadas que les permitan adquirir las habilidades psicomotrices, la comprensión cognitiva de aptitudes sociales y emocionales que necesitan para llevar una vida físicamente activa.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Artículo 3o. de la Ley General de Cultura Física y el Deporte.

<sup>2</sup> *Política pública de deporte, recreación y actividad física para Bogotá 2009-2019*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá Secretaría de Cultura - Recreación y Deporte y Dirección de Culturas Recreativas y Deportivas, 2009, p. 29.

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Salud.

<sup>4</sup> Traducción del autor del texto: *Physical Education Curriculum Framework chapter I The nature of physical education*, p. 2, disponible en: <http://www.ed.gov.nl.ca/edu/k12/curriculum/documents/physed/ch1.pdf>.

<sup>5</sup> *Educación física de calidad. Guía para los responsables políticos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sector de ciencias sociales y humanas, 2015, p. 9.



La problemática mayor descansa en definir y trazar los linderos del vocablo *deporte*. En el plano teórico y desde la perspectiva jurídica se ha planteado la imposibilidad de converger en una definición afín, puesto que este término no tiene, ciertamente, tradición en el campo jurídico, pero ante la imposibilidad de aprehenderse desde otras perspectivas de manera que sea asimilable por el derecho con una razonable certeza conceptual, se entiende preciso intentar acotarlo desde un planteamiento jurídico, puesto que el objetivo no es describir qué cosa es el deporte, sino de reconocerlo, de saber, con suficiente certidumbre, cuándo estamos frente a una de sus manifestaciones, de modo y manera que nos conste que a esa actividad le resulta aplicable el derecho al deporte.<sup>6</sup> Preciado esto y a reserva de las observaciones que posteriormente se verterán, el deporte es una actividad física y mental de competición, expresada a través de diversas formas, institucionalizadas, sistematizadas y reglamentadas, que equilibra el desarrollo integral del ser humano, lo que potencialmente permite una justa convivencia y esparcimiento de los hombres en sociedad, y que por su trascendencia, en nuestros días, necesariamente es reconocida por el derecho.<sup>7</sup> Puede decirse también que es toda aquella actividad física que, mediante una participación organizada, tenga por finalidad preservar y mejorar la salud física y mental, el desarrollo social, ético e intelectual con el logro de resultados en competiciones,<sup>8</sup> y que de manera sucinta implica una actividad física, organizada, con una finalidad específica y competencia intrínseca.<sup>9</sup>

De tal forma que el deporte y actividad física si bien es cierto se encuentran íntimamente ligados, también lo es que distan mucho de ser sinónimos. El segundo atañe a cualquier movimiento motriz de nuestro cuerpo que implique un gasto en términos energéticos, y el deporte si bien conlleva en su propia naturaleza el movimiento del cuerpo humano, la forma organizada y planificada, así como la intención con la cual se lleva a cabo, es lo que le aporta la nota distintiva. De allí que muchos de los esfuerzos emprendidos hacia el entendimiento del deporte busquen la segmentación de esta actividad con base en la sujeción a determinadas reglas:

---

<sup>6</sup> Real Ferrer, Gabriel, *Derecho público del deporte*, Alicante, Civitas, 1991, p. 96.

<sup>7</sup> Del Carmen Clemente, Jalil Ascary *et al.*, *Derecho deportivo mexicano*, México, Senado de la República-Asociación Mexicana de Investigación Jurídica Deportiva-Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 55.

<sup>8</sup> Carta Iberoamericana del Deporte.

<sup>9</sup> Hernández González, David, *Derecho del deporte*, Flores, México, 2014, p. 4.

- 1) En un sentido amplísimo, el deporte abarcaría todas las manifestaciones o prácticas de ejercicio físico o físico intelectual del ser humano con o sin elementos auxiliares significativos o relevantes para tales actividades, de tipo materiales, con objetivos sanitarios, lúdicos o competitivos, en forma individual o de grupo, con o sin sumisión a reglas, de modo profesional, semiprofesional o puramente aficionado.
- 2) En sentido menos amplio serían los mismos elementos, pero incluyendo estructuras organizadas públicas y privadas, que oficializan, no toda pero si una parte muy significativa de aquel conjunto a partir del concepto de modalidades o especialidades.
- 3) En un sentido estricto, los elementos o componentes anteriores, pero con organizaciones públicas y privadas, con sujeción a reglas oficiales y en un plano exclusivamente competencial.

O bien, la posible diferenciación más simple:

- La educación física o deportiva.
- El deporte popular o para todos.
- El deporte élite o de alta competición.
- El deporte competición de carácter aficionado.
- El deporte profesionalizado.<sup>10</sup>

Entonces, un posible concepto de “deporte” es aquel que comprende aquellas actividades físicas institucionalizadas que supongan una superflua confrontación o competición consigo mismo o con un elemento externo.<sup>11</sup> Puede además decirse que el vocablo “deporte” comprende todos aquellos juegos que son organizados bajo un sistema de reglas que establecen las modalidades de su desarrollo, previendo el empeño de habilidades y competencias, sean físicas o intelectuales, con un carácter competitivo. De modo tal que se excluyen de esta definición todas aquellas expresiones de juegos lúdicos, que si bien son actividades físicas e intelectuales, son prácticas cuya naturaleza es únicamente motora.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Bermejo Vera, José, *Constitución y deporte*, Madrid, 1998, p. 34.

<sup>11</sup> Real Ferrer, Gabriel, *op. cit.*, p. 96.

<sup>12</sup> Coccia Massimo *et al.*, *Diritto dello sport*, Florencia, La Monnier Università, 2004, p. 21.

Nos encontramos entonces frente a conceptos que van desde la comprensión de la totalidad de las actividades físicas hasta aquellas que se diferencian en función de la especialidad de la actividad física y la institucionalización de las mismas, postura que se manifiesta en la Ley General de Cultura Física y Deporte, al establecer una clara diferenciación entre el deporte social, de rendimiento y de alto rendimiento. El primero es, pues, tan sólo un factor de promoción, fomento y estímulo de participación de todas las personas en actividades deportivas con la finalidad de mejorar su salud, esparcimiento, educación; por el contrario, el deporte de rendimiento es aquel que promueve, fomenta y estimula que todas las personas mejoren su incursión en las actividades deportivas, pasando de la afición al alto rendimiento, o bien en la búsqueda de una relación laboral por práctica del deporte, y, por último, el deporte de alto rendimiento, que es la expresión de actividades físicas desarrolladas con altas exigencias técnicas y científicas de preparación y entrenamiento, lo cual le permite a los deportistas la participación en eventos internacionales de competencias.<sup>13</sup>

El deporte, entonces, presenta las características siguientes:

- 1) Es una actividad, al implicar una modificación del mundo exterior realizada por el propio ser humano, en forma individual o colectiva, con la utilización de sus fuerzas motrices.
- 2) La actividad es física y mental, al ser una combinación de la destreza, fortaleza y habilidad corporal del ser humano, guiada por la razón o el intelecto.
- 3) La actividad es de competencia, puesto que puede implicar marcas, tiempos, oposición o rivalidad para obtener logros.
- 4) La actividad se expresa de maneras diversas en nuestra realidad, reflejando los más variados gustos, técnicas, movimientos, hábitos, características físicas, entornos y climas.
- 5) La forma de la actividad es institucionalizada, sistematizada y reglamentada. El deporte tiene estas características toda vez que implica integrar una actividad con ciertos principios y orden para su desarrollo, así como para el alcance de sus fines u objetivos.
- 6) La actividad equilibra el desarrollo integral del ser humano. El deporte equilibra el desarrollo integral del ser humano permitiéndole

---

<sup>13</sup> Artículo 5o. de la Ley General de Cultura Física y Deporte.

dole un proceso cualitativo en el mejoramiento tanto físico como mental, y con ello calidad de vida.

- 7) La actividad puede lograr una justa convivencia y esparcimiento de los hombres en sociedad. El desarrollo del deporte lleva una justa relación de los hombres entre sí, pues permite su sana convivencia y esparcimiento y con ello su integración.<sup>14</sup>

Cumple, el deporte, las funciones que a continuación se enlistan:

- 1) Educativa. La actividad deportiva está considerada como un instrumento para equilibrar la formación y el desarrollo humano de la persona a cualquier edad. Los valores del deporte son el vehículo adecuado para desarrollar el conocimiento, la motivación, capacidades y disposición para el esfuerzo personal.
- 2) Mejora a la salud pública. La actividad física mejora la salud de los ciudadanos y contribuye a prevenir y luchar contra algunas enfermedades; asimismo, puede contribuir al mantenimiento de la buena salud y calidad de vida a una edad elevada.
- 3) Social. El deporte permite tener una sociedad más tolerante; éste puede facilitar la integración social y servir de apoyo al diálogo intercultural.
- 4) Lúdica. La actividad física es una parte importante del ocio y del entretenimiento individual y colectivo.
- 5) Cultural. La práctica deportiva permite al ciudadano arraigarse mejor en un territorio, conocerlo e integrarse mejor, y, con respecto al medio ambiente, buscar una mayor y mejor protección.<sup>15</sup>

Señalado lo anterior, el lector puede además diferenciar entre la cultura física —como conocimientos desarrollados por el ser humano acerca de su cuerpo y los movimientos de éste— y el deporte como ese conjunto de ejercicios efectuados por el ser humano, cuya institucionalización, perfec-

---

<sup>14</sup> Hernández González, David *et al.*, “Hacia la consolidación del derecho del deporte en México”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle*, México, núm. 11, año 6, julio de 2008, pp. 120 y ss.

<sup>15</sup> Palomar Olmeda, Alberto, “El derecho del deporte y su forma de garantía en la sociedad del siglo XXI: una visión del derecho español”, en Montenegro González, Sadara y Hernández González, David (coords.), *Justicia deportiva*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 44-46.

cionamiento y carácter competitivo le imprimen características, a partir de las cuales éste puede ser meramente recreativo y competitivo, basado, por supuesto, en pruebas y resultados.

### III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CULTURA FÍSICA Y AL DEPORTE

Será evidente para el lector la omisión en que se ha incurrido al pasar por alto —por lo menos hasta el momento— definir el contenido del derecho a la cultura física y el deporte; ello es así ya que este tema de vital importancia será objeto de estudio posteriormente; por el momento, la atención habrá de centrarse en el fundamento constitucional del mismo y sus antecedentes legislativos.

El decreto por el que se adiciona un párrafo al artículo cuarto y se reforma la fracción XXXIX- J del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2011, es la culminación del proceso legislativo iniciado el 28 de abril de 2008 en la Cámara de Senadores, con la presentación de la iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 4o. y 73, en su fracción XXIX-J, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de reconocer la cultura física y el deporte como un derecho de todos los mexicanos, y cuya deliberación se sitúa en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Juventud y Deporte, y Estudios Legislativos.

Es precisamente este ir y venir legislativo el punto que nosotros habremos de tomar como partida en el desarrollo del tema que nos ocupa: la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional constituye, por un lado —el más obvio—, la fuente de la cual podemos conocer las razones que llevaron al Constituyente a efectuar la modificación al texto constitucional, y, por el otro —el menos evidente—, un bosquejo del que será el enfoque gubernamental de la problemática por afrontar. De allí la necesaria cita textual de la exposición de motivos, en los términos siguientes:

La reciente constitucionalización del deporte no es un acontecimiento espontáneo, sino que responde a una evolución de los derechos y deberes públicos, íntimamente conectada con la transformación sucesiva de las tareas y cometidos de los poderes públicos frente a la sociedad... por

lo que se debe formular la regulación de la cultura física y el deporte, previéndolos como parte importante de la política social y económica, buscando su reconocimiento constitucional, estableciendo en los poderes públicos su estímulo, fomento, protección y garantía de que la práctica del deporte y el acceso a la cultura física se dé en las mejores condiciones y que se favorezcan los valores humanos de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad. Es por ello que los interesados en el tema insistimos en el reconocimiento expreso en la Ley Fundamental de la nación del derecho a esta importante actividad considerando que:

i. El reconocimiento expreso del derecho a la cultura física y el deporte en nuestra Constitución Política será un excelente cauce para la vertebración de las acciones públicas a favor del desarrollo de estas actividades.

ii. La existencia de estos preceptos, específicamente en nuestra Carta Magna, será una muestra del interés de los poderes públicos por la materia en general y no sólo por la actividad institucionalizada y organizada, resaltándose la importante labor del Estado respecto de su promoción y fomento.

iii. Con las reformas y adiciones propuestas no cabrán más posturas interpretativas unilaterales e incuestionables que desmienten, intervengan o interrumpan el desarrollo del ordenamiento jurídico en la materia.

iv. La estructura normativa de la cultura física y del deporte en nuestro país será reformada desde la perspectiva de ambas como un derecho y no como un concepto complementario o coyuntural, lo que permitirá la definición de una serie de directrices de actuación de los poderes público y las instancias particulares en sus respectivas y definidas competencias.

v. La adecuación y actualización de la fracción XXIX-J del artículo 73 permitirá la expedición de una nueva Ley Reglamentaria en la materia de la que podrán emanar un determinado grupo de reglamentos que complementen la legislación en materias como:

- a) Deportistas de alto rendimiento;
- b) Disciplina deportiva;
- c) Dopaje;
- d) Reconocimiento de la formación y titulación de los técnicos y entrenadores deportivos;
- e) Prevención de la violencia en los eventos y espectáculos deportivos;
- f) Registro y reconocimiento de asociaciones deportivas nacionales;
- g) Conformación de delegaciones representativas nacionales, y
- h) Regulación laboral especial de los deportistas profesionales, complementario de la Ley Federal del Trabajo.

En virtud de lo anterior, cabe resaltar que el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura física y el deporte, significará para los poderes del Estado la asunción definitiva de un compromiso encaminado al aseguramiento del bienestar social de nuestra sociedad, lo cual claramente reflejará el establecimiento de una nueva etapa en el desarrollo del Estado Mexicano... se trata de la inserción de la cultura física y el deporte en los ordenamientos jurídicos y aún más cuando se promueve su incorporación al derecho positivo mexicano desde su constitucionalización como un derecho social, cuestión sin duda alguna novedosa que directamente incidirá en nuestro contexto normativo y doctrinal. El derecho al deporte, aparece ligado a la concepción de lo que debe ser la actuación de los poderes públicos y el bienestar que éstos deben deparar a sus ciudadanos, el deporte, dotado de respaldo constitucional, se convierte en aspecto señero de la idea de calidad de vida que el Estado debe procurar a sus gobernados. Por lo tanto esta comisión dictaminadora, considera que la incorporación de las reformas propuestas, sin duda alguna enriquecerán el actual marco jurídico nacional y consagrarán la existencia en nuestro derecho positivo de una nueva materia inexistente en el país, como la del derecho público del deporte, permitiendo a nuestras comunidades universitarias, docentes e investigadores entre otras interesadas, a participar en el desarrollo jurídico de esta área de vital importancia para la vida nacional.

Hasta aquí son claros los motivos que han llevado al legislador mexicano a la constitucionalización del derecho a la cultura física y el deporte: la inserción en el texto jurídico de mayor envergadura en nuestro ordenamiento jurídico implica el reconocimiento del derecho a la cultura física y el deporte, entendido esto como el requisito indispensable para su concreción en la realidad. Sin embargo, la duda que emerge es cómo ese texto legal se proyectará en la vida diaria de los gobernados, la cual se disipa en la medida que se efectúa el análisis del segundo enfoque propuesto, y que implica entrever la estrategia dirigida al estímulo, fomento, protección y garantía del derecho a la cultura deportiva y el deporte, a través de la implementación de acciones públicas que tiendan a visibilizarlo como un derecho. Dicho de otro modo, la intervención del Estado deberá estar plenamente dirigida a la articulación de políticas públicas que proyecten el deporte y la cultura física como un derecho; veremos cómo ha sido esto. Y producto de este devenir histórico es que la redacción del artículo 4o. Constitucional en su parte conducente reza del modo siguiente: “ Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica



del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.

Pero cabe cuestionarse cuál es la verdadera trascendencia de la inmersión del derecho al deporte y la cultura física en el ordenamiento jurídico mexicano a través de la previsión del mismo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual presupone que la reivindicación del deporte como un derecho humano no debe circunscribirse únicamente al marco de su consagración positiva en las Constituciones, pues se estaría relativizando el verdadero alcance del valor del mismo y desconociéndose que, en gran parte, se comenzó a reconocer por iniciativa de las organizaciones deportivas, gubernamentales o no, en cuyo seno se reconoció inicialmente el acceso a la práctica y conocimiento del deporte como valedero para el pleno desarrollo de la personalidad humana. Reconociendo ello, se está afirmando que estos derechos... significan un catálogo de exigencias que la consecución plena de la dignidad de la persona humana impone en la actualidad a toda organización jurídico-política, al igual que los derechos civiles y políticos, configurándose como plenos derechos subjetivos, en la medida en que se les valide tal condición en los respectivos ordenamientos jurídicos. Y su eficacia jurídica dependerá de las concretas posibilidades reales de ejercicio y protección jurídica con que cuenten dentro de los ordenamientos jurídicos a partir del reconocimiento extensivo que a los mismos se haga de los elementos caracterizadores de los derechos fundamentales. Así, en relación con el derecho al deporte, lo trascendental en la búsqueda de la eficacia y aplicabilidad directa y del debido control judicial, como muestra de aquéllos, será la determinación de los ejes mínimos de protección.<sup>16</sup>

#### IV. CONTENIDO DEL DERECHO AL DEPORTE Y LA CULTURA FÍSICA

Este apartado tiene como finalidad desarrollar el contenido del derecho al deporte y a la cultura física; a partir de ello, analizaremos sus elementos y, por último, la trascendencia que el reconocimiento de este derecho por el ordenamiento constitucional tiene en el escenario jurídico mexicano. Esto último dará lugar al estudio de la naturaleza del derecho al deporte, entendido como un derecho de tipo económico, social y cultural, y las

---

<sup>16</sup> Pachot Zambrana, Karel Luis, “El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, julio-diciembre de 2016, pp. 119 y ss.

consecuencias que de esto se desprenden; esto último será la pauta introductoria al estudio de una peculiaridad del derecho que analizamos: no ha sido previsto en ningún instrumento internacional vinculante en materia de derechos fundamentales.

Una primera aproximación al contenido del derecho fundamental a la cultura física y deporte podría ser considerarlo como la prerrogativa que tiene toda persona a desarrollar actividades predominantemente físicas de manera individual o colectiva, con fines recreativos o competitivos, de forma preferentemente organizada y sujeta a normas para su desarrollo, las cuales son reconocidas en el entorno territorial en que se desarrollan como actividad deportiva. Esta definición no pretende señalar que este derecho es exclusivo de quienes se dedican de manera permanente o profesional al deporte, ni ocuparse sólo de actividades deportivas consideradas como olímpicas, ni sólo de aquellas actividades que cuenten con una organización nacional o internacional que las regule. El núcleo esencial de este derecho es la posibilidad que tiene una persona de desarrollar la actividad física (no comprendida como cualquier movimiento motriz del cuerpo humano) de su preferencia en el nivel o intensidad que comúnmente lo hace.<sup>17</sup> Sus titulares podrán acceder a la práctica, preparación, conocimiento y competición de la modalidad o disciplina deportiva elegida, libre y voluntariamente, sin poder causar agravio ni lesión a los derechos o intereses legítimos de terceros, demandando una necesaria intervención pública el deporte aficionado, participativo, de masas, recreativo para todos, popular o de entretenimiento, donde concurren a su práctica las personas de modo voluntario, con la finalidad de contribuir a la integración en plenitud de una vida social, en la promoción de la salud, educación y preservación del medio ambiente.<sup>18</sup> Esto, dicho de otro modo, le ofrece al titular la facultad de exigirle el acceso a la educación física y cultura física, la posibilidad de desarrollar bienestar y capacidades, sean estas físicas, psicológicas y sociales, por medio del deporte y la cultura física, a través de una oferta inclusiva y adaptada a las necesidades de todos los grupos sociales, cuya distinción pueda basarse en el sexo, la edad, la condición social y las aptitudes físicas, así como la participación en la toma y supervisión de decisiones en la materia.

---

<sup>17</sup> Castilla Juárez, Karlos A., “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana, *Fair Play*”, *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Barcelona, bimestral, 2013, pp. 96 y ss.

<sup>18</sup> Pachot Zambrana, Karel Luis, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

No obstante todo lo anterior, una cuestión está pendiente: la relacionada con su carácter de *derecho económico, social y cultural*,<sup>19</sup> esto es, la comprensión del derecho al deporte y a la cultura física como una especie de prerrogativa reconocida por el Estado relacionada con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, al agua, a la atención a la salud y a la educación,<sup>20</sup> los cuales buscan garantizar condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir, constituyéndose como prerequisites para el disfrute de algunos derechos civiles y políticos.<sup>21</sup>

Estos derechos tienen como finalidad proporcionar el acceso de todos los ciudadanos a un mínimo vital indispensable, al bienestar entendido en su plena acepción, sin agotarse en sus contenidos meramente materiales, los cuales se viven frente al Estado y a través del Estado.<sup>22</sup> De tal forma que al Estado le corresponde no únicamente procurar los medios materiales indispensables para el sostenimiento de los ciudadanos, sino también mejorar la calidad de vida. Esta actitud estatal garantiza la procura existencial, la satisfacción de las condiciones básicas de la existencia, lo que, entre otras medidas, exige al Estado realizar una serie de prestaciones sociales, por

<sup>19</sup> Esta afirmación no ha sido del todo aceptada por los teóricos, puesto que la dificultad para entender el deporte como un derecho descansa en lo indeterminado de su naturaleza. Algunos teóricos lo sitúan como un derecho derivado de otros: su materialización implica derechos como el derecho de asociación, educación y a la vida cultural. Otros sostienen la independencia del mismo, aun y cuando para su ejercicio en plenitud necesite de la acción integrada o conjunta de otras libertades o derechos públicos.

<sup>20</sup> “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales folleto informativo 33”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 3.

<sup>21</sup> Bazán, Víctor y Quesada, Luis Jimena, *Derechos económicos, sociales y culturales cómo se protegen en América Latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 3 y ss.

<sup>22</sup> La mención “a través del Estado” hace referencia al superado posicionamiento que pugnaba por la división de derechos fundamentales cuyo ejercicio suponía la abstención del Estado y en otros supuestos la acción del mismo. Sin embargo, y siguiendo a Cass R. Sunstein, en *El costo de los derechos*, ningún derecho podrá disfrutarse ante la inacción del Estado. Por tanto, la expresión “a través del Estado” hace referencia a la necesaria intervención del Estado como pre-condición indispensable en el disfrute de los mismos.

lo que la intervención del Estado en materia deportiva resulta necesaria, dado el interés (nosotros acotaríamos obligación) de fomentar o promover la actividad deportiva: el deporte aparece entonces íntimamente ligado a la concepción de lo que debe ser la actuación de los poderes públicos y el bienestar que éstos deben deparar a sus ciudadanos; el deporte, dotado de respaldo constitucional, se convierte en aspecto señero de la idea de calidad de vida que el Estado debe procurar.<sup>23</sup>

Lo anterior es, más que elucubraciones teóricas, situar el derecho al deporte y a la cultura física como un derecho dentro del catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica hacerle extensivo el catálogo de obligaciones derivadas de la suscripción por parte de México del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las cuales habrán de desplegarse en la búsqueda de la materialización de los mismos. Tres son los tipos de obligaciones: respetar, proteger y realizar.

Las primeras buscan asegurar que el Estado se abstenga de interferir en el disfrute del derecho; proteger implica impedir que otras personas interfieran el disfrute del derecho, y realizar entraña la necesaria adopción de medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho.

La adopción de medidas, específicamente las legislativas, tiene como finalidad el trascender hacia la adopción de políticas públicas que concreten los derechos económicos, sociales y culturales. De tal forma que al haberse efectuado el reconocimiento constitucional de los derechos lo que se busca es lograr un acceso justiciable de los mismos. Paralelamente, es necesario concientizarse acerca de la imposibilidad de lograr la plena efectividad de estas prerrogativas inmediatamente, y considerar que ésta se llevará a cabo progresivamente, por lo que la previsión de una flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurará la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Empero, el Comité concuerda en que a cada Estado le corresponde por lo menos satisfacer niveles mínimos o esenciales de aseguramiento de cada uno de los derechos.<sup>24</sup> Ello se traduce en que al haberse reconocido en el texto constitucional el derecho a la cultura física y del deporte, se

---

<sup>23</sup> Arnaldo Alcubilla, Enrique, *El régimen constitucional del deporte*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 35 y ss.

<sup>24</sup> “Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales núm. 2 Medidas internacionales de asistencia técnica y Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, folleto informativo núm.

requiere un nuevo modelo de organización estatal, una transformación del Estado para que los poderes públicos se asuman como promotores eficaces de este derecho, teniéndose en cuenta que esta constitucionalización no se refiere sólo a la libertad de practicar deporte, sino de exigir una incorporación de todas las personas a la cultura física y la promoción de la práctica del deporte en sus diferentes manifestaciones. El derecho a la cultura física y al deporte es un derecho que conlleva prestaciones a cargo del Estado; implica el traspase de las decisiones sobre diseño de prioridades, de distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. El gasto público destinado a la promoción, fomento y estímulo del deporte tendrá que tener una relación directa con el bien jurídico que requiere ser protegido. De manera tal que al haber establecido el legislador que toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte, se debe entender que todos éstos estarán garantizados, por lo que resulta necesario establecer parámetros de actuación en función de cada subsistema de este derecho, las acciones a desarrollar por parte del Estado para satisfacer el derecho tutelado y, con base en esto, distribuir los recursos económicos suficientes para garantizarlos.<sup>25</sup>

Nos encontramos, entonces, frente a la necesidad de adoptar medidas que de manera paulatina tiendan a lograr la concreción de este derecho dentro de un plazo razonable, puesto que hemos superado ya la etapa de adopción de medidas legislativas —ya contamos con el sustento constitucional y el marco jurídico reglamentario—; los esfuerzos deben volcarse en la adopción —entre otras— de políticas públicas concretas encaminadas a hacer efectivo el derecho ya reconocido en nuestra Constitución.<sup>26</sup> Por lo tanto, es dable concluir que es posible aseverar que el propósito fundamental de este derecho es asegurar el pleno desarrollo de la personalidad humana.

En este sentido, el derecho al deporte (y en nuestro país) y a la cultura física, comprendido como una manifestación de las personas que contribuye a configurar la gama de derechos inviolables del hombre, implica también

---

33, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>.

<sup>25</sup> Flores Fernández, Zitlally, “El derecho a la cultura física y a la práctica del deporte en México. Su reconocimiento en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, cuarta época, año XVII, núm. 211, enero de 2013, pp. 55 y ss.

<sup>26</sup> El lector puede tomar en consideración el contenido de la “Observación general núm. 3, la índole de las obligaciones de los Estados partes” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

el consecuente reconocimiento de la preexistencia del derecho a la práctica de las actividades deportivas respecto a la existencia del Estado. En esta sintonía, el derecho a la práctica de las actividades deportivas, entre los derechos inviolables del hombre, refiere:

- A la práctica del deporte desenvuelta en lo singular.
- A la práctica del deporte como un fenómeno interesante en la cual se ven inmiscuidos una pluralidad de individuos no organizados en una agrupación social, pero reunidos en virtud de la naturaleza misma de la actividad que se desarrolla.
- A la práctica del deporte desarrollada en organizaciones o agrupaciones estructuradas.<sup>27</sup>

#### V. EL DERECHO AL DEPORTE Y LA CULTURA FÍSICA: ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE LO REGULAN

Tal y como lo hemos adelantado, el derecho al deporte y a la cultura física no se encuentra reconocido por ningún ordenamiento jurídico en materia de derechos humanos —en el sistema de protección americano—; ni la Convención Americana de Derechos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconocen. Por el contrario, sólo la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte de 1978, adoptada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reconoce en los términos siguientes este derecho:

Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad. El derecho a desarrollar facultades físicas, intelectuales y morales por medio de la educación física y el deporte deberá garantizarse tanto dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social. Cada cual de conformidad con la tradición deportiva de su país, debe gozar de todas las oportunidades de practicar la educación física y el deporte, de mejorar su condición física y de alcanzar el nivel de realización deportiva correspondiente a sus dones. Se han de ofrecer oportunidades especiales a los jóvenes, comprendidos los niños de edad preescolar, a las personas de

<sup>27</sup> Coccia Massimo *et al.*, *op cit.*, p. 21.

edad y a los deficientes, a fin de hacer posible el desarrollo integral de su personalidad gracias a un programa de educación física.

Su homólogo iberoamericano, la Carta Iberoamericana del Deporte, cuya adopción busca constreñir a los signatarios al fomento y difusión del deporte como factor fundamental de desarrollo integral del ser humano con el objetivo de:

Contribuir a que todos los sectores de la población tengan acceso a los beneficios de la práctica de la educación física, el deporte y la recreación, garantizando a todo los niños y los jóvenes la participación en planes y programas de educación física, deporte y recreación que desarrollen sus potencialidades físicas, morales, éticas e intelectuales, se asegure a todos la posibilidad de que practiquen el deporte y actividades físicas y recreativas, en un medio ambiente seguro y sano, desarrollando con la cooperación de organismos deportivos, programas prioritarios que favorezcan a niños y jóvenes, la mujer, la tercera edad, los discapacitados, campesinos, trabajadores y los pueblos indígenas, asegurando a todo deportista que posea condiciones para el alto rendimiento, la posibilidad de mejorar su capacidad competitiva y representar a su país en el concierto internacional. Proteger y salvaguardar las bases morales y éticas del deporte así como la dignidad humana y la seguridad de los que participan en actividades deportivas. Velar por la prevención del uso de sustancias prohibidas, esto dentro del concepto de educación permanente...

Considerar lo anterior es fundamental, puesto que la fuerza del derecho al deporte y la cultura física en el ordenamiento jurídico mexicano habría sido notablemente diferenciable de contemplarse dentro del catálogo de derechos previstos por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en contraposición a las cartas del Deporte. Sin embargo, hacia nuestros días, esa distinción resulta irrelevante, puesto que existe ya un reconocimiento del carácter fundamental del derecho al deporte y la cultura física en México, lo cual ha dado lugar a la expedición de la ley reglamentaria del contenido del artículo 4o. constitucional. La Ley General de Cultura Física y Deporte es el cuerpo jurídico encargado de reglamentar el último párrafo del artículo 4o. constitucional, la cual se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2013.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> El autor ha considerado oportuno resaltar el desfase temporal en que se incurrió al publicar este ordenamiento jurídico, puesto que, conforme al contenido del artículo segun-



## VI. INCIDENCIA DEL DERECHO AL DEPORTE Y A LA CULTURA FÍSICA

Durante el desarrollo de este trabajo se ha hecho un fuerte hincapié en la interconexión del derecho fundamental al deporte y la cultura física en relación con otros derechos de la misma naturaleza; interdependencia entendida como condición necesaria para que el grado de concreción de otros derechos no se vea menoscabado, sin que ello derive en el entendimiento del derecho al deporte y a la cultura deportiva como una expresión, categoría o subdivisión de derechos fundamentales, tales como salud, educación o trabajo, puesto que ya hemos insistido en su naturaleza independiente y genuina. Por esto, el derecho al deporte es interdependiente, esto es, guarda estrechas relaciones con otros derechos, como son la vida, la salud, la integridad personal, la educación, mínimo vital y, en última instancia, con la dignidad de las personas. Es un derecho que no sólo incide en una dimensión individual, sino sobre todo colectiva, por el papel que puede tener para promover una cultura sana, valores, armonía, la autoestima y una relación armónica con los demás, esto es, una cultura de paz. Este derecho no sólo se desdobra en una dimensión del deporte de alto rendimiento, sino que implica la promoción de todas las prácticas deportivas, a todos niveles, desde los niños que tienen contacto con el sistema educativo nacional a nivel preescolar, pasando por todos los niveles educativos, implicando no sólo garantizar su acceso en las mismas condiciones, sino de promover a quienes se encuentran en una situación de rezago.<sup>29</sup>

Por ello, se parte del entendimiento del derecho al deporte y a la cultura física como la obligación a cargo del Estado de proporcionar las condiciones necesarias a los gobernados que permitan el acceso al oportuno desarrollo de actividades deportivas, así como al conocimiento acerca de las cualidades motrices de su cuerpo y los beneficios que el desempeño de movimientos constantes traen aparejados, el cual indiscutiblemente es un derecho fundamental, del cual conviene, sin embargo, precisar a cuál categoría pertenece, puesto que organismos internacionales, en el desempeño de sus labores administrativas de los instrumentos en mate-

---

do transitorio del decreto de reforma constitucional publicado el 12 de octubre de 2011, la legislación reglamentaria debió de haberse expedido dentro del plazo de un año contado a partir de la publicación del propio decreto, situación que no ocurrió.

<sup>29</sup> Lagarda Burton, Xóchitl, *El derecho humano a la cultura física y el deporte*, disponible en: <http://coparmex.org.mx/el-derecho-humano-a-la-cultura-fisica-y-el-deporte/>.

ria de derechos fundamentales, distinguen las obligaciones inherentes a cada uno de éstos, y que no puede ser otra que la de derecho económico, social y cultural.

De lo anterior, y retomando lo ya anotado, se desprende que las políticas públicas, en el entendido que son una forma atomizada de decidir y ejecutar acciones de gobierno, representan la oportunidad idónea en el despliegue de la maquinaria institucional, que permita en efecto lograr los compromisos adquiridos, bajo el esquema de la constitucionalización del derecho en comento, la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las no menos relevantes cartas del deporte, por lo cual el diseño de una estrategia específica deviene obligada. Para el autor no pasa desapercibida la existencia del sistema nacional de cultura física y deporte, que es una súper estructura a nivel federal cuya existencia se justifica en la medida en que las acciones de coordinación, seguimiento y evaluación de programas, acciones y procedimientos que formen parte de la ejecución de las políticas públicas que tengan por objeto, precisamente, el fomentar y estimular la cultura física y la práctica del deporte, deban seguir la pauta establecida. El sistema está conformado por una multiplicidad de instituciones del más alto nivel, que si bien dan respuesta a una de las formas en las cuales los Estados van cumplimentando los derechos económicos, sociales y culturales, lo cierto es, y desde la opinión del autor, que la forma atomizada y tanto más poderosa de incidir en la concretización de estos derechos es el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, por lo cual aun con la existencia de instituciones coordinadas sin programas específicos, no existe rumbo por transitar.

Una prueba de ese nuevo enfoque es la que el Programa Nacional de Cultura Física y Deporte 2014-2018 contempla, al identificar como una de las áreas de oportunidad del sistema deportivo mexicano la activación y el deporte como alternativas para el cuidado de la salud como prioridad, de manera que el deporte podrá ser entendido como una acción transversal que mitigue el escaso impacto y la ineficiencia que el mismo ha tenido en la sociedad, por lo cual se buscará erradicar el sedentarismo de la población. Para ello, se ha diseñado una estrategia que tienda a la incorporación del deporte a las políticas de salud con los objetivos siguientes:

- Ofrecer capacitación en materia de actividad física y salud a los médicos familiares y de atención primaria.

- Impulsar la colaboración interinstitucional con los institutos de seguridad social y deporte municipal y estatal en conjunto con la Secretaría de la Salud.
- Crear una red de centros homologados de medicina deportiva y reconocimientos médicos-deportivos oficiales.<sup>30</sup>

Pero dicha perspectiva había sido ya abordada a nivel internacional con anterioridad en el seno de la Organización Mundial de la Salud, al reconocer a la actividad física como un factor de crucial importancia en el mejoramiento de la salud, puesto que la Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud de 2004 establece un estudio integral acerca de la necesidad de insertar el enfoque de la salud y la actividad física con miras a diseñar e implementar políticas públicas que centren el deporte como un medio de prevención y reducción de enfermedades no contagiosas. Este enfoque de 2004 encuentra un eco mayor en el documento denominado Recomendaciones Mundiales sobre Actividad Física para la Salud de 2010, el cual insta a los gobiernos de cara a la adopción de medidas que centren a la actividad física y el deporte como pilares sobre los cuales se fundamenten las políticas nacionales y la intervención de la salud pública; el establecimiento de metas y objetivos por alcanzar en materia de promoción de la actividad nacional en la totalidad del territorio de los Estados parte; al fomento de la participación intersectorial; la asignación de recursos monetarios que permitan materializar dicho derecho, y la facilitación de mecanismos que vigilen y controlen la evolución de la actividad física en la población.<sup>31</sup>

## VII. EVALUACIÓN DEL DERECHO AL DEPORTE Y A LA CULTURA FÍSICA EN MÉXICO

Partiendo de lo anterior, válidamente puede cuestionarse el lector cómo vamos en México en la materialización de este derecho al deporte y a la cultura física a casi siete años de su constitucionalización. Para tratar de responder ese cuestionamiento debe recordarse que es compromiso del Estado la intervención para su estímulo, fomento, protección y garantía del derecho a

<sup>30</sup> *Programa Nacional de Cultura Física y Deporte 2014-2018*.

<sup>31</sup> *Recomendaciones mundiales sobre actividad física para la salud*, Organización Mundial de la Salud, 2010, p. 11.

la cultura deportiva por medio de acciones públicas, las cuales, en primera instancia, encuentran fundamento en la Ley General de Cultura Física y Deporte, y decimos en primera instancia ya que de ésta se derivan algunos otros documentos de relevancia, tal como el Plan Nacional de Desarrollo o el Programa Nacional de Cultura Física y Deporte, que en un análisis conjunto muestran el grado de concreción —por lo menos en estrategia— del derecho a la cultura física y deporte en México, por lo cual conviene detenerse en su estudio. La mayor relevancia de la Ley General de Cultura Física y Deporte estriba en el establecimiento de directrices que guían el procedimiento de promoción, fomento y estímulo de la cultura física y el deporte y que consisten en las siguientes actividades:

- 1) Difusión del contenido y valores comprendidos por la cultura física y deportiva.
- 2) Promoción, fomento y estímulo de actividades relacionadas con competencias deportivas.
- 3) Promoción, fomento y estímulo de investigaciones sobre la cultura física.
- 4) Promoción, fomento y estímulo a nivel nacional de una cultura deportiva que haga del deporte un bien social y un hábito.
- 5) Difusión del patrimonio cultural deportivo.
- 6) El otorgamiento de apoyos en dinero o especie, capacitación, asesoría, asistencia y gestión por las autoridades competentes.
- 7) La construcción, remodelación, ampliación, adecuación, mantenimiento, conservación y recuperación de instalaciones para la atención de la demanda social.
- 8) Promoción, coordinación e impulso de la enseñanza, investigación, difusión del desarrollo tecnológico, aplicación de conocimientos científicos relacionados con la activación física, cultura física y deporte, construcción de centros de enseñanza y capacitación de actividades.

Adicionalmente, reconoce el texto legal la necesidad de contar con el respaldo de la totalidad de las instituciones gubernamentales, deportivas y educativas en el acceso a la educación física, actividad física y deporte, debiendo asignársele un lugar preponderante dentro del sistema educativo, particularmente a nivel primaria y secundaria, en los cuales el desarrollo de estas actividades debe efectuarse de manera cotidiana en la vida de

niños y jóvenes. Si bien es cierto esta ley reglamentaria se encuentra un paso adelante de la mera existencia de legislación, al contemplar acciones concretas, lo cierto es que retoma dicho enfoque al precisar la obligación a cargo de las autoridades públicas y entidades inmiscuidas en el estímulo y promoción del deporte de elaborar y aplicar leyes y reglamentos, definir planes nacionales de desarrollo del deporte con objetivos claros, y adoptar todas las demás medidas de estímulo de la educación física, la actividad física y el deporte, comprendiéndose la prestación de asistencia material, financiera y técnica, y abordando un punto fundamental en materia de derechos fundamentales, no olvida acentuar la relevancia de la inversión constante a cargo del Estado como muestra del compromiso con la causa, a través del necesario incremento en las asignaciones presupuestarias para la oferta pública de programas de educación física de calidad. Por último, se recalca la obligatoriedad de mantener y proporcionar espacios, instalaciones, equipos y opciones indumentarias adecuados y seguros; proporcionar y optimizar instalaciones, servicios y equipos destinados a la causa, teniéndose en cuenta las posibilidades y condiciones que ofrece el entorno natural, la planificación urbana, rural y del transporte.

Este es el panorama de la Ley General de Cultura Física y Deporte, pero tal y como lo habíamos señalado, de ella derivan cuestiones de relevancia tal que han de quedar plasmadas en el documento que guía el desarrollo de la administración pública de manera sexenal: el Plan Nacional de Desarrollo. Por lo tanto, y a partir de 2013, en la planeación nacional debe tomarse en consideración el desarrollo de la cultura física y el deporte.<sup>32</sup> Aquí conviene hacer una pausa. Si se traza una línea del tiempo, la reforma constitucional se sitúa al final del sexenio comprendido de 2006 a 2012, esto es, hacia 2011, a poco menos de un año de concluir el mandato de la administración federal quedaba poco margen de actuación institucional; no obstante lo anterior, el Plan Nacional de Desarrollo ya preveía el diagnóstico y plan de acción en la inclusión del deporte en la agenda pública.

El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2013 se asienta en cinco ejes: *i)* Estado de derecho y seguridad; *ii)* economía competitiva y generadora de empleos; *iii)* igualdad de oportunidades; *iv)* sustentabilidad ambiental, y *v)* democracia efectiva y política exterior responsable, pero acaso a nosotros nos resulta útil sólo el tercer eje: *igualdad de oportunidades*, que consiste en apuntar a la igualdad de oportunidades como promotor del desarrollo y

<sup>32</sup> Conforme al artículo 9o. de la Ley General de Cultura Física y Deporte.

bienestar de los mexicanos, por lo cual debe figurar como un objetivo de la política social.

Este tercer eje, a su vez, se haya atomizado en diversos apartados, de los cuales *superación a la pobreza y cultura, arte, recreación y deporte* contienen las estrategias por llevar a cabo en el impulso del deporte, por lo que su análisis resulta obligado.

El eje “3.1 superación de la pobreza” busca consolidar políticas públicas que continúen fortaleciendo el acceso a servicios básicos, y al mismo tiempo coordinar la política social y económica para elevar el ingreso y el empleo de la población en general, especialmente de aquella que se desenvuelve en condiciones precarias. Para su consecución, el objetivo 12 propone la impartición de educación integral en la totalidad del sistema educativo, la cual, para ser completa, debe abordar junto con las habilidades para aprender, aplicar y desarrollar conocimientos, el aprecio por los valores éticos, el civismo, la historia, el arte y la cultura, idiomas y la práctica del deporte, eliminándose la diferencia central entre el sistema de educación público frente al privado, que es precisamente dicho enfoque integral.

De allí que la estrategia 12.8 obligue a la totalidad de los planteles escolares a la inclusión de las actividades físicas y el deporte dentro del sistema educativo, con el consecuente abatimiento de la obesidad y el sedentarismo, contribuyéndose a la mejor de las condiciones de vida de los mexicanos.

El segundo eje, “3.8 cultura, arte, recreación y deporte”, al buscar el fortalecimiento de las manifestaciones culturales de México, presta especial atención a las políticas públicas que incidan en el arte, el deporte y la recreación, al considerarlas actividades centrales para la salud y vitalidad de la sociedad, impulsándose también la práctica del deporte en sus diversas manifestaciones para que más mexicanos se ejerciten y se superen a sí mismos. Todo ello queda plasmado en el objetivo 23, cuya finalidad es el fomento a la cultura de la recreación física, promotora de la realización de algún ejercicio físico o deporte por la totalidad de los mexicanos; reflejado en la estrategia 23.1, la formación y consolidación de una cultura deportiva entre todos los grupos sociales y de edad, y en todas las regiones del país, y la estrategia 23.2, enfocada al desarrollo de infraestructura deportiva y maximización de los espacios públicos abiertos dedicados a la promoción de la práctica de deportes, mientras se alienta la construcción de infraestructura deportiva y se procura la multimodalidad de la misma.

El siguiente esquema de trabajo sexenal propuso la persecución de cinco pilares: *i) México en paz; ii) México incluyente; iii) México con educación*

de calidad; iv) México próspero, y v) México con responsabilidad global. Desarrollado en una especie de acto reflejo, es el tercer eje el que contiene lo relativo al deporte y la cultura física. Este plan sexenal de trabajo percibe al deporte como un pilar esencial para contar con una sociedad saludable y con cohesión social. El impulso a esta actividad se concibe como un fin en sí mismo, con implicaciones positivas en todos los aspectos de la sociedad, motivo por el cual se ha transformado en un objetivo fundamental del gobierno federal en curso; por ello se consideró necesario el desarrollo del talento deportivo en la juventud para promover una cultura de la salud,<sup>33</sup> a través del “Plan de acción III.2. Articular la educación, la ciencia y el desarrollo tecnológico para lograr una sociedad más justa y próspera”, el cual, en la búsqueda de la promoción del deporte de manera incluyente para fomentar una cultura de salud, se ha propuesto impulsar que la mayoría de la población tenga acceso a la práctica de actividades físicas y deportivas en instalaciones adecuadas, con la asesoría de personal capacitado. Asimismo, se debe promover el aprovechamiento total de la infraestructura deportiva nacional existente, recuperar espacios públicos para la actividad física y garantizar la adecuada planeación de la infraestructura del sector. Todo lo anterior fue plasmado en la estrategia de acción 3.4.1 del Plan Nacional de Desarrollo: *crear un programa de infraestructura deportiva* y que consiste en: i) contar con información confiable, suficiente y válida de las instalaciones existentes a nivel municipal, estatal y federal, para conocer el estado físico y operativo de las mismas; ii) definir con certeza las necesidades de adecuación, remodelación y óptima operación de las instalaciones deportivas, incluyendo las escolares; iii) recuperar espacios existentes y brindar la adecuada respuesta a las necesidades futuras que requieren los programas deportivos; iv) poner en operación el sistema de evaluación en materia deportiva que garantice la eficiencia de los recursos financieros invertidos en el deporte nacional. Paralelamente, la estrategia 3.4.2. *Diseñar programas de actividades físicas y deporte diferenciados para atender las diversas necesidades de la población* propuso la creación de un programa de actividad física y deporte tendente a la disminución de los índices de sobrepeso y obesidad; facilitar la práctica deportiva sin fines selectivos, con un enfoque que promueva la adquisición de valores para el trabajo en equipo, respeto a

---

<sup>33</sup> Con base en el contenido del Plan Nacional de Desarrollo, hacia 2012 se contaba con 1,200 espacios activos que prestan servicios a más de 700,00 habitantes de manera mensual, y alrededor de 4,900 centros del deporte escolar y municipal que atienden a 12 millones de niños, jóvenes y adultos, sin que la demanda esté aún cubierta.



las reglas y obtención del éxito mediante el esfuerzo individual y colectivo; estructurar con claridad dos grandes vertientes para la práctica de actividades deportivas: deporte social y deporte de representación, y facilitar el acceso a la población con talentos específicos al deporte estrictamente selectivo.

Por último, y quizá el más aterrizado esquema de trabajo, es el Programa Nacional de Cultura Física y Deporte 2014-2018, cuyo sustento se encuentra asimismo en la Ley General de Cultura Física y Deporte, que condensa los objetivos, estrategias y líneas de acción que buscan incorporar, en el modo de vida cotidiano, la actividad física y deportiva, vista como un mecanismo de mejora en la calidad de vida, el fomento a la salud y la sana convivencia por medio de la consecución de 5 objetivos disgregados en sendas estrategias. De esas 5 estrategias, sólo tres nos resultan útiles para los efectos de este trabajo: *i)* “Aumento en la práctica del deporte social para mejorar el bienestar social de la población”; *ii)* “Mejorar la infraestructura deportiva del país al garantizar la óptima operación tanto de la ya existente, como de aquella que sea de nueva creación para acercar la práctica del deporte al ciudadano”; *iii)* “Impulsar la gestión del deporte desde una perspectiva transversal para incidir en la vida de las personas”. La primera de éstas es un esquema que busca potencializar la práctica del deporte desde la unidad de división territorial más pequeña en México: el municipio, ello por medio de la formación de esquemas deportivos y capacitación técnica; “mejorar la infraestructura deportiva del país al garantizar la óptima operación tanto de la ya existente, como de aquella que sea de nueva creación para acercar la práctica del deporte al ciudadano”; es un área de oportunidad que busca incrementar y aprovechar la infraestructura deportiva, por lo que el énfasis debe aplicarse no sólo en el aumento cuantitativo de las instalaciones, sino también en el cualitativo. Y es aquí donde se muestra la necesaria incursión de la inversión privada a la par del sector público, de manera tal que se dinamice el crecimiento tanto en la construcción como en la gestión de centros deportivos y de uso social y comunitario, y, por último, “Impulsar la gestión del deporte desde una perspectiva transversal para incidir en la vida de las personas”, es probablemente el objetivo de mayor envergadura e impacto, puesto que incide en el factor humano o social de nuestro país, al intentar mutar la concepción del deporte como un hecho aislado sin proyección o repercusión en otras áreas de la vida. Se trata, pues, de mostrarlo como un factor de cambio social: en lo educativo, en la salud, en el empleo, en lo económico y como factor de cohesión social.

Una vez que el lector conoce en su amplio espectro el derecho al deporte y a la cultura física en México, sólo resta a modo de propuesta abordar la actuación del órgano de la administración pública federal encargado de ejecutar lo relacionado con la materia: la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte, misma que conforme a la Ley General de Cultura y Deporte es un organismo descentralizado que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio y que medularmente tiene el deber de proponer, dirigir, ejecutar, evaluar y vigilar la política nacional relacionada con la cultura física y el deporte, de la cual debemos señalar su necesaria reformulación orgánica en aras de la construcción de un garante real del derecho humano al deporte y a la cultura física.

Este es pues el panorama del derecho al deporte y la cultura física en México. Como el lector podrá apreciar, existe voluntad política en transitar hacia un diseño mucho más estructurado en materia de planeación de las acciones que darán paso del texto jurídico a la realidad social de las prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico mexicano. Pero nuestra crítica pudiera efectuarse hacia el tinte inminentemente político de las mismas, y es que al igual que acontece en muchos otros aspectos, las rutas, programas, iniciativas, instrumentos y diseños institucionales que se encuentran son de corte sexenal, y es por todos reconocido que ese término perentorio acota el impacto de cualquier política pública, de tal forma que los recursos vertidos y proyecciones efectuadas quedan trucas en su aplicación, sujetas siempre al vaivén del titular del Ejecutivo Federal, cuya tendencia es lamentablemente denostativa hacia lo hecho en el pasado, por lo cual sería interesante considerar la posibilidad de abrir tópicos cuya relevancia en la social sea tal que su diseño e implementación no quede sujeto a lo meramente sexenal, entre los cuales, ciertamente, el deporte y la cultura física habrán de ubicarse.

Al margen de lo anterior, aunque vinculado, aparece el tema de la sinergia entre el gobierno como agente activo en la ardua tarea de establecer las condiciones que permitan el disfrute de estos derechos, en relación con el sector privado. Tópico que la Carta Iberoamericana del Deporte contempla al establecer: “Para la realización de los objetivos de la presente carta es esencial una estrecha relación entre las organizaciones deportivas gubernamentales y no gubernamentales...”, y que se encuentra replicada en la legislación nacional, ya que la Ley General de Cultura Física y Deporte reconoce la necesaria incursión de los entes privados en los términos siguientes:

El sistema deportivo mexicano en sus diferentes niveles de práctica y en los distintos ámbitos territoriales de actuación, necesita de una adecuada colaboración con el sector privado para posibilitar un impulso en la aplicación de inversiones y recursos que permita explorar nuevos horizontes. Los diferentes tipos de gestión en la aplicación de los principios de colaboración con el sector privado, representan una oportunidad para detonar inversiones con la construcción de instalaciones deportivas y la generación de nuevas áreas de negocio que complementen la oferta pública deportiva.

Nótese que la colaboración no sólo descansa en el diseño o implementación de acciones, sino que es preponderantemente económica; el papel del sector privado, a partir de la lectura integral de la ley general, busca incentivar la participación de los privados en la aportación de recursos monetarios que, en conjunto con lo presupuestado por el Estado, permitan potenciar el impacto de las inversiones, sin que por ello en estos entes coadyuvantes pueda descansar la obligación de dotar al gobernado de las prestaciones que el derecho al deporte y cultura física entrañan.

## VIII. CONCLUSIONES

Actividad física, cultura física y deporte son tres conceptos cuyo adecuado manejo garantizan el satisfactorio entendimiento del tema aquí planteado; la distinción estriba en que mientras la actividad física hace referencia a cualquier movimiento motriz, en el deporte, si bien abraza dichos movimientos, la intención con la cual se efectúan, así como la organización e institucionalización de los mismos, permiten su diferenciación. Por último, la cultura física es todo ese bagaje de conocimientos que orbitan en torno a los movimientos que con nuestro cuerpo podemos llevar a cabo.

El carácter de fundamental del derecho al deporte y la cultura física no puede ya discutirse; apelando tan sólo a su ubicación en el ordenamiento jurídico mexicano, el encontrarse previsto por la norma fundamental la discusión queda, para efectos prácticos, zanjada. Podría también argüirse que la simple mención del derecho por la Constitución no le imprime el carácter de fundamental, y es cierto. Su relevancia para el desarrollo de la vida humana, sus bondades en el desarrollo social son tales que son éstas las características que le otorgan el carácter de derecho humano, cuyo reconocimiento por el constituyente a nivel constitucional, lo tildan de derecho fundamental.

El reto se presenta ahora en la determinación de su naturaleza, que no es otra que la de un derecho económico, social y cultural, situación que no es mínima, ya que a partir de ésta se derivan una serie de obligaciones que el Estado mexicano debe afrontar en la búsqueda del cumplimiento de compromisos internacionales, entre las cuales la adopción de políticas públicas que fomenten, promuevan y garanticen la posibilidad de acceder, por un lado, al desarrollo de actividades motrices que abonen a la salud, desarrollo integral de los gobernados y fomenten la cohesión social, así como la adquisición de conocimientos acerca del tema, se ciernen como uno de los muchos caminos que permitirán la materialización de este derecho en México.

La tarea de dotar de esas condiciones mínimas a los gobernados, que les permitan acceder a la práctica del deporte y el bagaje de conocimientos sobre la materia conocidos como cultura física, no es ni puede ser una empresa propia del gobierno, sino que requiere, como en otras tantas áreas, apoyo y participación del agente privado. Ésta es pues una muestra de la clara interconexión de los agentes sociales que convergen en la creación, pero también en el funcionamiento del Estado.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique *et al.*, *El régimen constitucional del deporte*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BAZÁN, Víctor y QUESADA, Luis Jimena, *Derechos económicos, sociales y culturales cómo se protegen en América Latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- BERMEJO VERA, José, *Constitución y deporte*, Madrid, 1998.
- BERMEJO VERA, José, “Derecho al deporte. Los derechos fundamentales en el deporte”, en GONZÁLEZ MONTENEGRO, Sadara y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David (coords.), *Obra jurídica enciclopédica. Derecho del deporte*, México, Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2013.
- CARMEN CLEMENTE, Jalil Ascary del *et al.*, *Derecho deportivo mexicano*, Senado de la Republica, LX Legislatura-Asociación Mexicana de Investigación Jurídica Deportiva-Miguel Ángel Porrúa, Librero, 2008.

- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana, *Fair Play*”, *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Barcelona, bimestral, 2013.
- COCCIA, Massimo *et al.*, *Diritto dello sport*, Florencia, La Monnier Università, 2004.
- DASSIE, Roberta, “I diritti umani e lo sport”, *Revista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’ università Kore di Enna*.
- Educación física de calidad. Guía para los responsables políticos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, sector de ciencias sociales y humanas, 2015.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, “El derecho a la cultura física y a la práctica del deporte en México. Su reconocimiento en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, cuarta época, año XVII, núm. 211, enero de 2013.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David, *Derecho del deporte*, México, Flores, 2014.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David *et al.*, “Hacia la consolidación del derecho del deporte en México”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle*, México, núm. 11, año 6, julio de 2008.
- LAGARDA BURTON, Xóchitl, *El derecho humano a la cultura física y el deporte*, <http://coparmex.org.mx/el-derecho-humano-a-la-cultura-fisica-y-el-deporte/>.
- MANIATIS, Antonio, “El derecho al deporte”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 2, 2017.
- MANIATIS, Antonio, “La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario”, *Rivista italiana de diritto pubblico comunitaria*, Milano, año XIX, núm. 2, bimestral, 2009.
- “Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Social y Culturales núm. 2 Medidas internacionales de asistencia técnica y Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, folleto informativo, núm. 33, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, “El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, julio-diciembre de 2016.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El derecho del deporte y su forma de garantía en la sociedad del siglo XXI: una visión del derecho español”, en MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sadara y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David (coords.), *Justicia deportiva*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.

*Physical Education Curriculum Framework chapter I The nature of physical education*, <http://www.ed.gov.nl.ca/edu/k12/curriculum/documents/physed/ch1.pdf>.

*Política Pública de Deporte, Recreación y Actividad Física para Bogotá 2009-2019*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá Secretaría de Cultura-Recreación y Deporte y Dirección de Culturas Recreativas y Deportivas, 2009.

“Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales folleto informativo 33”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

REAL FERRER, Gabriel, *Derecho público del deporte*, Alicante, Civitas, 1991.

SOLAR CUBILLAS, Luis Vicente, “El «deporte para todos», cuestión de Estado. El deporte para todo en Europa y en España”, *Revista Española de Educación y Deportes -REEFD-*, España, año LXVII, núm. 409, 2o. trimestre, 2015.

STELITANO, Antonella, *Il diritto allo sport: evoluzione del concetto di diritto allo sport negli atti internazionali rilevanti*, disponible en: [https://www.iissbojano.gov.it/attachments/article/90/09\\_Stelitano.pdf](https://www.iissbojano.gov.it/attachments/article/90/09_Stelitano.pdf).

C

*Fecha de recepción:* 07 de junio de 2018.

*Fecha de aceptación:* 21 de octubre de 2018.



## Procesalismo constitucional: retos en la protección de los derechos humanos

### *Constitutional Processualism: Challenges in the Protection of Human Rights*

Renato GUGLIANO HERANI\*

**RESUMEN:** El estudio aquí presentado pretende analizar los retos del procesalismo constitucional. Es un importante movimiento científico en América Latina dedicado al estudio de la jurisdicción constitucional del punto de vista del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, con miras a constituir una nueva rama del derecho: derecho procesal constitucional. El procesalismo constitucional tiene una evolución que hoy le impone retos propios de su consolidación como rama jurídica, de orden substancial, metodológico y funcional. El estudio analiza cada uno de estos retos en algunos de sus principales aspectos temáticos.

**Palabras clave:** Procesalismo, constitucional, jurisdicción, retos, constitucionalismo, latinoamericano.

**ABSTRAC:** *The study given in this essay aims to analyse challenges of the constitutional processualism. It's an important scientific movement in Latin-American dedicated to the study of constitutional jurisdiction from the standpoint of constitutional law and procedural law, in order to build a new branch of law: constitutional procedural law. The constitutional processualism has an evolution that now follows the direction to consolidating as a branch of law, and has challenges of content, method and function natures. The study analyses each of these challenges in their main thematic aspects.*

**Keywords:** *Processualism. Constitutional. Jurisdiction. Challenges. Constitutionalism. Latin-American*

---

\* Profesor titular del Programa de Postgrado *Stricto Sensu* en Derecho Constitucional en la Facultad Autónoma de Derecho, Brasil; becario de la Fundación Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior; [renato@advgh.com.br](mailto:renato@advgh.com.br).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. III. *Retos temáticos del procesalismo constitucional*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

A comienzos del siglo pasado, el derecho constitucional incorporó entre sus temas los primeros estudios sobre los pioneros tribunales constitucionales europeos.<sup>1</sup> A partir de los años cincuenta, la expansión mundial de estos tribunales hizo que su modo especial de operar la jurisdicción despertase el interés del derecho procesal.<sup>2</sup> Desde entonces, de la alquimia de los estudios de constitucionalistas y procesalistas emergió el *procesalismo constitucional* como movimiento científico dedicado a la formación y desarrollo de los sistemas jurisdiccionales de solución de los conflictos normativo-constitucionales, inspirando a la formación de una disciplina jurídica autónoma: *el derecho procesal constitucional*.

Actualmente, se reconoce con más frecuencia la independencia del derecho procesal constitucional como disciplina, aunque siempre guardará con el derecho constitucional y con el derecho procesal, indisociable y eterna relación científica.

Mientras tanto, considerando las también inquietantes incertezas científicas y prácticas en torno de sus institutos, el derecho procesal constitucional aún carece de una sedimentación dogmática. Algunas de estas incertezas parecen repercutir en ciertos países latinoamericanos más que en otros. Es el caso del Brasil, donde el derecho procesal constitucional, a pesar de ganar espacio entre los doctrinadores (con la mayor presencia inclusive en las cátedras universitarias, mucho de ello por reflejar la intensa actuación del Supremo Tribunal Federal en la solución de conflictos de la más alta relevancia política y social en los últimos años), aún soporta resistencias para ser reconocido como una específica disciplina jurídica. Esa tendencia es visible al observar que aún son muchos los juristas brasileños que no distinguen el derecho procesal constitucional del derecho constitucional procesal, lo

---

<sup>1</sup> Nos referimos a los tribunales constitucionales de Austria y de Checoslovaquia de 1920.

<sup>2</sup> Esa integración ocurrió con especial participación de los procesalistas científicos italianos, Couture, Calamandrei y Cappelletti (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Dikaion*, Colombia, n. 17, dez. 2008, pp. 97-129).

que presupone que no aceptan la idea de una rama específica del derecho procesal destinada a la instrumentalización de la jurisdicción constitucional.

Esa hesitación en cuanto a la cientificidad del derecho procesal constitucional provoca inquietud, especialmente al depararse con indagaciones de quien es uno de los exponentes en el abordaje del derecho procesal constitucional, Néstor Pedro Sagüés. En uno de sus estudios, el conocido jurista argentino evalúa que la cientificidad del derecho procesal constitucional aún es motivo de investigación, al considerar los desafíos que todavía se enfrentan a su respecto en el orden *espacial, metodológico e ideológico*.<sup>3</sup> Estos desafíos colocan en cuestionamiento justamente la condición científica del derecho procesal constitucional.

Es cierto que no hay desafíos, tampoco recetas de validez universal en las sociedades políticas actuales. Cada contexto jurídico, por ser único y singular, es la instancia más apropiada para evaluar las debilidades y precariedades y así, para enfrentarlas, definir las agendas legislativas y jurisprudenciales. No por otra razón lo que se pretende con este estudio es apenas una *revisión doctrinaria multinacional* de algunos de los desafíos, comunes o no, del derecho procesal constitucional en continuidad de lo que ya hizo Néstor Pedro Sagüés, con el fin no propiamente de solucionarlos, sino de conocerlos mejor, para así avanzar un poco más en las discusiones sobre su solución, ya presente en diversas latitudes latinoamericanas.

Esa discusión parte del supuesto de que el derecho procesal constitucional ha superado etapas, yendo del surgimiento a la consolidación de su justificación, contenido mínimo y *nomen iuris* (como alternativa a las expresiones europeas “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”), por un enfoque que ya se puede decir tradicional de la defensa de la Constitución. Al mismo tiempo, parece sugerir una nueva etapa, la que identificamos por —y aquí está la tesis que se pretende exponer— una *simbiosis científica entre el derecho procesal constitucional (forma) y el derecho material constitucional (materia)*, referida por la necesaria interrelación cada vez más ventajosa a las Constituciones latinoamericanas, de modo que se pueda avanzar hacia una *dogmática procesal constitucional con las bases sustanciales del constitucionalismo latinoamericano*. Lo que se quiere aquí es desarrollar la idea de que el derecho procesal constitucional sólo se justifica si sus propósitos son los de lograr parámetros procesales suficientemente capaces de servir

---

<sup>3</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, *Revista Jurídica del Perú*, n. 03, set. 1996, pp. 1-7.

al actual momento vivenciado en América Latina desde el final del siglo pasado de un *constitucionalismo transformador*.

Confirmados el objetivo y la hipótesis de este estudio, su desarrollo se divide en tres partes. La primera es más contextual, con alguna problematización del desarrollo de la justicia constitucional en América Latina desde un marco teórico bien definido, que, debemos adelantar, en estas últimas décadas ha sido central en esta región: el *procesalismo constitucional*. La segunda es la *referencia temática* a los retos de la doctrina procesal constitucional que aquí proponemos analizar, en lo que concierne a su elemento hoy esencial, que es la jurisdicción constitucional de protección de los derechos humanos ante la cláusula de democracia. De estos retos me ocuparé con mayor profundidad y extensión, pero que, adelante, no son exactamente una novedad, pues han sido considerados en las discusiones científicas en diversas latitudes latinoamericanas,<sup>4</sup> lo que hace de este estudio no una prognosis, sino, por el contrario, mucho más una *revisión doctrinaria*.

## II. UN PARADIGMA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Hay que recordar que las décadas de los ochenta y los noventa marcan *annus mirabilis*<sup>5</sup> de la transición democrática en América Latina, ya que tuvieron lugar abundantes reformas constitucionales.<sup>6</sup> De tan significativas y amplias que fueron estas reformas, la doctrina las coloca bajo el rótulo de un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Este ensayo es una adaptación de la participación del autor en el II Congreso Hispano-brasileño: Derechos Humanos, realizado en la Universidad de Valladolid, el 30 de junio de 2016.

<sup>5</sup> Es una expresión latina aquí utilizada para señalar el periodo en que en todo el mundo surgieron nuevas Constituciones en un momento de ruptura con los regímenes comunistas y totalitarios. Véase Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 2004, pp. 153-176; Rudolf Horn, Hans, “Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, pp. 251-288.

<sup>6</sup> “De los dieciocho Estados iberoamericanos con sistemas democráticos, en el período que va desde 1980 a 1999, doce de ellos han aprobado Constituciones totalmente nuevas” (*idem*).

<sup>7</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Política, justicia y Constitución*, Ecuador, n. 2,

Movimiento de ruptura con las dictaduras y la refundación democrática de esta región, el constitucionalismo latinoamericano reciente congrega importantes reformas constitucionales de actualización de las instituciones políticas latinoamericanas, orientada por el pluralismo político nacional (con la mayor participación civil) e internacional (con la mayor integración latinoamericana de naciones). También es marcado por reformas constitucionales que han permitido la apertura económica de América Latina, lo que contribuyó a la reducción de la pobreza, al incremento de la educación y al crecimiento económico.

En términos más jurídicos, estas reformas han posibilitado: (a) la refundación de la democracia, por el fin de las dictaduras civiles y militares (Brasil, Argentina), y de este modo una mayor participación civil en las decisiones políticas;<sup>8</sup> (b) la ampliación de los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales y los mecanismos de protección (por ejemplo: Constitución brasileña, ecuatoriana); (c) el equilibrio de los poderes; (d) el combate a la desigualdad y exclusión social, con la valorización del plurinacionalismo. Todos objetivos reafirmados por Constituciones cuyas versiones son consideradas las mejores de la historia de cada país.

Hay un factor importante por detrás de esta convulsión de transformaciones constitucionales, que es la *juridificación del poder*, o sea, *la mayor sumisión del poder a la racionalidad jurídico-constitucional*, y este factor explica claramente la ascensión de la justicia constitucional latinoamericana. Hasta ahora, las Constituciones, y por ende la doctrina constitucional, se centraban en exceso en la figura del presidente.<sup>9</sup> Si bien la fuerza del Poder Ejecutivo está en la base de la fundación del constitucionalismo latinoamericano, también es verdad que, con las grandes reformas, ha surgido la justicia constitucional como un nuevo actor para competir con el “hiperpresidencialismo”. Si no era desconocida, era coadyuvante, y poco a poco ha

---

2012, pp. 9-44; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Pérez González *et al.*, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387; Bercovici, Gilberto, “A Constituição brasileira de 1988, as «constituições transformadoras» e o «novo constitucionalismo latino-americano»”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 26, mai.-ago. 2013, pp. 285-305.

<sup>8</sup> Por ejemplo, *referéndum* para activar la Asamblea Constituyente y aprobar las Constituciones; *referéndum* revocatorio presidencial; auto-convocación popular para plebiscito y participación popular en los proyectos de enmiendas.

<sup>9</sup> Recuérdese que todos los países latinoamericanos, reflejando la influencia americana, son presidencialistas.

ganado espacio, buscando reequilibrar los poderes y, en ciertos momentos, ha desempeñado un protagonismo nunca antes visto. Y hay que decir que se ha desempeñado con gran personalidad institucional.

Es cierto que los sistemas de justicia constitucional latinoamericana muestran una dependencia de la cultura constitucional europea y estadounidense especialmente. Es una tradición que ha empezado tras la independencia política de España y Portugal, con el interés, primero, en las bases históricas de la Suprema Corte norteamericana como guardiana de la Constitución,<sup>10</sup> y en tiempos más recientes, en el modelo europeo-kelseniano de jurisdicción constitucional concentrada.<sup>11</sup>

Pero no por ello la región es una importadora pasiva. Con la misma intensidad con que estos institutos fueron recibidos, se han hecho completas reelaboraciones, a veces alejadas de forma casi total de los paradigmas. Esta originalidad ha rotulado a América Latina de “auténtico laboratorio constitucional”,<sup>12</sup> de fórmulas peculiares nutridas por las culturas locales, empezando por la osadía de conciliar los modelos tradicionales europeo y estadounidense.

La heterogeneidad geográfica, temporal, procedimental, dice Francisco Segado, es una pauta común reflejada en las normas nada homogéneas que tallan modelos tan variados de justicia constitucional en América Latina. Usando por lo menos tres modos distintos, Segado distingue en esta región: (a) *sistema de tribunal constitucional*: al modo de la Constitución peruana de 1993 de tribunal constitucional *extra* Poder Judicial;<sup>13</sup> (b) *sistema de órgano*

<sup>10</sup> Bajo la influencia de obras clásicas, como *La democracia en la América* de Alexis Tocqueville y *El federalista* de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, ha importado la doctrina del *judicial review*, de forma puntual, plasmada con matices propios en el control difuso de constitucionalidad adoptado en México en 1847, en Argentina en 1853, en Brasil en 1889.

<sup>11</sup> La primera en aproximarse más a ese modelo fue la Corte de Constitucionalidad introducida por la Constitución de 1965 de Guatemala. Es curioso que, aún en el siglo XIX, Venezuela ya había creado una *acción popular de inconstitucionalidad*, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de 1858 y luego en la de 1863, adelantando características de lo que sería el control concentrado (García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Perú, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 37).

<sup>12</sup> Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, p. 115.

<sup>13</sup> Ha sucedido, guardando semejante estructura, al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución peruana de 1979. Otros países de este grupo, por ejemplo,

*judicial especializado*: en función jurisdiccional constitucional, pero inserido en el Poder Judicial (salas constitucionales);<sup>14</sup> (c) *sistema de órganos judiciales no-especializados*: o sea, Poder Judicial en el desempeño de la justicia constitucional, arreglado de forma jerárquica, con un órgano máximo dotado de atribuciones de jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.<sup>15</sup>

Se observa, en este contexto, una importante apuesta a la justicia constitucional (y no al Poder Judicial en general) para enfrentar el gran “drama” del constitucionalismo latinoamericano: la ya muy arraigada cultura de desconfianza en la efectividad de los proyectos constitucionales y, por supuesto, de bajo constitucionalismo.

Desconfianza que aún no está superada. Si bien es cierto que muchos avances han ocurrido desde las últimas décadas, aún es elevado el grado de desconfianza en los poderes políticos latinoamericanos. Algunos datos pueden confirmar eso, como hace la conocida asociación *Latinobarómetro*,<sup>16</sup> que analizó la confianza del ciudadano en relación con las cuatro principales instituciones políticas entre 1995 y 2015, siendo que sólo en 2015 el gobierno alcanzó 33%, el Congreso 35%, los partidos políticos 20% y el Poder Judicial 30%. La confianza en el Poder Judicial (y aquí incluimos la justicia constitucional) no supera 4 de cada 10 latinoamericanos; y si observamos sólo el criterio de edad, comparando 1995 y 2015, hay una reducción significativa en la confianza en el Poder Judicial entre las personas de más de 41 años (a las que se supone con más experiencia) de 15%.

---

son: Bolivia, con el Tribunal Constitucional Plurinacional; Chile, el Tribunal Constitucional; Colombia, la Corte Constitucional; Ecuador, el Tribunal Constitucional; Guatemala, la Corte de Constitucionalidad. En Brasil, la Constituyente de 1987 debatió la implementación de un tribunal constitucional, pero no ha logrado éxito.

<sup>14</sup> Este formato procede de una solución política entre el grupo de aspiración máxima de un tribunal constitucional *extra* Poder Judicial y el grupo de visión conservadora de no desvinculación institucional del Judicial (Sagüés, Néstor Pedro, “Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina”, *Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador*, n. 25, 2004, pp. 1-13). En ese formato está la prestigiosa Sala Constitucional de Costa Rica, creada con la reforma constitucional de 1989 (“sala cuarta”) en el ámbito de su Corte Suprema. Otros países que siguen este modelo son Paraguay, El Salvador, Venezuela y Nicaragua.

<sup>15</sup> Tal es el caso de países como Brasil, Argentina, México, Panamá, Uruguay y República Dominicana.

<sup>16</sup> Asociación en Santiago, dedicada a la medición de calidad democrática de esa región desde un punto de vista no normativo o institucional, sino funcional (mide la opinión pública).

Es claro que son datos que deberían ser analizados país por país, considerando la coyuntura de cada uno. En este caso, otro dato llama la atención. Hay una percepción legítima de la relevancia de la Corte Constitucional colombiana; sin embargo, es curioso que, en 2015, 35,6% de los ciudadanos no tenían ninguna confianza en el Poder Judicial, y 38,5% poca confianza.

Es importante reconocer que no son datos que revelen, y aquí dirijo más el pensamiento al centro de la exposición, el fracaso de las últimas décadas de expansión de los sistemas jurídico-constitucionales de protección de los derechos fundamentales en América Latina. Dimensionan, más bien, el tamaño del esfuerzo que aún les demanda a las comunidades. Y es aquí que el procesalismo constitucional, como principal movimiento científico de soporte de control jurisdiccional de la racionalidad en el uso de los poderes constitucionales, mucho tiene para contribuir, y cada vez más a medida que enfrenta y supera sus propios desafíos.

### III. RETOS TEMÁTICOS DEL PROCESALISMO CONSTITUCIONAL

La última fase del desarrollo científico de la jurisdicción constitucional, como suele decir Domingos García Belaunde, o sea, su clímax, es el *derecho procesal constitucional*, como disciplina jurídica destinada al desarrollo de una base operacional para la justicia constitucional.

Con este propósito, el procesalismo constitucional vive un momento en que enfrenta el desafío de debatir la compleja y completa inserción de la justicia constitucional en el sistema democrático desde el enfático reconocimiento del perfil naturalmente desequilibrante del juez constitucional, reportado por Alexander M. Bickel por la conocida expresión “dificultad contramayoritaria”. Más que fomentar el debate, el procesalismo constitucional debe enfrentar cada vez más este problema y avanzar con la formulación de institutos y técnicas decisorias capaces de estimular el mayor consenso democrático en torno a la justicia constitucional. Este consenso se refleja en la movilización de las más variadas fuentes del derecho, desde la constituyente hasta la legislativa y la judicial, en un intento de reducir al máximo el hiato que aún se vive entre los objetivos políticos ambicionados y la realidad.

A ese respecto, se sabe que las decisiones de la justicia constitucional producen efectos diferentes dependiendo del grado de consolidación democrática. En general, en las democracias más consolidadas, sus decisio-



nes son observadas como “estimulantes” a los ojos de los demás actores político-sociales; en las democracias en consolidación, al contrario, se perciben como “perturbadoras”.<sup>17</sup> Y, en este último caso, las decisiones de la justicia constitucional, que, sabemos, controlan a los demás poderes, pueden acarrear un efecto similar, pero inverso, o sea, el control de la justicia constitucional. Lo que se quiere decir es que decisiones perturbadoras de la justicia constitucional pueden provocar a los otros poderes a crear mecanismos de compensación o impedimento de su cumplimiento, o también la adopción de medidas destinadas a que no se repitan decisiones de carga política perturbadora. Contrariamente a lo que se puede imaginar, eso no es una desventaja, sino más bien una ventaja para la justicia constitucional, pues tiene la particular capacidad de influir, por sus decisiones, sobre el efecto que el sistema político-social tiene sobre ella misma. En esta situación, el derecho procesal constitucional tiene un papel clave, pues por sus categorías, institutos, metodologías y funciones pueden jugar a favor de la plena integración de la justicia constitucional en el sistema democrático, armonizándola cada vez más con los demás poderes, especialmente para los propósitos de eficiencia de la protección de los derechos humanos.

Toda esa problemática en torno de la justicia constitucional y la democracia pone el proceso constitucional en una posición científica más favorable para diferenciarlo de las demás ramas jurídicas, por su *objeto, metodología y funcionalidad*, al tomarla como condición central de su existencia, al mismo tiempo que en éstos están sus mayores retos.

### 1. Retos de orden sustancial

Aunque está en curso el problema de la definición de la extensión y contenido del derecho procesal constitucional, ¿dónde empieza y termina su estudio? Es una cuestión que se pone delante de las reglas y principios de contenido adjetivo (normas de proceso) que componen, con gran valor entre los países latinoamericanos, la llamada Constitución procesal.<sup>18</sup> Sin embargo, en términos teleológicos, no son normas homogéneas, porque unas son dirigidas a realizar o permitir la jurisdicción constitucional, y otras

---

<sup>17</sup> Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, set. 2008, pp. 115-155.

<sup>18</sup> Aquí se inserta la conocida diferenciación entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal introducida por Héctor Fix-Zamudio.

conforman categorías propias del derecho procesal.<sup>19</sup> Considerarlas, todas, en el ámbito del derecho procesal constitucional sólo repercute una especialidad tamaña que imposibilita la concepción de una disciplina jurídica.

Lo cierto parece estar en la indicación del derecho procesal constitucional como “instrumento terapéutico”,<sup>20</sup> capacitado para sanar *patologías constitucionales*. Pero no está, aun así, a salvo de imprecisiones en cuanto a su objeto.<sup>21</sup> Dependiendo de la línea a la que se une, su visión del contenido será más restringida o más amplia. Debate éste que, por cierto, interfiere en la dogmática de la disciplina y, en términos prácticos, pone en primer plano la definición del contenido, y refleja el problema de las fuentes del derecho procesal constitucional, analizado aquí bajo dos cuestiones interconectadas.

### A. Codificación y auto-creación

Peter Häberle ha entonado la máxima del “derecho procesal constitucional como derecho procesal concretado”, para decir que “un tribunal constitucional debería vivir según sus *propias* reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede crearlas en partes”.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 11.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Existen las siguientes tesis: (a) *restringida*: admite un contenido mínimo y esencial para asegurar la supremacía constitucional, considerado así el de naturaleza orgánica (magistratura constitucional) y procedimental (procesos constitucionales); seguida por Néstor Pedro Sagüés (*Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 8); (b) *intermediaria*: incluye el estudio de los temas referidos por la tesis restringida, la de aquellos asociados a la jurisdicción constitucional orgánica (como el valor jurídico de la Constitución, el control de constitucionalidad, la interpretación constitucional, etcétera); seguida por Domingo García Belaunde (*op. cit.*, p. 51); la posición de Juan Colombo Campbell (“Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 8, 2002, pp. 1-28) es intermedia, quien incluye el conflicto constitucional y sus formas de solución; el derecho procesal constitucional orgánico y el derecho procesal constitucional funcional; (c) *amplia*: incluye el estudio de las jurisdicciones constitucionales orgánicas, de la libertad transnacional; seguida por Mauro Cappelletti; (d) *amplísima*: todo el contenido anterior y aun agrega el estudio del debido proceso legal; posición de Osvaldo Alfredo Gozaíni (*Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 21).

<sup>22</sup> Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, pp. 15-44.

No sería una ponderación del todo provocativa si fuera alusiva a un sistema de *common law*. Sin embargo, la referencia es hecha a los tribunales constitucionales en el sistema germánico-romano en los que, como es sabido, prima el derecho legislado. Sin embargo, no es provocativa porque contradice el dogma de que sólo el Legislativo crea el derecho, pues ya pasó el tiempo del juez como un mero autómatas, por ser la visión “legicéntrica” la espina dorsal de la estructura del Estado constitucional. La cuestión que se coloca es justamente la inversa: las normas procesales constitucionales creadas preferencialmente por el derecho judicial, en detrimento del derecho legislado, que, como bien se sabe, en general, sobre esta materia no hay una exhaustividad de textos.

Es un debate que pone en primer grado el problema de la *fuerza del derecho procesal constitucional*, y, por detrás de ello, la reflexión actual sobre la *codificación procesal constitucional*,<sup>23</sup> muy común en los países latinoamericanos, principalmente a partir de la obra legislativa peruana, la Ley n. 28.237/04, que creó el Código de Proceso Constitucional de aquel país.

En oposición a esta tendencia está Europa, que parece confirmar la máxima de Häberle. En el Viejo Continente no existe el debate sobre la codificación del derecho procesal, justamente por la empatía con el movimiento opuesto, el de autonomía normativa de los tribunales constitucionales.<sup>24</sup> Son comunes en las Constituciones europeas las normas procesales constitucionales, aunque detalladas, en general, por los tribunales constitucionales, si no al menos por sus regimientos internos, por la actividad jurisdiccional.<sup>25</sup>

La investigación de las razones de esta diferencia entre Europa y América Latina permite numerosas perspectivas, que no serán aquí tratadas, pero todas parecen no dejar de lado los largos periodos de inestabilidad político-social

---

<sup>23</sup> Es un debate que abarca tanto la posibilidad de *consolidación* como de *codificación propiamente dicha* del derecho procesal constitucional. A ese respecto, en Brasil, véase Bonavides, Paulo y Saraiva, Paulo Lobo, “Proposta: Código de Processo Constitucional”, *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010; Tavares, André Ramos y García Belaunde, Domingo, “Por que um Código Processual Constitucional?”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 16, out.-dez. 2010, pp. 17-33; Andrés Canosa, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Agencia Imperial, 2011, t. I.

<sup>24</sup> Véase Patricia Patrón-Rodriguez en el sistema alemán, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, año 21, n. 62, mai.-ago. 2001.

<sup>25</sup> La referencia al derecho procesal constitucional concretizado está más asociada a la idea de derecho reconstruido y reformulado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el proceso de decisión de los conflictos constitucionales.

de los países latinoamericanos. De hecho, la elección legislativa refleja los *retos de la codificación*.

No es difícil deducirlos dentro de la sociedad que ve con desconfianza al Legislativo, cuyas opciones regulatorias están sujetas a toda suerte de casuística política. No se puede dudar que el “Derecho procesal constitucional no es una disciplina políticamente neutra”,<sup>26</sup> por el contrario, es de alta temperatura política. Hay inflexiones ideológicas muy destacadas en la definición de los fines y sujetos, diagramación de los procesos, límites decisorios, entre otros aspectos que proyectan escenarios de confrontación y contestaciones. Por cierto, son inquietudes que no deben pasar por alto el hecho de que un código de proceso constitucional mediocre refleja una Constitución igualmente mediocre.

En este contexto, Pedro Sagüés<sup>27</sup> indica los retos de descender al plano legal el modo constitucional de protección de los derechos fundamentales, con las siguientes preguntas: (a) *impericia*: ¿países con grave crisis de representación democrática no incurrirían en riesgo de que malos legisladores alejen los procesos constitucionales de su finalidad precípua de defensa de los derechos fundamentales?; (b) *regresión*: ¿en vez del desarrollo, no ampliaría el riesgo del retroceso reciente de poca operatividad y burocracia?; (c) *conflicto*: ¿no se podría reavivar con peleas ya superadas, o al menos adormecidas, o la introducción de mecanismos discutibles?; (d) *esclerotización*: ¿es difícil evitar que el legislador, o por la regulación excesiva o por el deseo patológico de distanciarse de la realidad, pueda crear dificultades legislativas al operador y a los jueces de modo que el sistema de protección constitucional resulte inoperante delante de un formalismo exagerado del cual surge, como refirió Sagüés, “una suerte de jaula regulatoria”?<sup>28</sup>

Son preguntas de difícil respuesta acerca de en quién es mejor confiar: ¿en los legisladores o en los jueces?<sup>29</sup> Pero no hay duda de que, de modo alguno, entre auto-creación y codificación hay un innegable antagonismo. La coexistencia es posible, con mayor o menor discrecionalidad judicial. Un buen ejemplo es señalado en Perú. Esta fórmula permite la apertura

---

<sup>26</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, p. 18.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

que se le debe a la justicia constitucional para la función que le es especial de promover la inevitable *integración* del derecho procesal constitucional, delante de la natural insuficiencia legislativa de prever todas las hipótesis que sólo la realidad concreta pone en evidencia.

### B. *Por un nuevo paradigma de la postulación constitucional*

En la otra punta relevante del problema de las fuentes del derecho procesal constitucional están sus operadores, o sea, los profesionales de la postulación constitucional. La fuerza creadora de la justicia constitucional impone a los abogados en general la necesidad de mayor capacitación para identificar, en las decisiones, *patrones argumentativos*, utilizados para la comprensión del propio sistema jurisdiccional constitucional y, por vía refleja, de la Constitución material. Para alcanzar tales patrones y continuar con la actuación creativa de la justicia constitucional, es preciso, por cierto, una inversión completa del modo de pensar el derecho procesal.

El simplismo con que el sistema jurídico de *civil law* interpreta y aplica el derecho refleja la conducta postuladora de los profesionales. En general, practicada bajo la lógica de la causalidad cercana y remota, conjugada con instrumentos de evidencia de hechos (prueba) y la indicación de las normas relevantes, al modo de un silogismo legal. Esa dinámica, mucho más próxima de la postulación ordinaria en que el parámetro de aplicación es la ley, debe ser repaginada por una mirada más atenta a la práctica jurisprudencial. En este contexto, las decisiones judiciales son productoras de *normas jurisprudenciales materiales y procesales* indispensables para el manejo del proceso constitucional. Debido a que tratan de problemas de gran implicancia política y fuerte contenido valorativo, tales normas no son meras abstracciones, sino el resultado de la interpretación constitucional a partir de la solución de problemas concretos.

Es, pues, tarea de la ciencia procesal constitucional convertir la práctica de la Constitución, leyes y jurisprudencia constitucionales en dogmática procesal constitucional. Una dogmática que sea capaz de ofrecer respuestas sobre el papel real de la justicia constitucional y de todos sus actores frente a la protección y concreción de los derechos fundamentales. Para esto, demanda un modo de comprender *cómo* es practicado e interpretado el proceso constitucional, más que el tradicional modo formal de extraer de la legislación la respuesta pronta para la solución del caso. Esa orientación

exige, al modo de Peter Häberle, la habilidad para reconstruir el derecho procesal constitucional a partir de una Constitución como *law in action*.<sup>30</sup> Aquí ocurre un enorme cambio, pues exige de los demandantes una racionalidad menos formal y más orientada por el contenido decisorio.

Ya observamos valerosas iniciativas académicas interesadas en cómo practica el proceso constitucional la justicia constitucional.<sup>31</sup> Sin embargo, aún sorprende el *déficit* de investigación. Hay mucho a ser hecho en la reconstrucción del *derecho judicial procesal constitucional*. Lo que se quiere afirmar es que, después de un poco más de medio siglo de práctica y teorización, se llega a la madurez de racionalizar el proceso constitucional de forma más amplia que alcance además del juez constitucional, también al postulante. Dicho de otro modo, es tiempo de pensar la *capacidad postuladora constitucional como técnica procesal*, para habilitar mejor a los operadores para obtener resultados de realización efectiva de los bienes y derechos fundamentales.<sup>32</sup>

Así, como una cuestión derivada de las fuentes del derecho procesal constitucional, se coloca el reto de la *formulación de un nuevo paradigma de la postulación constitucional*, que resulta de la fuerza creadora de la justicia constitucional y exige más atención, pues, a la práctica jurisprudencial, al modo de argumentar y de identificar los patrones argumentativos de las decisiones judiciales, aproximando así, en cuanto al modo de pensar, a los profesionales de los sistemas del *civil law* a aquellos del sistema del *common law*. Esa aproximación debe ser hecha con el desarrollo, según más adelante será referido, de una doctrina de los precedentes adaptada a los sistemas del *civil law*.

---

<sup>30</sup> Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, pp. 15-44.

<sup>31</sup> Algunas merecen atención: Castro, Marcus Faro de, “Política e Economía no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos”, *Caderno de Ciência Política*, Brasília, Departamento de Ciência Política e Relações internacionais, n. 7, 1993, pp. 1-59; Ribeiro, Ricardo Silveira, “Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004)”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, jan.-jun. 2012, pp. 87-108; Herani, Renato Gugliano, “Repercussão geral: uma análise empírica dos argumentos de reconhecimento”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 27, set.-dez. 2013, pp. 649-679.

<sup>32</sup> Gana relevancia con la elevada cantidad de acciones en control concentrado que ni siquiera son conocidas por vicio de admisibilidad, por ejemplo, en Brasil. Entre 1988-2015 fueron juzgadas 2601 ADI's, siendo que 954 (o sea, 36,68%) no fueran admitidas, en general, por incumplimiento de la norma procesal constitucional.

## 2. Retos de orden metodológico

Los paradigmas del Estado típicamente liberal justificaban la semejanza del juez constitucional a un legislador positivo. No obstante, hay un nuevo ambiente constitucional de imposible, en términos dogmáticos, positividad apenas de la *Constitución formal*, puesta al margen la *Constitución material*.<sup>33</sup>

Esa orientación —aquí supuesta— pone de relieve el derecho procesal constitucional, en la medida en que se espera de él que sea un repositorio de posibilidades de realización material de la Constitución, y eso presiona a una decisión metodológica que permita, como disciplina autónoma, pero no aislada, conciliar, más allá de los parámetros (para muchos pos-positivistas) de interpretación de la Constitución.

Está exactamente aquí el punto alto de lo que denominamos *simbiosis científica*. Convergentes en el proceso constitucional las máximas garantías de la orden constitucional, hay en él espacio para los nuevos paradigmas metodológicos que actúan en la apertura semántico-material de la Constitución.<sup>34</sup> Son recurrentes corrientes en esa línea en la justicia constitucional latinoamericana,<sup>35</sup> y han conducido al constitucionalismo de ese lugar a dimensiones inéditas. Afortunadamente, dice Miguel Carbonell, los teó-

---

<sup>33</sup> Síntesis alusiva a la “reconciliación entre el Derecho y la moral de la modernidad”, que incluiría las más diversas corrientes comúnmente llamadas pos-positivistas. Véase Prieto Sanchis, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, 2000, pp. 161-195; Hesse, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, trad. de Carlos dos Santos Almeida e outros, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 96.

<sup>34</sup> Propiciada por principios y cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas.

<sup>35</sup> Como el positivismo sociológico en Duguit; la teoría de la integración de Rudolph Smend; la normatividad de Herman Heller; más actual, los métodos concretistas de Peter Häberle y Konrad Hesse; la teoría estructurante de Friedrich Müller. También, de manera significativa, aparecen teorías sobre derechos fundamentales. No es extraño en la academia y en las decisiones seguir las orientaciones de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky. Eso sin hablar de la normatización de la ponderación (artículo 489, § 2o., NCP). Véase una investigación empírica sobre la doctrina en *Justicia constitucional en América Latina*: Pegoraro, Lucio et al., “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, *Universitas*, Bogotá, n. 128, jan.-jun. 2014, pp. 43-78; Tavares, André Ramos y Herani, Renato Gugliano, “A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (o projeto «A circulação da doutrina»)”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 32, mai.-ago. 2015, pp. 1103-1118.



ricos de América Latina están empezando a formar una visión moderna y regionalizada de los derechos fundamentales y de su protección.

Sin embargo, la doctrina evidencia que la ampliación de la función del juez constitucional en un espacio de seguridad democrática pasa por una “consolidación de métodos de trabajo”,<sup>36</sup> como parte indisociable de su legitimidad de actuación, en especial delante de los derechos fundamentales. Ahora, la consistencia y el refinamiento de esos métodos unen los avances de la hermenéutica de los derechos fundamentales al adecuado medio para su desempeño. Es aquí que se exhorta la dogmática del proceso constitucional de alejamiento de las vicisitudes de esos nuevos paradigmas hermenéuticos para, antes, ser la resonancia positiva de esa metamorfosis metodológica. Debe reflejar en sus institutos, métodos y técnica decisoria la evolución de los conocimientos sobre el concepto y fuente del derecho, la convivencia entre los poderes, las nuevas funciones del Estado, las formas de autoprotección de las Constituciones y la judicialización de los conflictos constitucionales.

Así, está en lo correcto César Astudillo al traer, en alternativa al predominio del campo procesal o constitucional, o sea, al *monismo metodológico*, el problema del derecho procesal constitucional capaz de realizar sus finalidades y expectativas, por una experiencia metodológica abierta a los nuevos paradigmas de comprensión de los derechos fundamentales, surgidos de la teoría de la Constitución, de la argumentación constitucional, de la justicia constitucional, de las fuentes del derecho y de la teoría general del proceso. Es una idea que presiona, al fin, al derecho procesal constitucional al *pluralismo metodológico*, trazo esencial, como fue dicho, de la cultura de la sustancialidad del derecho.<sup>37</sup> En esa línea, Néstor Pedro Sagüés trae la tridimensionalidad del derecho al proceso constitucional. Propuesta que aporta nuevas concepciones al *conflicto constitucional* y al *proceso constitucional* en un dominio de inversión de una justicia constitucional íntimamente formalista y reducida al control de procedimiento.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Tavares, André Ramos, *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 66.

<sup>37</sup> Astudillo, César I., “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007, pp. 41-87; Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008, p. 134.

<sup>38</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, *El juez constitucional*, México,

### A. *Conflicto constitucional materializado*

La interpretación material de la Constitución rechaza la aproximación positivista formalista del conflicto constitucional, de solución cifrada en operaciones de abstracción normativo-conceptual, cuya corrección está dissociada de valores y hechos sociales, porque la concibe como un conflicto internormativo problemáticamente orientado por la situación histórico-concreta. Bajo dicha concepción, no es comprendido por textos conflictivos al margen de la tensión de la realidad que los subyace, de interminables relaciones de fuerza política, social y económica. Sin embargo, en ciertos momentos, parece que la justicia constitucional aún titubea en admitir la superación del dogma de la no-remisión fáctica en el conflicto constitucional deducido de la justicia constitucional concentrada.

Parece más contributivo, en ese paso, un proceso constitucional con categorías plenamente integradas e integradoras de la realidad del país, o sea, un repositorio de la *materialidad normativo-constitucional*.<sup>39</sup> Esa concepción ya se refleja en el gran incremento de las demandas constitucionales y de la fundamentación de los fallos en las últimas décadas,<sup>40</sup> y es aquí que se pone la atención por lo que parece ser una de las principales remodelaciones del proceso constitucional: la instrumentalización del control de evidencias.

### B. *Sistema probatorio en el proceso constitucional*

Al admitir la norma como unidad materialmente determinada, pues es constituida por la realidad, el derecho procesal constitucional debe, a dicha condición, respuesta con medios para posibilitar el *control de evidencias*

---

UNAM-SCJN, 2009, t. I; Landa Arroyo, César, *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2003, p. 437.

<sup>39</sup> Trae una aproximación, por ejemplo, con el caso objeto de la llamada *declaración del estado de cosas inconstitucionales*. Técnica decisoria inicialmente utilizada por la Corte Constitucional de Colombia para declarar el estado de cosas (sistema penitenciario) inconstitucional (T-153 de 1998). Esta misma providencia fue interpuesta en el Brasil, vía ADPF 347; también en Perú (Sent. T-025 de 2004). En términos analíticos, supone un conflicto constitucional materializado, o sea, problemáticamente orientado por una situación concreta de funcionamiento de la administración pública de grave y masificada violación a los derechos fundamentales, por fin, por un complejo problema estructural y social de política pública.

<sup>40</sup> Atienza, Manuel, "Argumentación jurídica y estado constitucional", *Anales de Jurisprudencia*, México, n. 261, 2003, pp. 353-369.

*fácticas*. Es lo que, como he dicho, trae la prueba a la urgencia en el proceso constitucional,<sup>41</sup> y, así, la inquietud delante de la visión reduccionista y exclusivista de ese instituto.<sup>42</sup> En ese campo, la prueba adquiere un fin hasta entonces inexplorado: la de evidencia no sólo de hechos subyacentes (propio del discurso de aplicación), sino también de materialidad constitucional, y eso la desplaza, con igual vigor, hacia el discurso de la validez del derecho;<sup>43</sup> luego, se tiene un nuevo rostro de la prueba.

En términos prácticos, es tiempo de preguntarse por un sistema de pruebas en el proceso constitucional, máxime en el control “abstracto de inconstitucionalidad”.<sup>44</sup> Esto implica reconocer nuevos papeles sociales, que se han visto en sistemas latinoamericanos, tales como: (a) *amicus curiae*: es recurrente para calificar las personas, físicas o jurídicas, de reconocida competencia en materia de conflicto constitucional cuando son llamadas a participar;<sup>45</sup> está asociado a la pluralidad participativa por “opiniones” o “sugerencias” sobre aspectos jurídicos, por cierto, algo positivo, pero aún hay resistencia a atribuirle valor demostrativo o de averiguación, luego, de “prueba-sujeto” de las razones fácticas del conflicto constitucional; (b) *audiencia pública*: debe ser estimulada, y no sólo para el debate jurídico, sino también para inducciones de expertos sobre evidencias empíricas; no se trata de transformarla en un laboratorio de investigación, sino en un *locus* abierto

---

<sup>41</sup> “La tesis de la admisibilidad del ingreso de los hechos en el proceso objetivo aflora en el campo de la *producción de las pruebas*” (Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 398).

<sup>42</sup> Günther, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, 1995, pp. 271-302.

<sup>43</sup> O sea, actúa no sólo en la premisa menor, sino, antes, en la construcción de la normatividad constitucional.

<sup>44</sup> Por ejemplo, como existe en el Código Procesal Constitucional peruano, aunque aporte indicación indirecta (artículo 119, solicitud de información), y en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (artículo 13-A, RA 095-2004-P-TC); también el Reglamento de la Corte Constitucional colombiana trae una cláusula genérica de pruebas en el artículo 58. Véase Giacomette Ferrer, Ana, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II, pp. 287-326.

<sup>45</sup> Su empleo ocurre en gran escala en ciertas instancias judiciales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Supremo Tribunal Federal (Brasil), la Suprema Corte de Justicia (Argentina), el Tribunal Constitucional (Perú), la Corte Constitucional (Colombia), el Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), entre otros.

a la discusión técnico-científica sobre los resultados obtenidos, y propiciar al juez constitucional la convicción sobre la corrección de los hechos y razones legislativas de un punto de vista de relevancia en la construcción de la norma constitucional,<sup>46</sup> (c) *testimonio pericial*: importante para la evidencia no sólo del hecho individual (*a priori*), sino también del hecho genérico legislativo (*a posteriori*).<sup>47</sup>

### 3. Retos de orden funcional

El derecho procesal constitucional, receptivo a la multiplicidad de métodos de trabajo, en el ámbito de los derechos fundamentales, hace relevante otras cuestiones, no de orden propiamente orgánico-institucional, sino de funcionalidad, orientada para la mayor eficacia y efectividad en la actuación decisoria de la justicia constitucional.

Se trata de una perspectiva que ha motivado especial atención en América Latina, con discusiones sobre las bases, efectos y límites de la actuación de los actores esenciales del proceso constitucional y, es claro, en una posición central del juez constitucional. Por ocupar el núcleo de un espacio crítico de canalización y ponderación de valores, como de intereses a veces conflictivos y viabilizar la pluralidad dialéctica, el proceso constitucional presupone, en términos estructurales, un *modo particular de articulación* del juez constitucional con los varios intérpretes. Problema que de manera renovada toca la legitimidad democrática del juez constitucional, porque, dice Néstor Pedro Sagüés,<sup>48</sup> señala el reto de su convivencia armónica y estimulante en el sistema político.

A continuación, hago algunos análisis considerando el modo por el cual el juez constitucional se articula con el juez ordinario, los demás poderes, el juez transnacional y el ciudadano, en el desempeño de su función jurisdiccional constitucional.

<sup>46</sup> La audiencia pública está prevista en Brasil (artículos 9o., § 1o., Ley 9.868/99), Perú (título VI, RA 095-2004-P-TC), Bolivia (artículo 61, Ley 027/10), Colombia (artículo 59, Reglamento Interno).

<sup>47</sup> El sistema brasileño posibilita “designar perito o comisión de peritos” en el control concentrado (artículos 9o., § 1o., Ley n. 9.868/99), aunque nunca la haya utilizado. En México, fue utilizado en la Acción de Inconstitucionalidad n. 146/07 en el caso sobre el “derecho a la vida del producto de la concepción”.

<sup>48</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13.

### A. *Articulación con el juez ordinario*

Aunque indisociables por la unidad de la Constitución, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria poseen, cada una, una dinámica propia de funcionamiento. Como ocurre con frecuencia en los modelos duales o híbridos de América Latina, la primera monopoliza y soluciona en definitiva el conflicto constitucional, y eso vuelve más difícil la convivencia entre las jurisdicciones. El mayor reto está, o en la falta de canales de comunicación, o, si existen, en la alta tensión entre jueces constitucionales y jueces ordinarios, a punto de crear el riesgo de fisuras en la salvaguarda de la Constitución y, por lo tanto, de los derechos fundamentales.

En este contexto, la preocupación mayor está en la *distribución de competencias* y en la *articulación de la convivencia* de las jurisdicciones. El problema es que la equilibrada armonía entre el juez constitucional y el juez ordinario es tanto más difícil cuanto más sofisticados son los sistemas de constitucionalidad, como lo es el caso de América Latina.

A ese propósito, es importante antes considerar que lo que parece ser un reto solamente latinoamericano, en realidad no lo es. Raúl Canosa Usera advierte, en relación al sistema español, que “no hay mecanismos que aseguren la supremacía de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la realizada por los tribunales ordinarios”.<sup>49</sup> Eso pone en evidencia, nos dice Pablo Pérez Tremps, el problema de “garantizar la unidad interpretativa de la constitución”, no alcanzable por “mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes”.<sup>50</sup> Luego, si bien es necesario un tribunal de clausura de la unidad interpretativa, como son el tribunal constitucional o los tribunales supremos, también es indispensable una *estructura procesal de resonancia de esa unidad*.

Es en ese punto que digo que, en general, América Latina, aunque desafíe el mejor modelo de articulación, sufre, *grosso modo*, no su escasez, sino su complejidad, pues su originalidad en desarrollar sistemas en que el control difuso y el concentrado (con competencia entremezclada en un órgano autónomo *ad hoc*<sup>51</sup> o en un órgano de cúpula del Poder Judi-

<sup>49</sup> Canosa Usera, Raúl, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 1, 1998, pp. 11-46.

<sup>50</sup> Pérez Tremps, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003, pp. 29-39.

<sup>51</sup> Como ocurre en Perú, Bolivia y Colombia.

cial)<sup>52</sup> hace de la articulación de las jurisdicciones para una unidad interpretativa de la Constitución un problema aún más frecuente y preocupante.<sup>53</sup>

Sin embargo, se percibe que este problema viene siendo enfrentado en los más variados modelos de jurisdicción constitucional existentes entre los países latinoamericanos con *el fortalecimiento del valor normativo de la interpretación constitucional del órgano central de la Justicia Constitucional*. De hecho, no hay otra alternativa para dar coherencia a la natural multisignificación de la Constitución y, por consiguiente, controlar la vulneración de la universalidad de los derechos humanos, aún más cuando todo juez es constitucional en sistemas de derivación romanística privado del principio *del stare decisis*.<sup>54</sup>

En una perspectiva comparada, se observan entre las formas de distribución de competencia las reglas: (a) *de momento*: con la división del control preventivo en la jurisdicción constitucional concentrada, y el represivo en la jurisdicción común;<sup>55</sup> (b) *de tipo de proceso*: acción de inconstitucionalidad en la jurisdicción constitucional concentrada, y las acciones constitucionales intersubjetivas en la jurisdicción ordinaria;<sup>56</sup> (c) *del acceso y secuencia procesal*: la jurisdicción constitucional concentrada es accionada por vía de acción, y la jurisdicción común acciona, por vía de excepción, la cuestión de inconstitucionalidad de oficio<sup>57</sup> o por provocación. Y, entre las formas de articulación, una graduación de la intensidad del valor normativo de las decisiones constitucionales: (a) *otorgamiento de eficacia y efectos espaciales y temporales especiales* a las decisiones del órgano central de la justicia constitucional; (b) *competencia de revisión* de las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios; (c) *reglas de precedentes constitucionales*.

<sup>52</sup> Como ocurre en Brasil, Uruguay, Ecuador, Venezuela y Paraguay.

<sup>53</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13.

<sup>54</sup> Cappelletti, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 74.

<sup>55</sup> Como ocurre en Chile, en el que el control concentrado está en el Tribunal Constitucional, y el difuso, en la Corte Suprema, como última instancia.

<sup>56</sup> Como es el caso del Perú; en Brasil, las acciones constitucionales en control concentrado se tramitan en el Supremo Tribunal Federal, que también es instancia revisora u originaria del control difuso y de las acciones constitucionales intersubjetivas.

<sup>57</sup> La Corte Constitucional colombiana se abre para el análisis de la constitucionalidad de dispositivos que no son objeto de acción pública de inconstitucionalidad (véase la Sentencia 113-93); además, hay mandato constitucional para el control de constitucionalidad de los decretos de gobiernos editados durante el estado de excepción.

les; (d) *regla de la doctrina constitucional*: concientización del deber de respeto a la doctrina del tribunal constitucional por los jueces ordinarios; (e) *estabilidad jurídica de las decisiones constitucionales*.

Esas formas han promovido avances en el fortalecimiento de la actuación de la justicia constitucional sobre las instancias ordinarias, al punto de causar hoy, en la opinión de muchos, la hiperautoridad del juez constitucional como si fueran verdaderos gobernantes (jurisdiccionales) del Poder Judicial,<sup>58</sup> lo que ha desafiado ciertas problemáticas, como: (a) suspensión de conquistas constitucionales de orden institucional (problemas de política judicial) y de orden fundamental (problemas de derechos fundamentales); (b) transmutación de sistemas latinoamericanos de derecho legislado, con una aproximación a los modelos de *common law* (problemas de fuente del derecho); (c) presión al déficit de legitimidad del Poder Judicial.<sup>59</sup>

De cualquier modo, no hay ósmosis institucional, por mejor que sea la técnica de articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, sin la firme voluntad de decorosa convivencia entre ambas, o sea, sin el *affectio cum viver*, que pasa, en muchos lugares, por la ruptura de la resistencia por parte de los jueces ordinarios a la cultura de la constitucionalidad. Es preciso explicar un poco más esa crítica a los sistemas jurídicos latinoamericanos.

En general, la independencia del Poder Judicial es vista apenas como un problema inter-poderes. El juez es independiente si en el ejercicio de la judicatura no está bajo la influencia o control de otro poder. Olvidamos, a veces, que hay otra faceta concerniente a la independencia de un punto de vista interno, hoy de dimensiones relevantes en América Latina: *la política judicial de interferencia decisoria*.

En esa línea, en un estudio publicado, Keith L. Rosenn señala: “Pedir que en América Latina los jueces declaren leyes inconstitucionales con efecto *erga omnes* es precipitarlos a asumir un papel político para el cual no se encuentran preparados por falta de temperamento y experiencia”.<sup>60</sup>

La falta de experiencia es, por supuesto, una realidad en América Latina, si consideramos la tradición del modelo del derecho legislado en esta

---

<sup>58</sup> En Brasil, esa percepción está sintetizada en la expresión empleada por Oscar Vilhena de *Supremocracia* (“Supermocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, jul.-dez. 2008, pp. 441-464), en referencia a la autoridad del Supremo Tribunal Federal en relación con las demás instancias del Poder Judicial.

<sup>59</sup> Tavares, André Ramos, *op. cit.*, p. 99.

<sup>60</sup> Rosenn, Keith L., “The protection of judicial Independence in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, n. 1, 1987, pp. 1-35.



región.<sup>61</sup> En el sistema del *common law*, los jueces ya son preparados desde los bancos universitarios para soportar la presión de otros jueces por la doctrina del *stare decisis*.

La segunda causa —el temperamento del juez—, más de orden sociológico, señala un aspecto común a la personalidad del magistrado latinoamericano: la desconfianza de la doctrina del *stare decisis*, enraizada en la cultura de la decisión insular, no en términos, es claro, de la arbitrariedad, sino de la libre, y sin restricciones, convicción judicial. Tal vez esté aquí, en la falta de una pedagogía de los precedentes, la dificultad de suplantar las barreras a la implementación en algunos países de una política de los precedentes constitucionales.

En estos lugares, en particular cito al Brasil, hay un efecto interesante cuando el problema está en fortalecer la vinculatividad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. Mientras el uso del precedente es una acción con ojos retrospectivos, en la que el juez considera las decisiones pasadas una mera orientación a seguir o no según su convicción, bien se acepta como una práctica natural. Al transformarlo en una acción con ojos prospectivos, en el sentido de una obligación de acatamiento para casos venideros, entonces todo cambia, y se vuelve una cuestión de política judicial de difícil balance. Es en ese sentido que históricamente llama la atención el temperamento del juez de resistir a la primera amenaza a la libertad decisoria irrestricta, vale decir, sin la interferencia de ningún otro juzgador. Al respecto, también en alusión al Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (2014: 56) habla del análisis sociológico para explicar “la falta de respeto a los precedentes constitucionales” por la “búsqueda en los factores que estimularon y aun estimulan la incoherencia y la irracionalidad”.

Esa cuestión sobre la atención hacia el *temperamento* del juez, la primera amenaza a la libertad decisoria ilimitada (es decir, sin interferencia de otro juzgador), parece ser central en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En una visión comparada de América Latina, es posible clasificar ese aspecto bajo la óptica del valor normativo de los precedentes constitucionales:<sup>62</sup> (a) temperamento judicial de *baja* creación de un estatuto judicial de los precedentes vinculantes, con *alta* disposición legislativa

---

<sup>61</sup> En el sistema del *common law*, los jueces ya son preparados, desde los bancos universitarios, a soportar la presión de otros jueces, eso por la doctrina del *stare decisis*.

<sup>62</sup> Esa clasificación es embrionaria, pues considera apenas cuatro países latinoamericanos (Brasil, Argentina, Colombia y Perú), y por eso es provisoria.

de disciplinarlos;<sup>63</sup> (b) temperamento judicial de *errática* creación de un estatuto judicial de los precedentes vinculantes, sin *ninguna* disposición legislativa;<sup>64</sup> (c) temperamento judicial de *intensa* creación de un estatuto judicial de los precedentes, con también *intensa* disposición legislativa (y aquí existe la mayor aproximación de la doctrina tradicional a los precedentes vinculantes).<sup>65</sup>

Lo que se pretende en este corto espacio de análisis es reafirmar la idea de que la efectividad de la protección de los derechos humanos está condicionada al aumento de la fuerza normativa de las decisiones de la justicia constitucional. Para ello es preciso un radical cambio de mentalidad y cultura jurídicas de América Latina, no sólo por parte de los operadores del derecho, sino de toda la sociedad. Ese giro sólo se alcanzará, a mi parecer, con la intensificación de un diálogo latinoamericano sobre un *derecho de los precedentes constitucionales*.

No estoy aquí para defender la conformación expresa y directa de la regla del *stare decisis*, ni la irrestricta fuerza normativa de las decisiones de la justicia constitucional a salvo de controles democráticos. Defiendo que, con la ascensión de la justicia constitucional en países de cariz *civil law*, mucho por su protagonismo en la defensa de los derechos humanos en el plano interno de los Estados, la idea de una mayor vinculatividad de las decisiones constitucionales es un refuerzo necesario para la mayor eficacia de los proyectos constitucionales. Bajo esta óptica, países como Perú, Colombia y Argentina han practicado la vinculatividad de la *ratio decidendi* de las decisiones constitucionales como regla básica, en vista de un paso que se estimó necesario y, hoy, se puede decir, ya dado para colocar el poder jurisdiccional constitucional en la dirección de una autoridad moral y política sobre la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, y así del papel que le cabe en la consolidación de la democracia latinoamericana.

---

<sup>63</sup> Como parece ser en Brasil, con los institutos creados por el constituyente derivado de la Sumula Vinculante y Repercusión General y reglamentado por ley.

<sup>64</sup> Como parece ser en Argentina, según conclusiones extraídas de los estudios por Alberto F. Garay (“El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 2, 1997, pp. 51-108) y María L. G. Tocci (“Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurídica UCES*, 2014, pp. 139-155).

<sup>65</sup> Como parece ser en Colombia, pero principalmente en Perú, con el instituto de los precedentes vinculantes.

## B. *Articulación con el juez transnacional*

Otro reto actual se refiere a la coexistencia armónica entre la justicia constitucional nacional y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, principalmente a partir del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.<sup>66</sup>

Uno de los trazos más relevantes de esta coyuntura actual en el constitucionalismo democrático está, a partir del postulado del pluralismo universal de los derechos humanos, en la dilución del *status activus processualis* del estatocentrismo en el supraestatismo, con la multiplicación de instancias jurisdiccionales —nacionales y supranacionales—.<sup>67</sup> Al mismo tiempo que la tutela multinivel de los derechos fundamentales es beneficiosa, ha planteado dificultades prácticas en torno a la *coordinación y cooperación* del juez transnacional con el juez nacional. Es un tema que interesa al llamado *control de convencionalidad*,<sup>68</sup> por sus facetas interna y externa<sup>69</sup> de articulación entre el sistema comunitario y los sistemas nacionales. Juega

<sup>66</sup> En el actual contexto latinoamericano, los derechos fundamentales están bajo la salvaguarda del sistema iberoamericano de protección de los derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos instituidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>67</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zalvidar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. IV, pp. 421-442.

<sup>68</sup> Lo que indica la doctrina, el primer uso de la expresión *control de convencionalidad* en el ámbito de la CIDH fue del juez Sergio García Ramírez, en su voto en el caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, en alusión a la idea de que esta Corte sería una suerte de tribunal constitucional supranacional o convencional (Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Chile, Centro de Derechos Humanos Konrad Adenauer, 2012, pp. 17-55).

<sup>69</sup> La faceta nacional se opone a la internacional, según fue pronunciado en el caso decidido por la CIDH, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. La faceta internacional concibe el control de los hechos internos (leyes, actos administrativos y judiciales) con las normas de la Convención y resuelve sobre la existencia de compatibilidad para determinar la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ya aquella es la perspectiva interna, señalando a los magistrados nacionales, en especial a los constitucionales, el examen de la convencionalidad, o sea, de los mismos tratados internacionales en relación con el derecho interno.

con la incógnita de la convivencia de niveles no homogéneos y, al mismo tiempo, aplicables por todos los operadores de la jurisdicción constitucional (interna y transnacional) y de la jurisdicción ordinaria.

Esa problemática desemboca en la dificultad de establecer las condiciones en que los derechos fundamentales comunitarios sirven de *parámetro de control de las normas internas*, lo que nos conduce a un concepto clave en esta narrativa, adecuado también para Europa, que es la “conexión comunitaria”.<sup>70</sup> Ese concepto puede ser trabajado según el grado de determinación del valor normativo de las decisiones constitucionales transnacionales en relación con los ordenamientos nacionales, de tal modo que se puede pensar en: (a) *conexión comunitaria por coordinación*, en la que se cuestiona el valor vinculante de las decisiones transnacionales y sus variaciones técnico-institucionales, para dar efectivamente cumplimiento a las decisiones de la CADH; (b) *conexión comunitaria por cooperación*, cuyo reto está en la intensificación de un “diálogo jurisprudencial” entre las jurisdicciones nacional y supranacional, para llevar adelante una interpretación según las decisiones de la CADH.

El derecho procesal constitucional puede contribuir en mucho para la diagramación de esas conexiones comunitarias por coordinación y por cooperación entre la jurisdicción constitucional nacional y la jurisdicción constitucional transnacional. Desde una perspectiva funcional, debe acoger parámetros procesales constitucionales que hagan que el Poder Judicial observe cada vez más el principio de la convencionalidad. Para ello, es preciso avanzar hacia un modelo de control de convencionalidad plenamente integrado con el modelo internacional (cuyas líneas generales son establecidas por la CIDH) sin, es claro, descuidar las particularidades de cada sistema jurisdiccional constitucional nacional.

### C. *Articulación con los demás poderes políticos*

Llevada por factores históricos que no permitirían aquí su detalle, desde mediados del siglo pasado, con avances y retrocesos, América Latina ha alimentado cada vez más lo que a veces es referido de manera crítica: *el activismo de la justicia constitucional*. Visto como un mayor compromiso o complicidad con la Constitución, se puede decir que “el juez toma todas las normas

---

<sup>70</sup> Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas, 2011, p. 119.

constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales”.<sup>71</sup> Con eso, bajo la crítica de la invasión al espacio político-partidario, debates inflamados se vuelven más habituales.

Dos corrientes polarizan el debate sobre los límites de la justicia constitucional. De un lado, la autocontención (*self-restraint*) respecto a los demás poderes;<sup>72</sup> de otro, el activismo judicial. Esta polémica desemboca en el problema muy sensible en América Latina de una coyuntura política de “deslegitimación performática” del Legislativo y del Ejecutivo que vuelve las funciones de defensa de la Constitución el último reducto protector de los derechos humanos en el plano doméstico. La exclusión del papel concretizador de derechos fundamentales del juez constitucional es dogmáticamente inadmisibles, pues llevaría a la retirada de los pilares de sustentación de los proyectos constitucionales latinoamericanos.

Sin embargo, aun en el actual constitucionalismo latinoamericano, como bien advierte Walter Claudius Rothenburg, “la afirmación de los derechos fundamentales no se consigue apenas con la jurisdiccionalización de las reivindicaciones”, y la “jurisdicción no debe pretender monopolizar la concretización de esos derechos”. Esta afirmación es importante porque señala la imprudencia de someterse a las consecuencias de un activismo judicial sin dimensionarlas y encaminarlas en términos políticos y jurídicos. El correcto encuadramiento no está en la polarización extrema del debate que imprime un antagonismo, donde, en verdad, debería haber complicidad entre esas dos corrientes.

Se observa que el extremismo sólo trae dos hipótesis. La *irrestringida autocontención* puede provocar la deslegitimación de la justicia constitucional, ya que la retira de campos socialmente relevantes en los que se espera la intervención jurisdiccional más aguda para la efectivización de la Constitución.<sup>73</sup> Ya el *intransigente activismo judicial*, en el cual se observa

<sup>71</sup> Carbonell, Miguel, “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Jurídica*, 2011, pp. 207-225.

<sup>72</sup> “Clámase por (por la vuelta de) una teoría compatible con el espacio «propio» (=exclusivo) del Parlamento en la toma de las decisiones (supuestamente políticas)” (Tavares, André Ramos, “O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, abr.-jun. 2007, pp. 9-28).

<sup>73</sup> La tesis de la autocontención fue concebida inicialmente en el modelo estadounidense y transportada sin mayores preocupaciones, por diversos autores, al modelo de matriz austríaca (Tribunal Constitucional *tout court*) y ahora es debatida en América Latina (*idem*).

la actuación sustantiva extrema de la justicia constitucional (luego con un papel más invasivo e intervencionista en lo que concierne a los compromisos constitucionales, monopolizando los hechos sociales), da margen para la constitucionalización excesiva del ordenamiento jurídico,<sup>74</sup> con la asfixia y ausencia de consideración de los demás poderes, llevando a una peligrosa atrofia institucional por desuso. La judicialización de más o de menos deslegitima a la justicia constitucional.

Parece, en este paso, que el camino está en “modificar la percepción de las decisiones jurisdiccionales por parte de los actores políticos de «perturbadora» a «estimulante»”.<sup>75</sup> Eso implica renovar el papel de la justicia constitucional, que si bien fue determinado para la estricta limitación del gobierno, es inevitable, en Estados de vulneraciones sociales, una postura jurisdiccional activista. Al mismo tiempo en que debe ser intransigente con los abusos del poder, debe también, lo que parece ser esencial, posibilitar y fomentar el gobierno democrático, con decisiones capaces, en el decir de Dieter Nohlen, de “orientar la actuación de los poderes políticos y ayudar así a generar usos y comportamientos tanto en el ejercicio del poder como en la sociedad”.<sup>76</sup>

Se abre, bajo esa orientación, hacia visiones intermedias, que hablan, a ese respecto de *intensidad leve o estricta del control constitucional sobre el legislador*,<sup>77</sup> *balanceada*,<sup>78</sup> *diálogo interinstitucional*<sup>79</sup> o aun de *activismo*

---

<sup>74</sup> Leonardo Martins alerta para no “saludar el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico”, pues implica “judicializar la política” (*Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, trad. de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 96).

<sup>75</sup> Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, 2008, pp. 115-155.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> Sánchez Gil, Rubén, “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II, pp. 583-606.

<sup>78</sup> Landa Arroyo, César, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000, pp. 173-204. A propósito de esto, César Landa cita la experiencia de esta corriente en Perú: Acción de Amparo, EX 340-98-AA/TC y EX 358-98-AA/TC.

<sup>79</sup> Rothenburg, Walter Claudius, “A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional”, en Clemerson Clève *et al.* (orgs.), *Direitos humanos e democracia*, Río de Janeiro, Martins Fontes, 2007, pp. 429-440.

*jurisdiccional prudente y previsor*.<sup>80</sup> Visiones que, esencialmente, han buscado correctamente la reducción de los espacios de impenetrabilidad del control de constitucionalidad de las *political questions* por juicios ponderativos apoyados en razones prácticas que evitan lesionar la división de poderes, al mismo tiempo que controlan la deslegitimación de la justicia constitucional. El reto está justamente en los *criterios de densidades* entre el activismo y la autocontención, en un movimiento de modulación del poder de constitucionalidad, para la definición de espacios e intensidades de actuación del juez constitucional.<sup>81</sup>

En este contexto, hay repercusiones prácticas en referencia a cuestiones que, en términos procesales, llevan a la exploración por la justicia constitucional de terrenos movedizos. Expresión alusiva a movimientos que si por un lado miran la mayor eficiencia en la efectivización o realización de los derechos fundamentales y la celeridad de la jurisdicción constitucional, por otro presionan la estabilidad de los poderes por la extensión funcional de la justicia constitucional. Implican cuestiones de maximización de la jurisdicción constitucional sobre las cuales debe pesar el equilibrio y la racionalidad, tales como: (a) la *fiscalización ex officio de la constitucionalidad del acto normativo*<sup>82</sup> por cualquier juez o sólo por el órgano máximo de la justicia constitucional; (b) la *corrección jurisdiccional de la omisión constitucional*, especialmente contra el grave déficit en materia de derechos fundamentales, y el control de políticas públicas; (c) *las técnicas de pronunciación de la inconstitucionalidad (sentencias típicas y atípicas) y modulación de los efectos*.

#### D. Articulación con el ciudadano

Hay muchos mecanismos de articulación del juez constitucional con la sociedad para aproximarlos cada vez más al ciudadano, y así sedimentar aún

<sup>80</sup> Bazán, Víctor, “Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina”, *La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27, 2007, pp. 89-112.

<sup>81</sup> Para un estudio más profundo de estos criterios: Thamay, Rennan Faria Krüger y Herani, Renato Gugliano, *Jurisdição Constitucional Concentrada*, Curitiba, Editora Juruá, 2016, p. 185.

<sup>82</sup> Como se discute en Brasil, con la cuestión de la *causa petendi* abierta en el control concreto y, principalmente, difuso (RE 298.694/SP, RE 172.058/SC, RE 416.827/SC); en Uruguay, la cuestión de la inconstitucionalidad difusa de oficio (Esteva Gallicchio, Eduardo Gregorio, “La inconstitucionalidad *ex officio* en el derecho constitucional uruguayo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 4, 2006, pp. 251-262.



más su legitimidad democrática delante de su dificultad contramayoritaria por ser el último intérprete de la Constitución, y así de la protección de los derechos humanos. Uno de estos mecanismos en especial se conecta al ciudadano de forma peculiar, pues permite a éste el amplio acceso a la justicia constitucional, más allá de la hipótesis de la jurisdicción constitucional difusa tradicionalmente presente en América Latina.

A propósito, el mecanismo al que nos vamos a referir parece ser, de todas las originalidades latinoamericanas, la más estimulante, pues desafía el dogma de la “justicia constitucional como bien escaso”. América Latina es pionera en la creación de la acción popular de inconstitucionalidad, a mediados del siglo XIX,<sup>83</sup> y se ha mantenido en diversas Constituciones, convirtiéndose en una marca jurídica de esta región.

La acción popular de inconstitucionalidad no es extraña a Hans Kelsen; al contrario, fue deseada por su superioridad técnica,<sup>84</sup> pero reconocidamente de inviable implementación, “porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos”.<sup>85</sup>

Parece que las prognosis de Kelsen fueron desafiadas por ciertos países latinoamericanos. Es el caso, por ejemplo, de Colombia,<sup>86</sup> que ya considera “patrimonio constitucional colombiano el control de constitucionalidad en la modalidad de acción popular”.<sup>87</sup> Otro país que adopta la acción popular de inconstitucionalidad es Venezuela, tradición que se remonta a 1858, con la competencia exclusiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de juzgar la *demanda popular de inconstitucionalidad*,<sup>88</sup> sin olvidar otros

---

<sup>83</sup> Camazano, Joaquim B., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 106.

<sup>84</sup> “La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial de las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 87).

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 241 de la Constitución de 1991, que es una adaptación del artículo 214 de la Constitución de 1886. Sobre el tema, la Corte Constitucional ya se pronunció: Sent. C-003 de 1993; Sent. C-536 de 1998.

<sup>87</sup> Rey Cantor, Ernesto, “Acción popular de inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 1, 2003, pp. 343-355.

<sup>88</sup> Para utilizarla, basta ser persona con capacidad procesal, física o jurídica, e independientemente de que la ley contestada le afecte la esfera individual o un interés

tantos, como Paraguay, Uruguay, Honduras, El Salvador y Panamá.<sup>89</sup> Para todos esos países, antes que una opción técnico-institucional, está en juego el derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional, de acepción política, porque da autonomía a todo ciudadano para accionar el control del poder político delante de la Constitución.

Se ha reconocido en ese mecanismo, al menos en ciertas localidades, “una gran fuerza integradora”, lo que lleva incluso a pensar si no sería altamente recomendable su ampliación en el interés de la efectividad de los derechos fundamentales. Con más razón si son lugares que han caminado en una dirección opuesta, la de limitar la legitimidad del acceso a la jurisdicción constitucional, como hace Brasil, que, más allá de delimitar el rol de legitimados activos, una jurisprudencia creativa ha impuesto filtros aún más restrictivos, como es la “pertinencia temática”. De ahí que parezca verdadera, al menos como criterio general, la opinión de André Ramos Tavares de que la “idea de la *actio popularis* no debe ser abandonada totalmente, siendo adecuado aproximar al máximo el modelo de ese ideal universal”.<sup>90</sup> Pero la verdad es que lo ideal no tiene la fuerza de suplantar la realidad de Estados de dimensiones continentales y de elevado índice demográfico, como es Brasil, donde si es instaurada la legitimidad universal podría ser altamente disfuncional para el correcto funcionamiento de la justicia constitucional, y así el remedio se dirigiría contra el paciente.

Esa cuestión no es, de modo alguno, una cuestión teórica. Al tomar la realidad brasileña, investigaciones sobre el tema han demostrado un protagonismo en la interposición de acciones directas de inconstitucionalidad por el procurador general de la República, uno de los pocos con legitimidad universal, justamente porque él representa a la sociedad en el control del poder público. Sin embargo, en su mayoría, se refiere a temas relacionados al estatuto jurídico del Poder Judicial, lo que demuestra una orientación corporativista, distante, pues, del ciudadano común, principalmente de aquel que no está inserto en la sociedad civil organizada.

---

procesal calificado (Ortiz, Julio César, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, *Civilizador*, Colombia, 2010, pp. 481-516.

<sup>89</sup> En Guatemala y Ecuador también se reconoce la legitimidad popular, pero en aquél con “la ayuda de tres abogados colegiados activos”, y en éste con “previo reconocimiento del Defensor Público de la procedencia”.

<sup>90</sup> Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 409.

Si las peculiaridades del sistema jurídico-político brasileño no permiten la tradición latinoamericana de acceso de la legitimidad popular a la jurisdicción constitucional concentrada, porque por el exceso de demandas no son irreconciliables, sin embargo, hay formas de socialización del proceso constitucional que permitan la ampliación del acceso a la justicia constitucional concentrada.<sup>91</sup> Es lo que se observa, por ejemplo, con la introducción de nuevos actores del proceso constitucional, tales como el *amicus curiae*, las personas con autoridad en la materia, hábiles para participar en audiencias públicas, además de la pericia judicial. Estas herramientas pueden propiciar una apertura democrática del proceso constitucional, y por eso deben ser cada vez más estimuladas, no sólo para una práctica más frecuente, sino también para ser efectivamente considerado el resultado alcanzado por el juez constitucional en su convencimiento.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como es obvio suponer, las anotaciones precedentes en modo alguno agotan los puntos conflictivos o interrogantes en torno del derecho procesal constitucional. Tampoco podrían por la dificultad de precisar lo que resulta de dinámicas sociales tan heterogéneas, aunque el resultado al que de alguna forma llegamos con las anotaciones arriba es que *el derecho procesal constitucional es en sí mismo la expresión máxima de una marca indeleble del constitucionalismo latinoamericano actual*.

Bajo tal evidencia, sin pretensiones desmedidas y generando más dudas que certezas, lo más relevante es que todavía no se ha logrado el pleno desarrollo dogmático del derecho procesal constitucional, y no será diferente sin conciencia de que su objeto, metodología y funcionalidad se particularizan, si son comparados con las otras ramas del derecho procesal, por inexorablemente hacer frente a *la sustancialidad del derecho constitucional*.

En la búsqueda por un diagnóstico como ése, se observa que los principales retos del derecho procesal constitucional están justamente en su propia consolidación como rama específica del derecho. Fue lo que intentamos demostrar desde la perspectiva del procesalismo constitucional

---

<sup>91</sup> Sobre el desarrollo dogmático y legislativo de la llamada denuncia popular de inconstitucionalidad en Brasil, he tratado en: Herani, Renato G., “Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade”, *Revista Científica virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, n. 8, 2011, pp. 68-75.

señalando algunos de los problemas relativos al desempeño de la justicia constitucional en relación con los demás poderes y con su acceso por parte del ciudadano.

Puesto que el derecho procesal constitucional lleva a la realización del derecho material constitucional, no es creíble el atributo histórico de la autonomía científica del adjetivo delante del sustantivo, tan presente en la evolución del derecho procesal, en el campo del proceso constitucional. Eso porque es inevitable la integración del adjetivo al sustantivo en la unidad material de la Constitución, e indica una reciprocidad al modo de “una materialización del derecho procesal, al condicionarlo a las determinaciones constitucionales y, al mismo tiempo, a una procedimentalización o «desmaterialización» del derecho constitucional, en la medida en que el proceso se muestra indispensable para la realización de la «Ley Mayor» y, luego, también de las «menores» u ordinarias”.<sup>92</sup>

En ese sentido, el discurso de predominio entre procesalistas y constitucionalistas, aunque actual, es alimentado, por cierto de modo antagónico, por un *monismo metodológico* que sólo forja el real “paradigma procesal específico”<sup>93</sup> de protección de la soberanía constitucional. Poca relevancia le queda si lo esencial no es conceder a las categorías procesales constitucionales especial atención en la delimitación de su propio e independiente campo de estudio, en vista de la plenitud funcional, que no puede ser diferente de la multitudinaria y flexible para influir positivamente en el papel del juez constitucional.

Observamos que la visión tradicional de la defensa de la Constitución (función de control o garantía, tribunal especial u órgano de cúpula, específicas acciones, procedimientos y jurisdicción) fue construida bajo los “códigos lingüísticos”, primero, del derecho constitucional y, después, con la convergencia del derecho procesal. Desde entonces se ha hecho relevante la polémica alrededor de la ubicación del derecho procesal constitucional. Entre tanto, la consistencia del debate perdió mucho por ser en el fondo un diálogo de sordos entre aquellos procesalistas y constitucionalistas que aún defienden un paralelismo entre lo procesal y lo constitucional de los sistemas jurisdiccionales de protección de la Constitución. En el fondo, el discurso unilateral no permite que se vea; al contrario, hace la vista gorda

<sup>92</sup> Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, 3a. ed., São Paulo, RCS, 2007, p. 17.

<sup>93</sup> Tavares, André Ramos, *op. cit.*, p. 16.

frente a la irrefutable evidencia de que procesalistas y constitucionalistas ofrecen, juntos, aportes metodológicos que permiten visiones diferentes y complementarias acerca del mismo objeto de estudio.

Lo importante de todo eso es el verdadero significado jurídico-político del procesalismo constitucional en una región que ha aprendido a apoyarse en él en la urgencia de respuestas jurídicas efectivas, tanto para desarrollar los ya tan sufridos sistemas políticos como para para afianzar los derechos humanos. Procesalistas y constitucionalistas se encuentran para explorar, por ángulos diferentes, pero como fue dicho, complementarios, las *zonas de confluencias* en la definición del contenido, métodos y finalidades del derecho procesal constitucional. Son estos espacios comunes que convierten esta rama del derecho en ésa que es una realidad científica latinoamericana y sobre la cual no se cierne la duda, como dice Víctor Bazán,<sup>94</sup> “de su gravitante actualidad y palpitante perspectiva”.

Las temáticas aquí exploradas demuestran las dificultades que aún se enfrentan, de orden material, metodológico y funcional, para la plena autonomía científica del derecho procesal constitucional. Su superación constituye un paso necesario para que alcance estructuras dogmáticas capaces de equilibrar los principales problemas de la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional en una sociedad democrática. Los desafíos aquí destacados apenas refuerzan la idea de que de hecho, el derecho procesal constitucional es el camino para el desarrollo cada vez mayor de los necesarios paradigmas procesales que debe seguir la justicia constitucional. Paradigmas estos que permiten que el juez constitucional, en sus variados espacios de articulación, ya sea con los demás poderes o con el ciudadano, no se aparte, si no que se adapte a las vicisitudes del constitucionalismo contemporáneo.

En ese sentido, el derecho procesal constitucional debe ser —por su objeto, método y funcionalidad— la resonancia positiva de los cambios de las instituciones democráticas y de los métodos de interpretar la Constitución, de modo que sus categorías jurídicas, sin despegarse completamente de las bases esenciales del derecho procesal, sean capaces de instrumentalizar la interpretación y aplicación de los conflictos que tocan a los principales temas del derecho constitucional contemporáneo (como la protección de los derechos humanos, el control de poderes, las múltiples funciones del Estado, la separación de poderes, las formas de autoprotección de las

<sup>94</sup> Bazán, Víctor, *op. cit.*, pp. 89-112.

Constituciones, la jurisdiccionalización de los conflictos constitucionales, la interpretación constitucional, el federalismo, entre otros temas relevantes del derecho constitucional contemporáneo).

Finalmente, volviendo a un *dictum* muy preciso de Hegel,<sup>95</sup> cada pueblo tiene la Constitución que le conviene y le sea adecuada, y aquí agregó: no se conocen las Constituciones latinoamericanas sin considerar *el modo como cada pueblo opera su respectiva justicia constitucional*. Y, en este contexto, al mismo tiempo que la voluntad popular espera de la justicia constitucional la protección de los derechos fundamentales, sabe que en esta función están los principales retos de las próximas décadas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- ANDRÉS CANOSA, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Agencia Imperial, 2011, t. I.
- ASTUDILLO, César I., “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007.
- ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica y Estado constitucional”, *Anales de Jurisprudencia*, México, n. 261, 2003.
- BAZÁN, Víctor, “Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina”, *La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27, 2007.
- BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Chile, Centro de Derechos Humanos Konrad Adenauer, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto, “A Constituição brasileira de 1988, as «constituições transformadoras» e o «novo constitucionalismo latino-americano»”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 26, mai.-ago. 2013.

<sup>95</sup> Hegel, Georg W. Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 199.

- BONAVIDES, Paulo y SARAIVA, Paulo Lobo, “Proposta: Código de Proceso Constitucional”, *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.
- CAMAZANO, Joaquim B., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- CANOSA USERA, Raúl, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 1, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999.
- CARBONELL, Miguel, “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Jurídica*, 2011.
- CASTRO, Marcus Faro de, “Política e Economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos”, *Caderno de Ciência Política*, Brasília, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, n. 7, 1993.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 8, 2002.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo Gregorio, “La inconstitucionalidad *ex officio* en el derecho constitucional uruguayo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 4, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeokelseniano*, México, UNAM, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús, *El juez constitucional*, México, UNAM-SCJN, ts. I y II.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Dikaion*, Colombia, n. 17, dez. 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.
- GARAY, Alberto F, “El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 2, 1997.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Perú, Editora Jurídica Griñley, 2003.
- GIACOMETTE FERRER, Ana, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César



- de Jesús, *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, 3a. ed., São Paulo, RCS, 2007.
- GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, 1995.
- HÄBERLE, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004.
- HÄBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 2004.
- HEGEL, Georg W. Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, 2005.
- HERANI, Renato Gugliano, “Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade”, *Revista Científica virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 8, 2011.
- HERANI, Renato Gugliano, “Repercussão geral: uma análise empírica dos argumentos de reconhecimento”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 27, set.-dez. 2013.
- HESSE, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, trad. de Carlos dos Santos Almeida e outros, São Paulo, Saraiva, 2009.
- HORN, Hans Rudolf, “Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001.
- LANDA ARROYO, César, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000.
- LANDA ARROYO, César, *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2003.

- MARTINS, Leonardo, *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, trad. de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, set. 2008.
- ORTIZ, Julio César, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, *Civilizador*, Colombia, 2010.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo Garcia Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.
- PATRÓN-RODRIGUES, Patricia, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, año 21, n. 62, mai.-ago. 2001.
- PEGORARO, Lucio *et al.*, “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, *Universitas*, Bogotá, n. 128, jan.-jun. 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALVÍDA DE LARREA, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. IV.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, 2000.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Las Constituciones latinoamericanas. Estudio preliminar*, México, UNAM, 1994.
- REY CANTOR, Ernesto, “Acción popular de inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 1, 2003.
- RIBEIRO, Ricardo Silveira, “Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004)”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, jan.-jun. 2012.

- ROSENN, Keith L, “The protection of judicial Independence in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, n. 1, 1987.
- ROTHENBURG, Walter Claudius, “A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional”, en CLEMERSON CLÈVE *et al.* (org.), *Direitos humanos e democracia*, Río de Janeiro, Martins Fontes, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina”, *Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador*, n. 25, 2004.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, *Revista Jurídica del Perú*, n. 03, set. 1996.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas, 2011.
- TAVARES, André Ramos, “O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, abr.-jun. 2007.
- TAVARES, André Ramos, *Paradigmas judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Por que um Código Processual Constitucional?”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 16, out.-dez. 2010.
- TAVARES, André Ramos y HERANI, Renato Gugliano, “A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (o projeto «A circulação da doutrina»)”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 32, mai.-ago. 2015.

- TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger, HERANI, Renato Gugliano, *Jurisdição Constitucional Concentrada*, Curitiba, Editora Juruá, 2016.
- TOCCI, María L. G, “Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurídica UCES*, 2014.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, “Rubén, Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Política, justicia y Constitución*, Ecuador, n. 2, 2012.
- VILHENA, Oscar, “Supermocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, jul.-dez. 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús, *El juez constitucional*, México, UNAM-SCJN, 2009, t. I.

C

*Fecha de recepción:* 8 de noviembre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 1o. de septiembre de 2018.



## Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano\*

### *Configuration of fundamental rights and their essential content within the Constitution of Ecuador*

Sebastián LÓPEZ HIDALGO\*\*

**RESUMEN:** La configuración del contenido de los derechos fundamentales en el ámbito constitucional es una cuestión de trascendental importancia y depende, de forma directa, de una teoría que la sustenta. Si bien esta temática ha suscitado intensos debates en Europa, fundamentalmente en el último tercio del siglo pasado, la discusión, para el caso ecuatoriano, a pesar de contar con una Constitución renovada, ha sido inexistente. Frente a esta situación, que radica, básicamente, en una incomprensión teórica del problema, el presente artículo, luego de exponer algunas de las teorías más relevantes del contenido de los derechos, así como de una revisión atenta del texto constitucional y de la jurisprudencia existente, concluye que una teoría relativa del contenido esencial, que concibe a los derechos fundamentales en un plano de interrelación constante, es la que me mejor se adapta al modelo constitucional perfeñado en la Constitución de 2008, y cuestiona, al mismo tiempo, la adopción acrítica de una teoría que no ha sido bien comprendida y aplicada en el contexto ecuatoriano.

**ABSTRACT:** *The configuration of the contents of fundamental rights in the constitutional arena is an issue of the utmost importance, which directly depends on its underlying theory. Although this topic has been subject of intense debates in Europe, particularly during the last third of the previous century, the discussion in Ecuador is inexistent, despite the emergence of a renewed constitution. Judicial development has, in turn, been inexact. Facing this situation, caused basically by a theoretical misunderstanding of the problem, this article reviews some of the most relevant theories regarding the contents of rights. It then closely analyses the text of the constitution and the existing judicial precedents. The conclusion is that a relative theory of the essential contents of rights, which sees fundamental rights as constantly interrelated, is the most adequate for the constitutional model embodied in the 2008 Constitution. At the same time, the article interrogates the uncritical adoption of a theory that has not been rightly understood in the Ecuadorian context.*

\* El presente artículo, corregido y actualizado, recoge una discusión del trabajo de investigación doctoral de mi autoría con el título: *Legitimidad democrática y la tarea interpretativa en la Corte Constitucional del Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar-Quito, 2016.

\*\* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad del Azuay-Cuenca-Ecuador; docente en la Universidad de Cuenca y en la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; [sebaslopezhidalgo@yahoo.com](mailto:sebaslopezhidalgo@yahoo.com).

**Palabras clave:** derechos fundamentales, contenido esencial, derechos, Ecuador.

**Keywords:** *fundamental rights, essential content, rights, Ecuador.*

SUMARIO: I. *Introducción: el ámbito de configuración de los derechos.* II. *El contenido esencial de los derechos: teorías, críticas y alcances para el constitucionalismo ecuatoriano.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN: EL ÁMBITO DE CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS

Es un tópico frecuente afirmar que el parlamento tiene atribuida la especial competencia para configurar o conformar las disposiciones constitucionales en el marco de un ejercicio de discrecionalidad política.

Esta competencia se relaciona con la facultad de que dispone el legislador para escoger el contenido de las normas entre un amplio número de alternativas políticas de acción, mediante las cuales concreta los enunciados constitucionales con criterios de oportunidad y de conveniencia.

Dicha atribución de competencia se debe, en buena medida, a la calidad que tiene el parlamento como representante de la soberanía popular, así como a la indeterminación semántica de las disposiciones constitucionales sobre derechos que integran el texto fundamental y que, por tanto, necesitan ser concretados mediante medidas legislativas específicas.

Esta concreción resulta conveniente en muchas ocasiones, con el fin de que la fuerza normativa de la Constitución pueda desplegarse de forma plena y efectiva sobre todo el ordenamiento jurídico con capacidad real de transformar la realidad jurídica. Así, la legislación secundaria, respecto de la Constitución, tiene que objetivar los mandatos constitucionales en metas específicas, capaces de armonizar todas las exigencias fundamentales contenidas en preceptos muchas veces abiertos, generales y abstractos.

No obstante, la atribución del parlamento para configurar y concretar el contenido constitucional no significa que las disposiciones previstas en la norma suprema no sean directamente aplicables. Al contrario, “el cumplimiento de los enunciados constitucionales puede exigirse en todo caso, antes, durante y después de la expedición de las leyes que los

configuran<sup>1</sup> de forma directa e inmediata.<sup>2</sup> Es sólo que la “Constitución no vale únicamente en contra de la legislación, sino sobre todo mediante la legislación”.<sup>3</sup>

Desde esta óptica, el ámbito de configuración legislativa aparece como uno de los ejes principales del Estado constitucional, en virtud del cual el órgano democrático (parlamento) se erige como la sede natural, aunque no única, en la que se concretan los contenidos constitucionales.

De esta manera, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales no es unívoca, sino que se proyecta en una doble vertiente: primero, en una vinculación negativa, que supone la prohibición de cualquier injerencia que no esté autorizada constitucionalmente y, segundo, en una vinculación positiva, que se traduce en el mandato de lograr que los derechos desplieguen toda su eficacia normativa.<sup>4</sup>

Entender las cosas así, por un lado, impone admitir la subordinación y sujeción del legislador a los derechos, pero, por otro lado, autoriza a regular las condiciones de ejercicio de los derechos en un marco normativo lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de diferente signo.<sup>5</sup>

Consecuentemente, el nexo entre Constitución y legislación queda definido por una tensión que se proyecta en el tiempo. Así, “mientras la

---

<sup>1</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005, p. 495.

<sup>2</sup> La Constitución ecuatoriana de 2008 —en adelante CRE— en su artículo 11, numeral 3, inciso 1, indica: “...los derechos y garantías establecidos en la Constitución serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...”.

<sup>3</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 495. Igualmente, una referencia normativa a nivel constitucional de este postulado puede verse en el artículo 11, numeral 3, inciso 2, de la CRE que indica: “...para el ejercicio de los derechos y de las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la ley...”.

<sup>4</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, pp. 4-26.

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 11/1981 del 8 de abril de 1981, fundamento jurídico 7, indicó: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de la interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos...”.



legislación concreta en el presente las miras constitucionales de futuro, la Constitución traza el marco de probabilidades de que dispone la política en cada momento histórico”.<sup>6</sup>

Pero, además, la cuestión respecto del margen de configuración del contenido de los derechos que tiene el legislador se genera desde el momento en el que las cortes o tribunales disponen también de un ámbito de concreción.<sup>7</sup> En consecuencia, “ambos —*legislador y tribunal*— ejercen de manera concurrente pero no idéntica construcción del Derecho en forma de concretización. En esta relación de concurrencia el legislador tiene preferencia, pero, el Tribunal tiene la supremacía”.<sup>8</sup> Ahora, la diferencia más relevante reside en el momento y la orientación del ejercicio de dicha facultad de concreción.

En mayor medida, el ejercicio de la competencia legislativa se realiza con anterioridad a la tarea del control de constitucionalidad,<sup>9</sup> y su finalidad consiste en adoptar las cuestiones que en el orden político se consideren más adecuadas para la determinación del contenido de los derechos. Es lo que se ha dado en llamar, de modo genérico, la forma de *intervención legislativa*.<sup>10</sup> En términos constitucionales, el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra para la configuración de los derechos.

Desde el momento en que toda limitación de los derechos se vincula necesariamente a la finalidad de proteger otro derecho, es claro que la actuación del legislador consiste en dar forma a algunos límites de los derechos fundamentales.

El legislador no crea en realidad el específico límite, sino que lo pone de manifiesto en relación con unos derechos o principios que están en pie

---

<sup>6</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 496.

<sup>7</sup> Como indica Klaus Stern, “...al legislador le corresponde una cierta parte de responsabilidad en el desarrollo de la Constitución, que el Tribunal no pone en duda sino que solamente controla”. Véase, Stern, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. de Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, p. 46.

<sup>8</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 130.

<sup>9</sup> Se debe destacar en este punto el ejercicio del control de constitucionalidad previo que existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el proceso de formación de la ley. Véase los artículos 139 y 438, numeral 3, de la CRE.

<sup>10</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 497.

de igualdad,<sup>11</sup> puesto que, como lo anota Medina Guerrero, “insistir en el hecho de que el legislador, al limitar, sólo reproduce unos límites prefigurados ya ex *Constitutione* no debe, empero, conducir al equívoco de estimar que ésta proporciona ya una ordenación de los límites precisa y cierta; fija e inamovible...”<sup>12</sup>

La Constitución se erige como un marco de ordenación de acuerdo con el cual el órgano legislativo no se convierte en un mero ejecutor, sino que dispone de un amplio margen de configuración dentro del espacio que brindan el ejercicio de otros derechos y bienes constitucionales que entran en juego.<sup>13</sup>

Por su parte, en el ejercicio del control jurisdiccional, la determinación del contenido de los derechos se refiere a un momento posterior a la expedición de la norma, y tiene una finalidad distinta, que consiste en indagar si la norma expedida por el legislador ha transgredido algún derecho o principio fundamental.

En palabras de Rubio Llorente, “la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tiene como consecuencia, de una parte, que esa libertad por amplia que se la quiera, haya de tener límites y, de la otra, que esos límites no sean otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación jurídica de los mismos preceptos constitucionales”.<sup>14</sup>

Para tal fin, la corte o tribunal también se ve compelido a reducir el marco de indeterminación de las disposiciones constitucionales cuando opera con normas generales, y a enjuiciar la decisión legislativa en cuestión mediante técnicas argumentales idóneas puestas a su disposición.

Lo apuntado hasta aquí muestra una tensión de orden dialéctico entre la competencia de control de constitucionalidad y el ámbito de competencia del legislador que parte de una teoría del contenido de los derechos.

De ahí que “la depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales representa, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional”.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, cit., p. 91.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma de poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, p. 609.

<sup>15</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitu-

Lo dicho obliga a una breve revisión de las principales teorías que se han ocupado de abordar el significado del contenido esencial, dado que dicho contenido ha sido, tal vez, el criterio más recurrido por la dogmática para intentar definir la vinculación necesaria del legislador democrático y de los poderes públicos a los derechos fundamentales, así como para definir el alcance de la actividad de control de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el problema estriba en poder delimitar de manera precisa cuál es el ámbito de dicha garantía, contenida de alguna manera en la Constitución ecuatoriana de 2008 y recogida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana a la luz de las diferentes teorías que sustentan un contenido esencial de los derechos,<sup>16</sup> cuestionando, por un lado, una adaptación acrítica que ha imperado en el constitucionalismo ecuatoriano, al considerar que los derechos fundamentales contienen un contenido absoluto e inmutable que puede y debe ser definido de manera abstracta en todos los supuestos. Esto evidenciará, además, un problema de definición teórica básica que subyace a las decisiones de la Corte ecuatoriana, en contraposición a la idea originaria instituida por el constituyente en el texto constitucional vigente.

Para ello, se abordarán las diferentes teorías sobre el contenido esencial de los derechos, tratando de identificar cuál de ellas es la que mejor se adapta a un modelo constitucional como el ecuatoriano, que concibe a los derechos fundamentales como sinónimos de derechos constitucionales en un plano de igualdad jerárquica.<sup>17</sup>

---

cional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1981, p. 171.

<sup>16</sup> El artículo 11, numeral 4, de la CRE dice: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”, y el numeral 8, en igual sentido, expresa: “...el *contenido de los derechos* se regulará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio...”.

<sup>17</sup> A diferencia de lo que podría suceder con otros ordenamientos jurídicos, en el caso ecuatoriano el Constituyente de 2008 ha equiparado el concepto de “derechos fundamentales” al concepto de “derechos constitucionales”, dado que no estableció jerarquías entre los derechos reconocidos en la Constitución. Estos derechos fundamentales pueden ser tutelados de forma directa e inmediata, independientemente de si se trata de derechos de primera generación —civiles y políticos—, o de derechos de segunda o tercera generación, como pueden ser los derechos económicos, sociales y culturales, e inclusive, derechos de la naturaleza, tal como se encuentra recogido en la carta fundamental.

## II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: TEORÍAS, CRÍTICAS Y ALCANCES PARA EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

Ciertamente, un análisis a profundidad de las diferentes teorías del contenido esencial excede las posibilidades y límites de este trabajo.<sup>18</sup> Consecuentemente, una revisión crítica general de lo que pueden constituir las principales posiciones doctrinales y sus aportaciones para contribuir a precisar cuál es el contenido esencial de los derechos en el texto constitucional ecuatoriano,<sup>19</sup> así como evidenciar los vacíos y contradicciones existentes dentro del sistema, destacan como los puntos centrales en este apartado.

### 1. *Teoría absoluta del contenido esencial de los derechos*

La teoría absoluta espacial es aquella que representa a los derechos fundamentales como instituciones estáticas que ocupan un lugar con coordenadas concretas dentro del ordenamiento jurídico.<sup>20</sup> Definido de esta forma, “el

<sup>18</sup> Un estudio de las teorías acerca del contenido esencial puede encontrarse en Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 23-39.

<sup>19</sup> Una referencia al contenido esencial de los derechos sólo puede ser entendida en la actualidad como una consecuencia de la necesidad sentida en Europa, tras la última guerra mundial, de reconstruir la vida social y política sobre principios y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatalitas, y de dotar a los derechos de garantías efectivas, capaces de convertir al propio texto constitucional en un documento resistente frente a su disponibilidad por el propio legislador. Así, la principal desconfianza ante el legislador ordinario es el origen del actual artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, que, entre otros mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, sitúa al contenido esencial de los derechos como la garantía frente a toda actividad normativa del legislador que afecte a tales derechos. Dicho artículo ha sido fuente de inspiración del constituyente español de 1978, como se refleja en el artículo 53 de la Constitución Española. Véase esta referencia en Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional...”, *cit.*, pp. 169 y 170. Para algunas importantes referencias sobre la relación entre la legislación alemana y la española respecto de las teorías acerca del contenido esencial, puede verse Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>20</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 405.

contenido de los derechos fundamentales se explica a través de un determinado ámbito, en el centro del cual se ubica su núcleo”.<sup>21</sup>

Esta teoría sostiene que existe una esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial e indisponible. Distingue en cada derecho dos partes: una, formada por un núcleo, que vendría a ser el contenido esencial, y otra parte accesoria o no esencial, identificada como la zona de periferia del derecho. La intervención legislativa sólo sería constitucionalmente admisible en la zona periférica o no esencial, pero nunca en el núcleo.<sup>22</sup>

El núcleo del derecho en la teoría absoluta es susceptible de ser definido en abstracto con independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento. Según esta teoría, el contenido esencial es uno y siempre el mismo, pudiendo ser establecido para cada derecho fundamental en abstracto.<sup>23</sup>

Su núcleo constituye “el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”.<sup>24</sup> Se trata, por tanto, de un tipo abstracto que preexiste conceptualmente al momento legislativo como una medida establecida y fija, como un elemento estable y definitivo<sup>25</sup> que debe permanecer siempre, antes y después de cualquier intervención legislativa. Junto a este núcleo inviolable existiría entonces una zona periférica donde el legislador puede ejercer libremente su competencia o configuración legislativa.

Como se ve, sin mayor esfuerzo, podría decirse que, por un lado, la aportación de esta teoría estriba en intentar armonizar la vinculación a los derechos fundamentales que tiene el legislador democrático y su competencia para la configuración legislativa de aquéllos, admitiendo intuitivamente un contenido abstracto y, por otro lado, en determinar que en ningún caso los derechos pueden quedar vacíos de contenido. El contenido nuclear de los derechos para la teoría absoluta es pleno, fijo, inmutable y determinable *ex ante*.

---

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 22 y 23.

<sup>23</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional...”, *cit.*, p. 183.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>25</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *cit.*, p. 272.

A pesar de la aportación que brinda esta concepción teórica, en esta visión del ejercicio de los derechos y su contenido, el margen de configuración legislativa queda excesivamente restringido, al trasladar a las cortes o tribunales constitucionales la facultad de determinar mediante una simple actividad deductiva, mecánica y en abstracto, cuál es el contenido de cada derecho, prescindiendo de las exigencias de valoración, ponderación o posible colisión de los derechos en los casos concretos.

Por otro lado, la tarea de determinar el contenido de los derechos en abstracto parece complicada, si se tiene presente que en la mayoría de los textos constitucionales las disposiciones de derechos fundamentales se han enunciado en términos altamente vagos y generales, de modo que no queda absolutamente claro, siempre y en cada momento, cuál es el contenido esencial abstracto de *todos* los derechos.<sup>26</sup>

Así, la indeterminación que genera la especial imprecisión semántica de los derechos fundamentales vuelve una tarea complicada establecer en abstracto los contenidos de *todos* los derechos, sin tomar en cuenta las especiales circunstancias que brindan los casos concretos.

Además, una teoría absoluta por definición *intuicionista* con cada derecho, que deja un excesivo poder de definición y concreción en manos de las cortes y tribunales en desmedro del legislador democrático, favorece la desconstitucionalización del contenido periférico de los derechos por cuanto el legislador, al menos en apariencia, podría quedar librado de cualquier vínculo o control respecto de la parte blanda o zona de periferia del derecho.

Sin embargo, esto sería contrario a las posiciones que defienden una versión clásica de las tesis absolutas, que identificarían siempre y en abs-

---

<sup>26</sup> Para el caso ecuatoriano, aunque la Constitución actual es de aquellas Constituciones de detalle (cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos sin contar con sus disposiciones transitorias y otras de naturaleza similar), también incorpora una serie de derechos en forma de cláusulas abstractas y generales, lo que imposibilita su determinación *ex ante*, en abstracto, de manera definitiva, de un contenido absoluto de cada derecho. Un análisis interesante sobre las paradojas y encrucijadas que presenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos como normas abstractas puede verse en Rodríguez, Diego, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”, en *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas, 2011, pp. 147-206. Con otra perspectiva, sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, puede verse Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Ávila, Luis (edit.), *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 157 y ss.

tracto un mismo contenido inmutable y unívoco para todos los casos. Es decir, aun antes de cualquier intervención y configuración del contenido, éste podría y debería ser definido.

De ahí puede deducirse que “una teoría absoluta del contenido esencial no puede decir qué razones superiores no son superiores, sino tan sólo que no existen razones superiores”<sup>27</sup> dentro del ordenamiento jurídico, puesto que las mismas han venido ya definidas y son plenamente identificables.

Particularmente, para el caso ecuatoriano, con algún matiz, dado que la Constitución contiene una carta especialmente extensa, con una riqueza de formas normativas<sup>28</sup> que integran derechos con unos contornos más definidos y otros más generales y abstractos, parece no ser apropiada una teoría absoluta del contenido *en todos* los casos, en razón de que *no todos* los derechos fundamentales se encuentran en la posibilidad de ofrecer de forma clara, indiscutible, *ex ante*, un contenido esencial, estático y definitivo que auspicie, además, una deslegitimación apresurada de adaptación política de la norma fundamental.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 290. El mismo Robert Alexy indicó: “La convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas —y sólo éstos son derechos absolutos genuinos— puede ser que sea considerada autovinulante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional”. *Ibidem*, p. 291.

<sup>28</sup> Como lo sostienen algunos autores: “Sin llegar a ser códigos, las nuevas constituciones se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista... Por su extensión, estas constituciones en alguna medida podrían ser consideradas herederas de la tradicional presencia de textos dilatados y prolíficos...”. Véase, Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 175. Aun así, estos autores reconocen que las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano son “...esencialmente principistas...”, por cuanto “...los principios que abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente...”. *Ibidem*, pp. 173 y 174. Una simple mirada al texto constitucional ecuatoriano confirma lo dicho respecto de la variedad normativa que lo integra: valores constitucionales, normas principios, normas reglas, directrices, encargos al legislador democrático por parte del poder constituyente, están presentes en la Constitución ecuatoriana de 2008 como normas constitucionales.

<sup>29</sup> La abstracción no sólo sirve para sortear la objeción contramayoritaria, sino que, además, cuando una Constitución es más detallada y específica, menos apta será para afrontar los problemas de futuro. De ahí que no resulte improbable que este tipo de Constituciones acaben frecuentemente siendo revisadas o reemplazadas por otras.



## 2. *Teoría relativa del contenido esencial de los derechos*

La teoría relativa partiría de la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional frente a la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionales.<sup>30</sup>

Para esta teoría, el contenido esencial coincide con una exigencia de justificación, es decir, no existe un contenido abstracto identificable en todo momento y en toda circunstancia para cada derecho fundamental, ya que los derechos poseen igual rango y se relacionan en circunstancias y casos específicos.

Un derecho fundamental, en esta visión, está contenido en una norma constitucional y convive con otras de igual rango y jerarquía, “lo que impone ajustar el contenido de una y otras de forma que ninguna de ellas se vea preterida en su vigencia”.<sup>31</sup>

Más allá de que los enunciados constitucionales puedan disponer de un significado *prima facie*, en la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de un ejercicio de proporcionalidad o ponderación.<sup>32</sup> No tiene, por tanto, la teoría relativa como punto de partida un contenido que se aprecie como esencial al estilo de una medida preestablecida, fija e inmutable.<sup>33</sup>

Para las teorías relativas, “sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se

---

<sup>30</sup> Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 20 y 21.

<sup>31</sup> Véase, Bastidas, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 113.

<sup>32</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288. Por su parte, dado que el presente estudio pretende una aproximación a la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales en el caso ecuatoriano, un estudio al detalle sobre la aplicación del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad en la justicia constitucional ecuatoriana y su relación con los derechos fundamentales puede consultarse en López Hidalgo, Sebastián, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 65, 2017, pp. 185-217.

<sup>33</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., p. 272.

podiera justificar constitucionalmente”.<sup>34</sup> Es decir, el contenido esencial tiene un valor declarativo, en el sentido de que no es un elemento estable, sino determinable a partir de la propia norma de derecho fundamental en conexión con la justificación de una intervención<sup>35</sup> en los casos concretos.

Lo anterior implica que a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite impuesto a los derechos fundamentales, el intérprete deba realizar un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental específico.<sup>36</sup>

Se trataría de una visión “conflictualista del ejercicio de los derechos”<sup>37</sup> que es la que se encuentra en la base del juicio de ponderación, y que es la que permite “desarrollar una argumentación más transparente y racional, y con ello también una justificación más adecuada de las decisiones, dado que nos muestra mejor qué es lo que hay que tener en cuenta, esto es, cuáles son las razones en pugna y cómo y por qué nos inclinamos a favor de unas u otras”.<sup>38</sup>

Dicha tarea de justificación racional debe ser realizada entonces mediante el principio de proporcionalidad. Así, el contenido constitucional será respetado cuando la limitación se encuentre justificada según la Constitución, de suerte que “garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad se identifican”.<sup>39</sup>

Las críticas a esta teoría apuntarían a que mediante una concepción relativa, el contenido esencial del derecho no sería más que una garantía formal y puramente retórica, puesto que admitir que un derecho puede quedar

---

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 21.

<sup>37</sup> La teoría conflictualista es aquella que considera a los derechos en constante tensión. Reposa en una teoría interna de los derechos y puede alentar un incremento de los mismos y de sus ámbitos de protección, con la consiguiente minimización del poder. Sin embargo, como lo anota Prieto Sanchís, partidarios de los derechos como condiciones absolutas, tales como Ferrajoli, temen que los derechos puedan ser devaluados, perdiendo su fuerza normativa si se los considera en objetos de transacción vía ponderación. Véase, Prieto Sanchís, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en Ortega y De la Sierra (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 62 y 63.

<sup>38</sup> *Idem.*, p. 64.

<sup>39</sup> Martínez Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 22.

limitado al amparo de otros bienes constitucionales igualmente protegidos, sin requerir más que un juicio de proporcionalidad de la medida limitadora, equivale a relativizar por completo el carácter jurídico del derecho fundamental, sometiéndolo a permanentes restricciones bajo la fachada de justificaciones proporcionales.<sup>40</sup>

De ahí la tesis difundida en la doctrina acerca de la naturaleza meramente declarativa de la garantía de contenido esencial, que no añadiría nada a la mención constitucional del derecho fundamental, ya que el derecho empezaría donde acaba la posibilidad de limitarlo, pero que ha de permanecer, sin embargo, en la retaguardia del Estado constitucional, para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales,<sup>41</sup> reafirmando la limitación del legislador frente a los derechos.

De alguna manera, dado que existen unos derechos con unos contornos más precisos, la Constitución ecuatoriana parece haber tomado este rumbo cuando indica que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos.<sup>42</sup> Así, una intervención por parte del legislador o de los poderes públicos en el ámbito de los derechos sería justificable si hubiese superado con éxito un test de proporcionalidad.

A pesar de ello, una incompreensión básica de los modelos teóricos que fundamentan la vigencia de una u otra teoría parecería ser el origen del problema en el sistema ecuatoriano.

Y es que también la Corte Constitucional ecuatoriana parece ser cómplice de aquella anunciada incompreensión cuando, moviéndose entre una concepción relativa del contenido de los derechos<sup>43</sup> y la teoría absoluta de

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>41</sup> Haberle, Peter, “El legislador de los derechos fundamentales”, en López Pina, Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991, pp. 122 y 123.

<sup>42</sup> Véase el artículo 11, numeral 8, inciso 2, de la CRE.

<sup>43</sup> Véase la sentencia de la Corte 012-09-SEP-CC del 14 de julio de 2009. En dicho fallo, la Corte Constitucional ecuatoriana, refiriéndose al contenido esencial de los derechos, manifestó: “Esta teoría constituye un nuevo paradigma con una interpretación diferente a la habitual (jerarquía, ponderación, subsunción, etc.). Para sus teóricos, los derechos fundamentales son armónicos, constituyéndose en un mito la tan mentada colisión entre derechos, ya que si un derecho es excluido por otro, siguiendo una suerte de darwinismo jurídico, uno de aquellos tiende a depreciarse, lo cual no es susceptible dentro del constitucionalismo, puesto que éste tiende a que los derechos coexistan armónicamente. El punto de partida de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armo-

los mismos,<sup>44</sup> ha indicado que el contenido de los derechos puede variar según el devenir histórico, recalcando que

...es más adecuado no distinguir entre núcleo duro y parte accidental, puesto que el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad... lo cual evidencia armonización y ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos.<sup>45</sup>

Entre una teoría absoluta, escasamente comprendida en sus dimensiones y alcances, y una teoría relativa, el máximo órgano de control constitucional del Ecuador no ha logrado descifrar cuál es la teoría del contenido esencial de los derechos que se adapta fielmente al modelo constitucional ecuatoriano contenido en la Constitución de 2008. Esta situación no sólo ha contribuido a una indefinición de los derechos constitucionales, sino que ha minado la legitimidad del órgano de control encargado de definir el contenido de aquellos derechos en una carta constitucional que se mira garantista.

Sea como fuere, la carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar-regular los derechos fundamentales en el marco de lo que la propia Constitución establece parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos,<sup>46</sup> y su origen, según P. Sanchís, se encontraría

---

nía y no su contradicción... Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no es buena técnica establecer limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro, ya que lo que se busca es la armonía entre tales derechos... La concepción del contenido esencial considera que es más adecuado no distinguir entre el núcleo duro y parte accidental, puesto que el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad y que el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido por el derecho, es decir, desde la finalidad del derecho mismo, lo cual evidencia la armonización y el ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos”.

<sup>44</sup> Véase la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC del 09 de septiembre de 2010, en donde la Corte parece adoptar una teoría absoluta del contenido de los derechos, pero también parece orientarse hacia una teoría mixta del contenido esencial.

<sup>45</sup> Véase la sentencia referida 012-09-SEP-CC del 14 de julio de 2009.

<sup>46</sup> Destacando que no es lo mismo limitación que menoscabo o anulación, el artículo 11, numeral 8, inciso 2, de la CRE dice: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

...en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales, que supone una inversión de la presunción de constitucionalidad que acompaña habitualmente a los productos del legislador, de manera que cuando este se mueve en la esfera de los derechos es él mismo quien debe destruir la presunción de inconstitucionalidad.<sup>47</sup>

### 3. *Teoría mixta del contenido esencial de los derechos*

Esta teoría conjuga los postulados básicos de la teoría espacial absoluta con el reconocimiento del principio de proporcionalidad como un elemento integrante de la teoría relativa. Sin embargo, conviene recalcar, desde el inicio, que en esta perspectiva de carácter mixto los derechos fundamentales pueden ser vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta.

El matiz que se añade por parte de la teoría mixta es que las intervenciones del legislador en la periferia de los derechos no se encuentran desvinculadas jurídicamente. Dichas intervenciones en la zona de periferia son controlables jurídicamente mediante el principio de proporcionalidad, mientras que el núcleo del derecho debe permanecer inmutable. Lo inmutable sigue siendo el núcleo, pero la periferia estaría siempre sometida a un marco de intervención proporcional. En la doctrina española, L. Parejo,<sup>48</sup> P. Sanchís<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, 2000, p. 75.

<sup>48</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional...”, *cit.*, p. 182. Según este autor, “la garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia, y consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales”. Así, en dicha concreción de límites, el núcleo esencial es irreductible; sin embargo, el margen de periferia sí podría sufrir restricciones.

<sup>49</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 142 y ss. De conformidad con Prieto Sanchís, “cabe deducir que la cláusula del contenido no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso puede sobrepasarse”. Si bien, para Prieto Sanchís, los derechos fundamentales no son ilimitados, debido a que caben ciertas restricciones legislativas sobre los mismos, dicha intervención debe respetar un límite absoluto del contenido esencial, además de estar justificada en términos proporcionales. Es decir, el contenido esencial constituye —para el autor— un parámetro independiente del principio

y M. Medina Guerrero<sup>50</sup> cuentan entre los autores más destacados en relación con lo que se podría denominar la teoría mixta del contenido esencial, en la cual, de una u otra manera, enfatizan que la ley debe concretar los indeterminados enunciados constitucionales y precisar las condiciones del ejercicio de los derechos en un amplio margen de libertad para el legislador, limitándolo únicamente por el contenido esencial de los derechos.

Ahora bien, debido a que, por un lado, los defensores de esta teoría parten de un reconocimiento parcial de la teoría absoluta, en el sentido de que identifican un contenido constitucional intangible o inmutable y, por otro, un espacio periférico que se encontraría sujeto a una evaluación de proporcionalidad en parte, las mismas críticas que se vierten contra la teoría absoluta son aplicables a la teoría mixta, ante la dificultad de identificar más allá de un mero intuicionismo, un contenido esencial intangible que en ningún caso puede sobrepassarse.

Puede decirse que la teoría mixta da un paso delante sobre la teoría absoluta, porque reivindica el juicio de proporcionalidad como la medida idónea de evaluación en la zona periférica de los derechos. No obstante, siendo ésta su especial aportación, dicho argumento se convierte precisamente en su mayor debilidad.

Así, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida “es incompatible por entero con la ponderación entre derechos y bienes y con la aplicación del principio de proporcionalidad; correlativamente, la ponderación y el principio de proporcionalidad son conceptos metodológicamente contradictorios con la idea del contenido esencial, entendido en los términos de la teoría absoluta”.<sup>51</sup>

La manera en la que el principio de proporcionalidad y el contenido esencial pueden integrarse en una misma estructura teórica es posible si se

---

de proporcionalidad. En todo caso, la utilización y justificación que brinda el principio de proporcionalidad sólo sería viable en la zona de periferia del derecho.

<sup>50</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, cit., p. 170. Para este autor, contenido esencial y principio de proporcionalidad son dos —límites de los límites— de los derechos fundamentales que funcionan de modo independiente. Así, sostendría que “el contenido constitucionalmente protegido (o contenido total) se estructura, en suma, en dos zonas: una central, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra externa, que en alguna ocasión hemos dado en denominar (contenido inicialmente protegido) dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado”.

<sup>51</sup> *Idem*.

piensa que el contenido esencial no es nada distinto a lo que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad, como lo han defendido algunos teóricos.<sup>52</sup> Por esta razón, el contenido esencial no podría ser identificado *ex ante*, y sería más bien aquello que se evidencia después de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En efecto, una conclusión básica es que mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho de forma aislada con un contenido inmutable e invariable, la teoría relativa, con el principio de proporcionalidad por medio y como parámetro de justificación de la restricción, analiza a los derechos en una continua relación dialéctica de unos con otros, más aún si se presentan, como sucede en la Constitución ecuatoriana, en un plano de igualdad jerárquica y de plena justiciabilidad.<sup>53</sup>

La idea de que todo derecho fundamental tiene un contenido esencial inmutable en el que no caben “limitaciones” atendiendo al ejercicio de otros derechos, presupone una observación de los derechos aislados unos de otros. Por esta razón, solamente la teoría relativa se justifica en una Constitución en la que los derechos están en pie de igualdad y en constante interacción.

Además, un exagerado ejercicio cognitivista ha llevado a desplazar el concepto de “limitaciones” constitucionales a los derechos fundamentales por el de “delimitación”<sup>54</sup> interna de los derechos, tratando de suprimir el

---

<sup>52</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 288 y 291; Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., pp. 272 y ss.; Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Thomson Civitas, 2008, pp. 123 y 124.

<sup>53</sup> Véase el artículo 11, numeral 6, de la CRE.

<sup>54</sup> Ignacio Villaverde, con algún matiz, ha manifestado: “En rigor habría que decir que los conflictos, si existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en la que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, si se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa, ya que puede hacer pensar una colisión entre derechos cuando la colisión es entre derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se puede hablar de colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses”. Véase Villaverde, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, MJDH, 2008, pp. 175 y 176. Igualmente, Ignacio de Otto ha preferido hablar de delimitación de los derechos, asumiendo que “lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fun-



aparente absurdo que puede significar que el legislador limite un derecho creado por la Constitución, y de soslayar, al mismo tiempo, el tinte negativo que la palabra “limitación” tiene en el mundo de los derechos.<sup>55</sup>

Al respecto, conviene advertir al menos tres situaciones en el caso ecuatoriano. Primero, la Constitución vigente en ningún momento habla de “delimitación”, y, con ello, de una teoría absoluta como si *todos los derechos* pudiesen brindar de forma clara al intérprete un contenido intocable en abstracto que permita un simple ajustamiento o delimitación. En apoyo de lo dicho puede considerarse, entre otras, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, del 17 de septiembre de 2014, donde la Corte Constitucional ecuatoriana recalca que los derechos fundamentales no tienen el carácter de absolutos, y, en consecuencia, admiten ciertas limitaciones.

Ciertamente, la Constitución actual es clara al manifestar que no cabe “restricción” al ejercicio de los derechos.<sup>56</sup> Aun así, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia 010-13-SIN-CC del 25 de septiembre de 2013 ha indicado que “...la facultad de configuración legal, que conlleva restricción de derechos constitucionales, debe realizarse en observancia de los crite-

---

damental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas”. Véase, Otto y Pardo, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 137. Finalmente, Antonio-Luis Martínez Pujalte también es partidario de este concepto cuando dice: “Lo que se impugna no es, pues, la existencia de los conflictos de derechos, sino su interpretación; y, la que propongo induce a considerar todos los conflictos como aparentes... El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducido...”. Véase, Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit. Ahora bien, conforme lo ha anotado Bernal Pulido, la posición de De Otto y, por extensión, la de quienes siguen esta idea, supone un exagerado credo cognitivista del contenido de los derechos, así como una exagerada posibilidad de analizar las disposiciones fundamentales por métodos lingüísticos, lo cual resultaría inviable. Así, indicó: “según este autor —De Otto—, lo que sucede en realidad es que en estos eventos —de supuesta limitación— la posición jurídica que aparentemente resulta amenazada por ley y cuya restricción estaría justificada por el derecho o bien que respalda la intervención legislativa, no pertenece realmente al ámbito del derecho fundamental supuestamente restringido”; véase, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 453 y 454.

<sup>55</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 475.

<sup>56</sup> Véase el artículo 11, numeral 4, de la CRE.

rios de razonabilidad y proporcionalidad...”. Igualmente, la sentencia de la Corte 005-15-SIN-CC, p. 16, del 18 de marzo de 2015, con una referencia a la sentencia de la Corte 010-13-SIN-CC, vuelve a indicar lo mencionado en relación con la restricción. Por otro lado, la misma Corte ha intentado remarcar que una cosa es la *regulación* y otra cosa es la *restricción* (Sentencia 003-14-SIN-CC, pp. 40-41, del 17 de septiembre de 2014, referida a la Ley de Comunicación, donde aclara que dicho cuerpo legal regula el ejercicio de los derechos y no restringe los mismos).

De esta manera, se ha dejado abierta la posibilidad de una “regulación”,<sup>57</sup> tal como la propia Corte lo ha reconocido en la sentencia 009-10-SIN-CC del 09 de septiembre de 2010, cuando se puso de manifiesto lo siguiente:

Resulta, entonces, que cuando se determina el principio de reserva legal como el establecido en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución, la regulación del mismo no admite otra sino la que debe ser realizada por el Legislador, encargado en última instancia de regular cuidadosamente la materia que es sometida a su conocimiento, en el presente caso, la limitación de los derechos fundamentales en la contratación colectiva reconociendo que la potestad reglamentaria se halla restringida y subordinada.<sup>58</sup>

En igual sentido, la Constitución ha fijado que sólo mediante ley se pueden establecer ciertas limitaciones. Por ejemplo, el artículo 69, numeral 2, de la CRE señala: “Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en

<sup>57</sup> En efecto, los artículos 132 y 133 de la CRE, referidos a los principios de reserva de ley ordinaria y orgánica, respectivamente, facultan al legislador a *regular* el ejercicio de determinados derechos y materias. Puede verse, en ese mismo sentido, por ejemplo, el artículo 66, numeral 22, que dice: “22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y formas que establezca la ley”, o el artículo 68, que indica: “La unión estable y monogamia entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancia que señale la ley...”.

<sup>58</sup> También puede verse, en materia de control abstracto de normas, las sentencias de la Corte ecuatoriana: 003-14-SIN-CC del 17 de septiembre de 2014, 014-15-SIN-CC del 29 de abril de 2015 y 019-15-SIN-CC del 24 de junio de 2015. Con una referencia al caso español, Blanca Rodríguez anota que la preferencia en el sistema español es la “regulación”, no la imposición de límites al ejercicio de los derechos. No obstante, dice: “...ésta última se asume de forma implícita, en la medida en la que toda regulación del ejercicio de un derecho traza al mismo tiempo e inevitablemente los límites de su ejercicio”. Véase, Rodríguez, Blanca, “El caso «Valenzuela Contreras» y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, p. 238.

la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley...”; el artículo 66, numerales 17 y 21, de los derechos de libertad establece: “17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso salvo los casos que determine la ley”, “21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley...”. Estas reservas habilitan al legislador para fijar con un margen de libertad constitucional la regulación de los límites de un derecho fundamental.

De lo que se trata, en definitiva, es de una “limitación constitucionalmente admisible” cuando de satisfacer otros derechos se trata (lo que se conoce como los límites inmanentes).<sup>59</sup> Lo que no cabe, en consecuencia, es una “regulación” que vuelva impracticable el ejercicio del derecho o lo dificulte más allá de lo que la propia Constitución pudiese autorizar.

Segundo, el solo hecho de denominar a una intervención legislativa como una actividad de “delimitación” no suprime el riesgo de que el legislador pueda limitar de forma excesiva los derechos. Consecuentemente, sólo tras acometer las valoraciones necesarias mediante el principio de proporcionalidad es posible rechazar una intervención arbitraria y desproporcionada por parte del legislador que debiendo configurar un derecho, en realidad lo desfigura.

Y, tercero, se puede objetar al uso de la palabra “delimitación” su desmedida confianza en una objetividad abstracta del contenido de *todos los*

---

<sup>59</sup> Los límites inmanentes son aquellos que se derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional (“límites inmanentes” o “lógicos”). Véase, Bastida, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 139. Por otro lado, como un contraste a los límites inmanentes, los mismos autores se han referido a los límites externos indicando que “su principal característica es que son restricciones que para su establecimiento la Constitución habilita a un poder público, normalmente el legislador. Es por ello que son límites externos, ya que no derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas constitucionales o están fijados expresamente por el propio enunciado iusfundamental. La Constitución llama a un poder constituido para que cree esos límites. Así pues, estos límites solo existen si ese Poder constituido los crea. Mientras el habilitado por la Constitución no haga uso del apoderamiento para crear restricciones a los derechos fundamentales, esas restricciones no existen. El límite externo es contingente, y, además, su creación es constitutiva... De modo que no quepa deducir de los enunciados iusfundamentales cláusulas implícitas de limitación externa de los derechos; sin perjuicio de que la Constitución pueda establecer una habilitación general expresa de limitación de los derechos fundamentales (como la contenida en el artículo 19 LFB)”. Véase, Bastidas, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 115.

*derechos* fundamentales, cuando, en realidad, las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan más bien por su indeterminación semántica.

Por lo tanto, si se parte de un modelo de derechos-principios sustantivos<sup>60</sup> y los mismos son considerados como posiciones cerradas, definitivas o absolutas, se llega al resultado de que nunca pueden existir limitaciones legítimas o constitucionalmente admisibles al ámbito de ejercicio de los derechos. Por el contrario, si se parte de un modelo de principios abiertos y generales, es posible una limitación constitucionalmente admisible de un derecho garantizado *prima facie* por las normas de derecho fundamental que, tras la valoración de cada caso, puede alcanzar el carácter de definitiva.<sup>61</sup>

Junto a ello, pueden ayudar al propósito de concretar el margen de discrecionalidad sobre el alcance del contenido esencial de los derechos, tanto en la sede legislativa como la judicial, un principio de desarrollo progresivo del ejercicio de los derechos con la consecuente prohibición de regresividad,<sup>62</sup> así como un principio de aplicación más favorable o *pro homine* y un criterio de interpretación sistemática de la norma fundamental.<sup>63</sup>

En conclusión, una objetividad total únicamente podría alcanzarse en un sistema “ideal” en el que la Constitución pudiese determinar por completo el contenido de cada uno de los derechos que la integran.<sup>64</sup>

Como consecuencia, la función de la corte o el tribunal sería únicamente subsumir los hechos de un caso en el amplio catálogo constitucional disponible, y el parlamento se reduciría al mínimo, encargado únicamente de

---

<sup>60</sup> La expresión “principios sustantivos” es utilizada en el presente trabajo para referirnos a los derechos fundamentales en sí mismos, a diferencia de los denominados “principios de aplicación”. Para el efecto, sigo la guía que en el constitucionalismo ecuatoriano ha sido trazada por Ramiro Ávila en su artículo, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 24. También del mismo autor, el artículo, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 39-72.

<sup>61</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 271.

<sup>62</sup> Sobre este principio, la Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado, entre otros casos, en la sentencia 005-13-SIN-CC del 09 de abril de 2013.

<sup>63</sup> Véase el artículo 11, numerales 5 y 8, inciso 1, de la CRE.

<sup>64</sup> En relación con las propiedades de un sistema jurídico ideal y coherente o del ideal de una norma perfecta y sus dificultades, puede consultarse Gunther, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. de Juan Carlos Velasco, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995, p. 214.

una mera ejecución de la Constitución, perdiendo todo su significado como espacio ideal de la deliberación democrática.

Sin embargo, ello es imposible, amén de poco deseable, en un Estado con contextos plurales y diversos como el Ecuador. Por esa razón, las cláusulas abstractas de derechos son ideales para una deliberación democrática, y aunque conlleven un margen de discrecionalidad en su aplicación, ello es preferible antes que pretender determinar en abstracto el contenido de unos derechos que deben ser configurados de manera progresiva.

Así, la única teoría compatible con una aplicación del criterio de proporcionalidad capaz de enjuiciar la legítima intervención del legislador en el mundo de los derechos desde un punto de vista positivo es una teoría relativa del contenido de los mismos. Desde esta perspectiva, el contenido de los derechos no constituye una tarea de identificación en abstracto, como supone la teoría absoluta, que limita de entrada las competencias del legislador democrático por suponer un contenido *a priori*, inmutable y definitivo para cada derecho.

Al contrario, el contenido del derecho debe ser concretado en atención a las específicas circunstancias del caso, lo que requiere la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control razonable de la tarea legislativa. De esta manera, se justifica también la previsión de la norma fundamental ecuatoriana que consagra positivamente la vinculación del legislador a un contenido de los derechos, abandonando una concepción pasiva de los mismos, tan sólo como límites de los límites a los poderes públicos.

### III. CONCLUSIONES

La configuración de los derechos fundamentales es una tarea necesaria que cobra un diferente matiz si proviene del legislador o de los órganos jurisdiccionales supremos. De hecho, como se dejó indicado, ambos —*legislador y tribunal*— ejercen de manera concurrente, pero no idéntica, la construcción del derecho en forma de concretización. Ahora, son las diferentes teorías del contenido de los derechos las que aportan en dicha configuración y concreción.

Así, se ha observado que una teoría absoluta del contenido esencial contempla la idea de una esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial, un núcleo susceptible de ser definido en abstracto con

independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento.

Sin embargo, esta visión de los derechos y su contenido parece una tarea difícil, si se tiene presente que en la mayoría de los textos constitucionales contemporáneos las disposiciones de derechos fundamentales se han enunciado en términos altamente vagos y generales, de modo que no es absolutamente claro, siempre y en cada momento, cuál es el contenido esencial de *todos* los derechos.

Para el caso ecuatoriano, con una Constitución en la que ciertos derechos aparecen con unos contornos más definidos, y otros más generales y abstractos, no resulta apropiada una teoría absoluta del contenido en todos los casos, en razón de que *no todos* los derechos fundamentales ofrecen de forma clara un contenido esencial, estático y definitivo.

Por otro lado, la teoría relativa del contenido de los derechos parte de la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales igualmente protegidos.

A pesar de las críticas que enfrenta la teoría relativa, la Constitución ecuatoriana parece haber adaptado sus postulados cuando de forma expresa ha indicado que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos.

Una conclusión básica es que mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho de forma aislada, con un contenido inmutable e invariable, la teoría relativa, con el principio de proporcionalidad por medio, analiza a los derechos en una continua relación dialéctica, como sucede en el caso ecuatoriano.

El mayor problema es que la Corte Constitucional no ha sido precisa en su jurisprudencia. Es decir, de manera poco consistente, entre una concepción relativa del contenido de los derechos y la teoría absoluta de los mismos, el órgano de control no ha cumplido con una tarea interpretativa coherente del texto fundamental.

El máximo órgano de control constitucional no ha logrado descifrar cuál es la teoría del contenido esencial de los derechos que se adapta fielmente al modelo constitucional ecuatoriano pergeñado en la Constitución de 2008.

No existe, en consecuencia, una idea clara de las teorías que podrían sustentar una concepción adecuada de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Tal como se ha dejado sentando, la Corte ecuatoriana parece desconocer los fundamentos teóricos que sirven de base a sus decisiones.

Pero aún más, si a la incomprensión teórica se suma una discrecionalidad injustificada de los criterios que guían el actuar de la Corte, una apresurada deslegitimación del órgano de control, en perjuicio de un desarrollo de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, parece ser la consecuencia inevitable.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

##### 1. Fuentes bibliográficas

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- ÁVILA, Ramiro, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ÁVILA, Ramiro, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008,
- BASTIDAS, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Thomson Civitas, 2008.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.



- GUNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. de Juan Carlos Velasco, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995.
- HÄBERLE, Peter, “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 65, 2017.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y OTTO, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1981.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en ORTEGA y DE LA SIERRA (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

- RODRÍGUEZ, Blanca, “El caso «Valenzuela Contreras» y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999.
- RODRÍGUEZ, Diego, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”, en *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas, 2011.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma de poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. de Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en ÁVILA, Luis (edit.), *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- VILLAVERDE, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, MJDH, 2008.

## 2. Fuente jurisprudencial

- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 003-14-SIN-CC del 17/09/2014.
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 005-13-SIN-CC del 09/04/2013.
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 005-15-SIN-CC del 18/03/2015.
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 009-10-SIN-CC del 09/09/2010.
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 010-13-SIN-CC del 25/09/2013.
- Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 014-15-SIN-CC del 29/04/2015.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 019-15-SIN-CC del 24/06/2015.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 009-10-SIN-CC del 09/09/2010.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 012-09-SEP-CC del 14/07/2009.

Sentencia STC 11/1981 del Tribunal Constitucional español.

C

*Fecha de recepción:* 08 de noviembre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 01 de septiembre de 2018.



## Estado constitucional y fragmentación social: la aporía del siglo XXI

### *Constitutional state and social fragmentation: the aporia of the 21st century*

Enrique URIBE ARZATE\*

**RESUMEN:** La crisis que actualmente vive el Estado es evidente en los enormes retos que enfrenta dentro y fuera de sus fronteras; dentro, es incapaz de atender necesidades básicas de los habitantes; fuera, los poderes metaestatales anulan su capacidad de decisión. Ante la grave crisis que enfrenta el Estado de derecho o Estado legislativo, el cambio de paradigma hacia el Estado constitucional implica que la organización política debe ser capaz de garantizar los derechos de los habitantes y de poner freno al abuso del poder público. El actual escenario que viven las sociedades nos muestra una aporía insalvable: el Estado cuenta con el mayor desarrollo teórico; empero, en la realidad es evidente su incapacidad para garantizar la seguridad y la justicia para los habitantes. Así, el Estado fracturado, o fallido, como también se le ha llamado, hace inviable el bienestar y cualquier otra aspiración elemental de los habitantes.

**Palabras clave:** Estado constitucional, derechos humanos, control del poder.

**ABSTRACT:** *The current crisis of the State is evident in the enormous challenges it faces inside and outside its borders; within is unable to provide the basic needs of the inhabitants; outside, the international organizations and its powers, nullify their capability of decision. In spite of the serious crisis faced by the Rule of Law or Legislative State, the change of paradigm towards the "Constitutional State", implies that the political organization must be capable of guaranteeing the rights of the inhabitants and put efficient limits to the abuse of public power. The status quo of societies, shows an insurmountable aporia: The State has the greatest theoretical development; however, in the today's life, its inability to guarantee security and justice for the inhabitants is evident. Thus, the Fractured State, or Failed State as it has also been called, makes the welfare and any other elementary aspiration of the inhabitants unviable.*

**Keywords:** *Constitutional state, human rights, constitutional control.*

---

\* Profesor de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de México. Doctor en derecho por la UNAM, México; [vercingtx@hotmail.com](mailto:vercingtx@hotmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El estado de la cuestión*. III. *Seguridad humana y justicia social*. IV. *Policía para la polis*. V. *La democracia vivencial*. VI. *Próximas tareas*. VII. *Fuentes de consulta*.

## I. INTRODUCCIÓN

El mundo vive una época de crisis que se manifiesta de múltiples maneras en lo político, social, económico, institucional, cultural, y en otras proyecciones más preocupantes aún, como en la carencia de valores para la convivencia humana en civilidad. Esta crisis tiene varios enfoques para su análisis adecuado: por un lado, una visión global que nos permite mirar qué pasa más allá del Estado y, por otra parte, una perspectiva de orden local que hace posible advertir de manera cercana e inmediata qué sucede con el Estado y su gobierno, y cómo se estructura la relación entre estos dos y los habitantes. A fin de cuentas, la complejidad que todo esto entraña es una crisis del poder público que se traduce también en una crisis de legitimidad que cuestiona sin distinguir de partidos políticos, ideologías, colores o credos, a cualquier gobierno que ejerza poder sobre los seres humanos.

De este modo, podemos decir que el Estado está en crisis, y que las actuales tensiones que enfrentan las sociedades son resumen de dos grandes tendencias, a saber: los ejercicios enfocados a demostrar la capacidad de decisión local (para algunos expresión irrefutable de la soberanía) y, por otro lado, el afianzamiento de reglas de operación de los poderes metaestatales, diseñados y operados desde fuera de la potestad del Estado.<sup>1</sup>

Este doble accionar nos ubica de frente a una realidad cotidiana que es, en sí misma, una contradicción y que teóricamente resulta difícil de explicar. ¿Cómo puede seguir siendo el Estado, “la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio”,<sup>2</sup> si las expresiones locales, regionales o

---

<sup>1</sup> En cuanto a lo primero, es elocuente el caso de Cataluña, que no cesa en sus intentos por separarse de España (independentistas o secesionistas, según se quiera ver), así como los asomos e intentos en el mismo sentido de Quebec en Canadá, y Escocia en el Reino Unido. En cuanto a lo segundo, no requiere mayor referencia el poder del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial y su innegable influencia en las decisiones domésticas de los países.

<sup>2</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, 2000, p. 310.

autónomas ponen en entredicho su potestad y hasta su legitimidad?, ¿para dónde se puede mover el poder del Estado, si muchas de sus decisiones esenciales son dictadas desde otros espacios? ¿para dónde se puede manifestar la soberanía de los pueblos, si cualquier asomo en este sentido se enfrentará a nuevas reglas que prácticamente la han acotado?

En esta zona nos movemos actualmente los seres humanos. Más allá de nacionalidades e ideologías, lo cierto es que las reglas del mercado y su expresión —ya desde ahora rancia—, que es la globalización, se han encargado de hacernos más iguales y más idénticos en cualquier país y latitud.<sup>3</sup> Sobre esto, es pertinente acotar lo siguiente: “Globalidad es definida como el hecho de haber estado mucho tiempo viviendo en una sociedad mundial y globalización se refiere al fenómeno por el cual la soberanía del Estado es amenazada por actores transnacionales y está caracterizada por la convergencia de culturas y sociedades”.<sup>4</sup>

Pues bien, ¿cómo enfrentar este dilema?, ¿cómo afirmar el sello de lo estatal en medio de esta burda y grosera manera de barrer las identidades y la cultura particular de cada pueblo?, ¿qué opción hay ante el asedio y la imposición de patrones y parámetros idénticos? Aún más, ¿cómo podrán el Estado de derecho, sus poderes y sus instituciones, afirmar su presencia y capacidades jalonados por esta convulsión global? Las respuestas —apenas germinales— deben considerar que la fragilidad de las estructuras locales de cada Estado y las graves circunstancias del contexto internacional nos han situado en una profunda crisis, silente en muchos aspectos, pero abrupta en los indicadores económicos y de bienestar. Por ello, sin ambages podemos afirmar que la pobreza sigue siendo el mayor flagelo para la humanidad, ya no sólo por lo que representa en sí misma, sino además por las severas consecuencias que acarrea.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> “A estas alturas de la historia lo que predomina es la multitud de trabajadores, poblaciones o colectividades nacionales, dispersas en grupos, etnias, minorías, clases, regiones, culturas, religiones, sectas, lenguas, dialectos, tradiciones culturales, todos como miembros de una extraña aldea global”; Ianni, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI Editores, 2007, p. 76.

<sup>4</sup> Flores, María Victoria, “La globalización como fenómeno político, económico y social”, *Orbis. Revista Científica Ciencias Humanas*, Venezuela, vol. 12, núm. 34, 2016, pp. 26-41, p. 38, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70946593002> (consultado el 21 de junio de 2018).

<sup>5</sup> Aquí se inscribe lo que Held ha mencionado: “Allí donde las relaciones de poder generan asimetrías sistemáticas de perspectivas de vida, se crea una situación que puede ser denominada «nautonómica». La nautonomía se refiere a la producción y distribución

Ante estas circunstancias, el paradigma del Estado constitucional que se ha ideado como relevo del Estado de derecho consigna el control del poder y la garantía de los derechos humanos, pero lamentablemente el nuevo modelo de organización estatal padece la aporía inocultable entre las prescripciones normativas de más alto nivel y su incapacidad *ad intra* y *ad extra*, para imponer su potestad y cumplir cabalmente con sus dos grandes propósitos, ya anotados. Al respecto, no debemos olvidar que “todo Estado moderno occidental se caracteriza a sí mismo como democrático y como sometido a la ley. Ningún Estado puede ignorar o desechar estos términos, pues ellos inciden directamente en la legitimidad de la comunidad política y de su forma de gobierno”.<sup>6</sup> Justamente de aquí deriva la concepción del Estado constitucional, pues se trata entonces de una organización humana políticamente organizada, que cifra su destino en el acatamiento a la ley y, desde luego, a su Constitución. Ahora bien, a diferencia del Estado legal de derecho que identifica al derecho con la ley, el Estado constitucional asienta con claridad que la Constitución es el ordenamiento superior que dicta los grandes lineamientos del quehacer público. De este modo, Constitución y democracia se anudan en una poderosa relación simbiótica que es capaz de afianzar y asegurar los derechos de los gobernados y poner coto al ejercicio del poder público.

De acuerdo con este hilo argumental, el desiderátum normativo de los derechos humanos y del control de poder es el andamiaje irremplazable para la realización de las grandes tareas del Estado constitucional; desde luego, el Estado debe cumplir debidamente con ambos escenarios y, por eso, es inaceptable que el gobierno permanezca inmóvil ante las necesidades y expectativas ciudadanas que exigen acciones para el control del poder y tareas

---

asimétrica de perspectivas de vida, que limitan y erosionan las posibilidades de participación política”; Held, David, *La democracia y el orden global, del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 210. Nosotros solamente preguntamos: ¿acaso hay algo más reprochable en el *statu quo* predominante que la cancelación de oportunidades de realización para cualquier persona? Sobre este punto puede verse, Cordera Campos, Rolando y Prevencio Durazo, Enrique (coords.), *Informe del desarrollo en México 2015*, México, UNAM, 2016, donde se da cuenta de la evolución de la pobreza y los riesgos que de ella derivan; en el mismo sentido, Cordera Campos, Rolando (coord.), *Percepciones, pobreza, desigualdad. Encuesta nacional de pobreza*, México, UNAM, 2015.

<sup>6</sup> Kahn, Paul W, “Una nueva perspectiva para el constitucionalismo comparado: el análisis cultural del Estado de derecho occidental”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXIX, núm. 1, junio de 2016, p. 242, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326011>.



concretas para el respeto de los derechos humanos. La idea de la dignidad humana como premisa cultural antropológica del Estado constitucional<sup>7</sup> da cuenta de la enorme importancia que la garantía de los derechos humanos tiene para la mejor concepción del Estado en el momento actual.

En este orden de ideas, el Estado mexicano que se estima como constitucional, democrático, social y de derecho, tiene que ser garante de los derechos de los habitantes —visibles desde la concepción de la seguridad humana— y del control del poder —posible desde la democracia vivencial—. Estas dos condiciones inexcusables expresan con reciedumbre la dimensión basal del Estado constitucional; si el Estado mexicano no es capaz de asegurar mínimamente la dignidad humana y de poner freno al abuso de poder, la aporía antes señalada seguirá enquistada en nuestra organización política, normativamente defendible, pero expresiva, sin duda, de una realidad atroz para muchos mexicanos.

## II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El contexto de este ingente desafío es complejo; su mejor comprensión debe incluir problemas metaestatales que atenazan a los Estados e inmovilizan cualquier intento por superar las diversas dimensiones de la crisis. Así, terrorismo, narcotráfico, guerrilla, tortura, contaminación, abuso del poder y corrupción, entre tantas otras miserias, ahogan la *res pública* y mantienen inermes a los habitantes. Con esto, no tratamos de justificar el fracaso de muchas de las acciones estatales, queremos solamente dar cuenta de la incidencia multifactorial que limita o impide su funcionamiento adecuado. Y es que el Estado y su sociedad (y la sociedad y su Estado) son parte de un todo; pocos o casi ningún fenómeno actual se pueden asumir como asuntos de la incumbencia exclusiva y excluyente de un pueblo en particular.<sup>8</sup> De los temas citados en vía de ejemplo, ninguno tiene raíces esencialmente locales; su savia circula en el tejido social de cualquier pue-

<sup>7</sup> Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>8</sup> “Poco a poco, la morfología de la sociedad global involucra a los derechos humanos, narcotráfico, protección del medio ambiente, deuda externa, salud, educación, medios de comunicación de masa, satélites y otros puntos. Asuntos sociales, económicos, políticos y culturales que siempre parecieron nacionales, internos, se vuelven después internacionales, externos, relacionados con la armonía de la sociedad global”; Ianni, *op. cit.*, p. 26.

blo. Por ejemplo, el narcotráfico, ahora tan señalado como asunto prioritario para México,<sup>9</sup> es todavía tema de preocupación en Colombia y gran parte de los países de la región centro y sudamericana; en términos similares, países tan distantes geográficamente de los ya citados, como Singapur o Malasia, padecen este problema y sus secuelas. Y sobre el terrorismo, siempre faltarán palabras para expresar lo inhumano y bestial de los traumáticos eventos de Estados Unidos en 2001, España en 2003, París en 2015 y 2016, y Manchester en 2017; lamentablemente habrá más referencias de eventos infaustos como éstos en los años posteriores.

De este modo, podemos constatar que en el mundo actual ya no hay parcelas, y que las fronteras operan (discretamente) como ilusión que separa y (fuertemente) como causa de la discriminación y el oprobio; en la comprobación cotidiana de la justificación y funcionalidad de estas estructuras humanas, de carácter político-ideológico —no pocas veces forzadas—, la globalización en lo económico, guarda correspondencia matemática con la mundialización de los problemas comunes. El hostigamiento y saqueo del patrimonio cultural es un asunto de la humanidad, porque lo mismo sucede en la antigua Mesopotamia que en casi cualquier otro país donde se asentaron las culturas de la antigüedad; la infición es cosa cotidiana en China y en todas las metrópolis; la trata de personas y la delincuencia organizada tampoco tienen fronteras.

Tal estado de cosas ha puesto en jaque a los modelos tradicionales de organización humana: la familia nuclear no resiste el acoso de otros tipos de asociación humana; la política se ha rebajado al improductivo debate entre políticos y las mutuas acusaciones sin sentido; el lucro y la depredación son medio y fin de los dueños del dinero y llevado a una dimensión mayor, son el único propósito del capitalismo y del imperio.<sup>10</sup> Y en la vorágine de todo este panorama, la organización jurídico-política más

---

<sup>9</sup> Este asunto es prioritario para México, pero también debe involucrar a otros países. Cabe señalar que apenas el 18 de mayo de 2017, los secretarios de Estado y de seguridad de los Estados Unidos reconocieron que sin demanda no hay oferta, y que el problema del narcotráfico los involucra a ellos como consumidores. Véase <http://www.jornada.unam.mx/2017/05/19/politica/004n1pol>.

<sup>10</sup> En relación con lo último, Chomsky se ha referido a “la quinta libertad”. Las cuatro primeras son la libertad de expresión, la libertad de culto, estar libres de necesidades y estar libres de temor. La quinta tiene una expresión terrible, pues se refiere a la “libertad de saquear y explotar”. Véase Chomsky, Noam, *La quinta libertad*, Barcelona, Crítica, 1988, pp. 79 y ss.

trabajada (el Estado) ensombrece y parece condenada a desaparecer. El Estado vive la peor de sus crisis.<sup>11</sup>

En vista de la doble configuración de esta problemática, que se manifiesta al interior del Estado y más allá de sus fronteras, nosotros solamente nos ocuparemos de la dimensión estatal *ad intra*, para dejar las cuestiones de orden externo para otro análisis. En este mismo orden de ideas, las referencias tomarán como caso de estudio a México, aun cuando la temática aquí tratada puede abordar a cualquier Estado con similar problemática.

Así las cosas, los problemas de dimensión metaestatal se vuelven —paradójicamente— mayores al seno del Estado. Para frenar a los delincuentes no hay policía capaz ni en la vía preventiva ni en la remedial. Para combatir a quienes contaminan, el obeso aparato estatal de la materia simplemente no sirve; el terrorismo —amenaza en tiempo real, latente y ubicua— es probablemente el único parámetro de igualdad efectiva de nuestra época, porque a nadie discrimina y ninguno está a salvo. El narcotráfico nos tiene en la incertidumbre y la zozobra, y la policía infiltrada de corrupción y complicidades —amén de sus limitaciones— está colapsada. Los programas de combate a la pobreza son temporales y de efecto limitado —dada su improvisación y superficialidad—, cuando no son llevados de la mano por la frivolidad y el uso político que en no pocos lugares canjea dinero, despensas, tarjetas y hasta televisores por votos.<sup>12</sup>

Esta es la fisonomía del Estado de derecho, maltrecho y en crisis. Muchos países son, lamentablemente, ejemplo de este caos. Y por eso, el paradigma de relevo ha sido el Estado constitucional que pretende garantizar los derechos humanos y poner coto al ejercicio del poder público; empero, las crisis y la fragmentación social, visibles en la miseria y la corrupción,

---

<sup>11</sup> “El estado nacional ha dejado de ser lo que fue durante casi dos siglos: el principal organizador de la vida política, económica, social y cultural de los pueblos. Ello se debe a dos procesos dinámicos paralelos: por una parte, la constitución de conjuntos económicos y políticos metanacionales, como la Unión Europea y el proceso de la globalización económica, y por la otra, el resurgimiento de actores sub-estatales o a veces trans-estatales de tipo regional o etnonacional que desafían a los conceptos clásicos asociados al Estado nacional”; Stavenhagen, Rodolfo, “Un mundo en el que caben muchos mundos: el reto de la globalización”, en Gutiérrez Martínez, Daniel y Balslev Clausen, Helene (coords.), *Revisitar la etnicidad, miradas cruzadas en torno a la diversidad*, México, El Colegio de Sonora-El Colegio Mexiquense-Siglo XXI Editores, 2008, p. 384.

<sup>12</sup> La insania que acompaña a las campañas electorales en México es un ejemplo quizá insuperable.

han limitado en la práctica la consecución de los dos grandes objetivos del Estado constitucional. Como dice Aragón:

Quizá un modo de evitar esos riesgos y conjurar ese peligro sea del de “constitucionalizar” nuevamente el “constitucionalismo”, y no es un juego de palabras. De lo que se trata es de llevar a la conciencia política y jurídica de nuestros días la convicción de que sólo entendiendo el constitucionalismo como una realidad que ha de conquistarse a diario... pueden mantenerse duraderamente los principios.<sup>13</sup>

Pero, ¿por qué el paradigma del Estado constitucional no ha podido materializar sus dos grandes propósitos?, ¿qué hace falta para concretar su *quid* y *telos*? Como podemos ver, la aporía anunciada en el acápite es notoria en la incapacidad del Estado constitucional que no acaba de consolidar en la *praxis* el control del poder y la garantía de los derechos humanos; la miseria es tanta y la corrupción tan grande, que el Estado-tipo —ideado y centrado en la constitucionalidad— corre el enorme riesgo de no contar con los argumentos y la capacidad para revertir las condiciones tan desfavorables que hacen nugatorio cualquier derecho fundamental.

En medio de este escenario, no cabe duda que de todos los asuntos prioritarios y complejos, los seres humanos enfatizan la demanda de seguridad y justicia. En estos campos, el ejercicio de la *potestas* tiene muchas asignaturas pendientes con los habitantes. Sólo en vía de ejemplo, podemos decir que en el caso mexicano, la seguridad pública perdió la brújula desde la poco mesurada decisión de enviar al ejército a las calles a cumplir “inconstitucionalmente”<sup>14</sup> con una tarea que no es aquiescente con la formación de los militares; las consecuencias de esto son los miles de muertos

---

<sup>13</sup> Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: «neoconstitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013, p. 19.

<sup>14</sup> Dice el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “...Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas...”. En nuestra opinión, solamente una interpretación muy forzada, que intenta ser sistemática, puede dar matices constitucionales a una atribución que la carta magna no le reconoce expresa y claramente al ejército.

que nada tienen que ver con el narcotráfico y la brutalidad de los soldados en retenes y emboscadas.<sup>15</sup> En el otro aspecto, la justicia, particularmente la de los reclamos de ofendidos y víctimas, no ha podido dar respuesta a los asuntos vinculados con delitos de competencia local y menos aún a las graves conductas de la delincuencia organizada.

El calificativo de *Estado fallido* que se endilgó a México difícilmente se puede atenuar con resultados tan pobres en justicia y seguridad y ante la ausencia de políticas públicas<sup>16</sup> que entiendan y atiendan estas cuestiones con un enfoque distinto a la confrontación y la guerra. Pero desafortunadamente no es sólo el caso mexicano; la misma fragilidad se advierte en el Estado de derecho<sup>17</sup> que sirvió de modelo a los países de Latinoamérica, o en el Estado-tipo que sigue vigente en Europa, y ni qué decir de los países de los continentes asiático o africano; los primeros, todavía en una dura batalla por la conquista de derechos esenciales, y los otros, en la eterna lucha contra la miseria y la hambruna.

### III. SEGURIDAD HUMANA Y JUSTICIA SOCIAL

Con lo antes señalado queda claro que el paradigma de Estado constitucional, hoy aceptado para enfrentar estos flagelos, no ha podido atenuar las penurias de los habitantes, ni cumplir con la más elemental de sus tareas, que es garantizar un mínimo de derechos de los habitantes; tampoco ha podido hacer mella en la corrupción que corroe el tejido social; y ante todo esto, el apremio por hacer que sus postulados tengan una dimensión vivencial y pragmática, se acentúa en la misma medida que los problemas cotidianos —particularmente la injusticia y la inseguridad— atenazan y vulneran a los ciudadanos. Queda claro que la ruta a seguir en la concep-

---

<sup>15</sup> Más allá de los resultados de las investigaciones ministeriales y judiciales, el evento acaecido en Puebla, México (3 de mayo de 2017), que fue registrado en un video, muestra el momento en que un militar —todo lo parece indicar— dispara y mata a una persona que ya estaba sometida. Véase <http://www.jornada.unam.mx/2017/05/11/politica/003n1pol>.

<sup>16</sup> Una aproximación al contenido y alcances de las políticas públicas, se puede ver en Aguilar Villanueva, Luis F., *El estudio de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, y en otra obra del mismo autor intitulada *La implementación de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

<sup>17</sup> Véase, Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

ción ortodoxa de la seguridad pública acabó mostrando a un Estado represor (dicho técnicamente: a un gobierno represor; dicho eufemísticamente: a un gobierno incapaz y desorientado) que ni con el ejército pudo controlar las expresiones cada vez más cruentas de los cárteles de la droga. Los enfrentamientos entre éstos y las complicidades con integrantes del aparato gubernamental dieron cuenta muy pronto del error garrafal que significó la presencia del ejército en las calles.

En el otro campo, la justicia es una tarea —ahora sí imposible— para cualquier procuraduría o tribunal local o federal. Junto a los asuntos de mayor difusión, como Tlatlaya o Ayotzinapa, que nos han situado en la vergüenza ante el mundo, ninguna procuraduría ha podido (y ningún juzgador podrá) dar respuesta contundente y clara a los deudos de los muertos. Las desapariciones forzadas, la tortura, los escapes de la cárcel —poco menos que surrealistas— de delincuentes de altísima peligrosidad, evidencian una justicia ausente en un Estado que cada día se resquebraja un poco más. En este escenario, la justicia cotidiana que claman los ciudadanos de a pie resulta tortuosa, y es poco menos que una hazaña obtener de los tribunales una aplicación *pronta y expedita*<sup>18</sup> en este campo. Con todo y las reformas constitucionales de los últimos años, la justicia sigue siendo tema de preocupación para los habitantes.

Para cerrar el círculo de todos estos agravios, los índices de corrupción en general, y especialmente en los dos temas prioritarios (seguridad y justicia) ya apuntados, son una alerta para el Estado mexicano, situado en este rubro como uno de los países con mayor corrupción en el mundo.<sup>19</sup>

Por todo lo antes referido, la construcción de políticas públicas en los campos más apremiantes —como son la seguridad y la justicia— significa para el Estado constitucional el reto más acuciante en lo inmediato, y va de la mano con la necesidad de hacer una proyección para los próximos

---

<sup>18</sup> Así lo mandata el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: “... Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...”.

<sup>19</sup> “Ciudad de México, 27 de enero de 2016 – México se mantuvo sin cambios en el Índice de Percepción de la Corrupción 2015, publicado el día de hoy por Transparencia Internacional y Transparencia Mexicana. El país obtuvo una puntuación de 35 en una escala que va de cero (altos niveles de corrupción) a 100 (bajos niveles de corrupción); esta es la misma puntuación que México obtuvo en la edición anterior”, disponible en: <http://www.tm.org.mx/ipc2015/> (consultado el 27 de enero de 2016).

lustros, pues ni estos asuntos ni el combate a la pobreza podrán afrontarse con éxito en el corto plazo, máxime cuando los mercados internacionales y la inestabilidad de la economía global alcanzan con sus repercusiones cualquier economía local y, por ende, cualquier política pública doméstica.

A partir de un diagnóstico tan poco halagüeño, donde las políticas públicas como acción del Estado no se han desarrollado adecuadamente en los planos preventivo y correctivo, la visión limitada y fragmentada de las cuestiones anudadas a la seguridad y la justicia necesitan un abordaje científico inmediato que permita la superación de categorías desgastadas, como la idea de seguridad “pública” y todos los demás calificativos que a lo largo de los últimos años se le han adherido, o como la vieja concepción de la justicia penal estancada en el propósito de poner tras las rejas al mayor número de delincuentes, sin volver la mirada a las víctimas y ofendidos que en ciertos delitos —como la desaparición forzada y la tortura— son ahora los olvidados del derecho penal.

Así las cosas, la debacle del Estado de derecho, incapaz de prodigar seguridad y justicia, aunada a la evidencia del limitado funcionamiento en otros rubros, nos ha llevado a la exigencia de formular una aproximación científica diferente que, en nuestra concepción, no puede ser otra que la construcción del Estado constitucional de recia orientación social; sin embargo, este tipo de Estado no acaba de consolidar sus preceptos y reglas, ni el nuevo diseño institucional que sea capaz de aportar los elementos esenciales para que los dos tópicos de mayor urgencia que hemos venido citando sirvan de punto de partida en esta demanda colectiva por que la situación de los habitantes cambie pronto.

Dejemos de lado las reformas estructurales (en materia de migración, energía, régimen político-electoral, trabajo, telecomunicaciones, etcétera), las reformas constitucionales e institucionales, la crisis económica, la pobreza y el desempleo; el mayor desaliento y el hartazgo provienen de la inseguridad y la injusticia, mientras el Estado mexicano no sea capaz de modificar esto, ninguna reforma en éstos y en cualquier otro campo tendrá éxito.

Es claro entonces que un asunto de tal envergadura no puede abordarse a partir de las concepciones tradicionales generadas en estos temas. Por ello, creemos que es necesario establecer una postura teórica desde la reconstrucción conceptual que se desprende de la idea de lo público, pasando por la seguridad ciudadana, la seguridad nacional y hasta la seguridad alimentaria que sirven de antecedente teórico a un nuevo enfoque científico, asentado en la idea de la seguridad humana —condición *sine*



*qua non* para la vida humana—. Con esta preocupación central, advertimos que la seguridad humana tiene varios umbrales ya definidos por la ONU,<sup>20</sup> en los que cada aspecto resulta esencial para atender un desarrollo humano adecuado, al margen del número de policías y armamento con que cuente el Estado. El salto teórico que ha implicado referirnos a la seguridad humana nos ha permitido comprender de mejor manera la evolución de la zona tan conflictiva de la seguridad pública o ciudadana, lastrada por los reiterados cambios de rumbo en la concepción de las tareas de seguridad a cargo del Estado.

En términos de lo aquí señalado, la seguridad humana supera la idea de la seguridad pública o ciudadana, en la medida en que los indicadores del bienestar de los habitantes resultan, incluso, un tema que está más allá de la eficacia de las policías o la pulcritud de los procesos penales. Unos y otros elementos de la vieja concepción del *Estado guardián* se han desmoronado a la par que la idea de que el Estado es más fuerte cuando sus cuerpos de seguridad están mejor entrenados o cuentan con armamento más sofisticado; con esto también cae pronto la idea de que los jueces juzgan mejor si cuentan con equipo de videograbación o con juicios orales, abreviados y principio de oportunidad. Por ello, la seguridad humana se apunta como un argumento sólido y viable para atender la grave crisis de inseguridad que vivimos. Incluso, en el recorrido temporal de una década, desde que Felipe Calderón tomó la decisión de enfrentar el problema de la inseguridad con el auxilio del ejército, la evaluación no podría ser más frustrante: miles de víctimas en “daños colaterales”, y los cárteles de la droga, con cambios mínimos de dirigentes y nomenclatura, siguen presentes en nuestra vida colectiva. La inseguridad es lamentablemente el sello de esta época y, con

---

<sup>20</sup> “En definitiva, la seguridad humana se expresa en un niño que no muere, una enfermedad que no se difunde, un empleo que no se elimina, una tensión étnica que no explota en violencia, un disidente que no es silenciado. La seguridad humana no es una preocupación por las armas: es una preocupación por la vida y la dignidad humanas”, 1994, *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, p. 25, disponible en: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1994\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf). A partir de esta referencia inicial, se han generado nuevos desarrollos que incluso plantean una mayor apertura al concepto aquí tratado. “Se puede afirmar, por lo tanto, que si la seguridad humana atañe a la seguridad de los individuos y de las comunidades, y comprende los derechos humanos y el desarrollo humano, la salvaguarda de la cultura se vuelve una parte indispensable e indivisible de la seguridad humana”, Morales Sánchez, Noa, “Seguridad humana y ataques intencionales a la cultura: hacia una perspectiva amplia de las inseguridades humanas”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, México, núm. 118, enero-abril de 2014, p. 68.

ello, el bienestar y cualquier otra aspiración elemental de los habitantes es simplemente inaccesible.

Ahora bien, derivado de la actuación irregular de las policías y el ejército, y toda vez que la seguridad humana es un concepto que poco se conoce, difícil es hacer la conexión epistemológica con las consecuencias que esto acarrea y los mejores escenarios para el abordaje de lo que se ha denominado “resiliencia comunitaria”. En cuanto a este tópico, es claro que las agresiones a los particulares, derivadas de la actuación de las policías y el ejército, traen aparejadas varias consecuencias en las víctimas y sus familiares. De esto casi nada se ha dicho, porque la concepción y la ruta de nuestro derecho penal llegó a su culmen pensando que el Estado tiene enemigos<sup>21</sup> y hay que eliminarlos. Desde entonces hasta ahora, las víctimas y ofendidos siguen olvidados, a pesar de los grandes esfuerzos que la sociedad civil ha realizado, para llamar la atención del gobierno en asuntos esenciales como la reparación del daño y la rehabilitación de los derechos humanos de víctimas y ofendidos. La idea de la resiliencia como vía de acceso a mecanismos de rehabilitación es otra cuestión neonata, cuyo mayor impulso ha venido de la sociedad civil. Esto es, sin duda, lamentable y reprochable, pues han tenido que suceder eventos tan graves (algunos más conocidos que otros) como la desaparición forzada, la tortura, el homicidio *ex profeso* de periodistas<sup>22</sup> o el encarcelamiento de políticos opositores, para asumir que el funcionamiento del Estado no está en su mejor momento.

Con la visión hasta aquí desarrollada, la inocultable ruptura entre la visión normativa y la realidad resalta la necesidad de estudiar y atender más allá de la reparación del daño y la resiliencia individual, para proyectar el *quid* del Estado hasta la resiliencia comunitaria que representa otro de los grandes esfuerzos de la sociedad civil organizada, para abonar desde la cooperación colectiva al saneamiento de las heridas que las secuelas de esta

---

<sup>21</sup> En este sentido se expresa la corriente del derecho penal que ha llegado al extremo de afirmar que en el Estado hay ciudadanos y enemigos; de este modo, la observancia del respeto a los derechos fundamentales y sus garantías introduce una peligrosa distinción con referencia a quienes infringen la norma y se sitúan, de inmediato, como enemigos del Estado. Véase la obra de Jakobs, Günther y Cancio Melia, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Civitas, 2006.

<sup>22</sup> Por si faltara una referencia más, baste con citar los asesinatos de Miroslava Breach (<http://www.jornada.unam.mx/2017/03/24/politica/002n1pol>) y de Javier Valdéz (<http://www.jornada.unam.mx/2017/05/16/politica/002n1pol>), ocurridos en menos de dos meses y que son muestra evidente de la fractura social, donde la libertad y la verdad parecen estar vedadas.

guerra han dejado en las viudas y huérfanos de aquellos que por la ausencia de políticas públicas adecuadas han desaparecido.

#### IV. POLICÍA PARA LA *POLIS*

En seguimiento a lo que aquí hemos planteado, las expresiones primigenias de un Estado constitucional se plasman en seguridad y bienestar; seguridad más allá de la añeja concepción de la policía, el armamento y la represión; bienestar, tangible en los mínimos vitales que ofrezcan a los habitantes alguna perspectiva de capilaridad social. En cuanto a lo primero, ¿por qué es tan difícil hacer que la policía cumpla con su tarea? Tal es la pregunta que se formulan los ciudadanos lastimados por la delincuencia. ¿Por qué hay delincuencia? Tal es la pregunta que todos nos hacemos a diario. Una y otra respuesta tienen su explicación más conspicua en las condiciones sociales, económicas e incluso de orden cultural de la sociedad actual. Para entender esto, para explicarlo, no hacen falta grandes luces ni talentos excepcionales; sí, en cambio, se requiere especialización y un sentido común altamente desarrollado, para establecer las líneas discursivas de los planes, programas y acciones que se deben realizar para atender esta problemática tan enquistada en el tejido social.

Necesitamos una policía para la ciudad; mejor dicho, requerimos una policía para los ciudadanos. Una policía que, siendo poder del Estado, deba atender los valores superiores de la vida humana social y, en correspondencia con ello, la policía —cuyos miembros son también parte del conjunto social— necesita del apoyo de ciudadanos responsables, maduros, respetuosos. Es obligación constitucional del Estado otorgar protección a los habitantes; es obligación de los ciudadanos cultivar el respeto a la autoridad. Lamentablemente, estos dos grandes soportes de la vida social han colapsado por la influencia del dinero, la corrupción y las prácticas ilegales que han configurado una subcultura (incultura) de la violación a la ley, la falta de respeto a la autoridad, el enriquecimiento ilícito y las vías más cómodas para la obtención de satisfactores, sin el riesgo de ser sancionado.

Toda esta gravísima problemática converge en la práctica social del desacato a la ley, la mofa de la autoridad, la transgresión sin consecuencias, y todo ello permea en la sociedad y trasciende hasta los más jóvenes. La gravedad de todo esto nos ha llevado hasta el peligroso extremo de autorizar

la prisión preventiva para menores de edad<sup>23</sup> involucrados en la comisión de delitos graves, lo que lejos de dar claridad a la resolución de estos asuntos tan punzantes para la sociedad, ha servido solamente para mostrar con toda su crudeza la realidad de un Estado ausente que no ha generado políticas públicas para la recreación, la salud plena, el empleo, el crecimiento y la *inclusión social*.<sup>24</sup>

Con todo esto, lo que de manera coloquial y vergonzante podemos llamar desde ahora *cárteles de niños*, es una oleada de seres humanos dejados a su suerte por el Estado fallido, incapaz y desinteresado en formarlos y hacer de ellos ciudadanos de bien. Los adolescentes son, en este caso, útiles para el crimen organizado y manifestación indubitable de la incapacidad de quienes gobiernan para combatir a los delincuentes adultos que son quienes usan y reclutan a los menores de edad; desde luego, el Estado debe erradicar el crimen de los adultos por las vías adecuadas, focalizando el ejercicio de la *potestas* en quienes generan el fenómeno delictivo y no en quienes les sirven para burlar a la autoridad, mediante la consabida fórmula de la inimputabilidad.

Así las cosas, un tópico de gran relevancia en este ejercicio teórico está constituido por la necesidad de contar con un modelo policial<sup>25</sup> acorde con esta nueva perspectiva del *derecho humano* a la seguridad humana. Es incontestable que no cualquier tipo de policía comulga con el tipo de Estado que hemos planteado a lo largo de este documento. La premisa construida desde la necesidad de superar el Estado de derecho cobijado por el principio

<sup>23</sup> “El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) avaló la prisión preventiva para adolescentes (de 14 a 18 años de edad), acusados de delitos graves hasta por cinco meses, en tanto se dicta sentencia”, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2017/05/08/scjn-avala-prision-preventiva-para-adolescentes>.

<sup>24</sup> La *inclusión social* tiende a configurarse como un derecho humano de última generación; de cara a la persistente actitud de indolencia y desinterés del gobierno hacia los problemas sociales de mayor calado, la *inclusión social* pretende encontrar las opciones de mayor viabilidad para abatir la marginación y la miseria que frustran la vida de más de la mitad de la población de México.

<sup>25</sup> El concepto de policía educadora puede ser una opción teórica en esta reconstrucción que es urgente para México. “La fonction de policier-éducateur emerge au confluent de politiques policières nationales et d’un agend public transnational qui incorpore progressivement des enjeux de prévention des déviations sous forme de plans et de programmes d’action en particulier en direction de la jeunesse”; Wuilleumier, Anne, “La policier-éducateur et l’effectivité du droit. Exploration comparée des répertoires policiers de pédagogie du droit en France et au Canada”, *Droit et Société, Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 97, 2017, p. 525.

de legalidad y sus limitaciones inmanentes, nos arrojó desde un principio a la necesidad epistemológica de comprender y estudiar la seguridad pública en su más conspicuo desarrollo científico, abrigado desde los umbrales delineados por la ONU.

A más del fracaso de las políticas públicas adoptadas desde la visión represiva del Estado, la deconstrucción del concepto de “seguridad pública” y sus matices delineados desde la policía impreparada, los militares abusivos, los políticos corruptos y la connivencia cuasi-institucional, nos condujo hasta la necesidad de armar un *constructo* científico sobre el modelo policial más acorde con este nuevo diseño constitucional del Estado y de sus políticas públicas en seguridad pública y justicia penal.

De acuerdo con lo hasta aquí tratado, es inconcuso que el trazado teórico del Estado constitucional desde sus primeros atisbos democráticos y de estricto apego a derecho, debe conectarse con los otros argumentos teóricos que —como la estructura y naturaleza de la policía— son infaltables en el nuevo modelo de Estado constitucional vinculado a la necesidad de que sus políticas públicas estén debidamente diseñadas y resulten congruentes con el respeto inexcusable de los derechos de los habitantes.

En este contexto, el abuso de poder, la corrupción de las policías, los excesos del ejército, las complicidades de servidores públicos y las relaciones con los delincuentes, la impunidad y todos los lastres que han marcado la actuación del Estado en los dos campos multicitados de la seguridad y la justicia, resultan más que ofensivos e inaceptables para el Estado constitucional que justamente está soportado sobre la garantía plena de los derechos humanos y el estricto control del poder.<sup>26</sup>

De la mano con esta candente cuestión, todavía ni siquiera visualizada desde la óptica de un paradigma debidamente pensado que nos pueda dar luz más allá de la propuesta del mando único,<sup>27</sup> la actuación de agentes del

---

<sup>26</sup> Para ilustrar el estado de la cuestión en este campo, puede verse, Contreras López, Rebeca Elizabeth, “La mirada internacional: informes para México sobre DDHH, impunidad e inseguridad”, *Letras Jurídicas*, México, año 17, núm. 34, julio-diciembre de 2016 (33-48).

<sup>27</sup> En este tópico concreto, la burda aproximación a la idea del “mando único policial” en las entidades federativas —merced a la fragilidad y porosidad de las policías municipales, impreparadas y fácilmente corrompibles— ha sido una desafortunada ocurrencia que no ha medido las consecuencias de dar un poder de tal magnitud a los gobernadores —también frágiles y permeables a la corrupción—. La discusión ni siquiera ha reparado en algo elemental: un mando único requiere una policía única; única y uniforme en atribuciones y competencias; no como ahora, que unos policías “dan vialidad” y otros sí pueden “dar se-

Ministerio Público y jueces es otro asunto que requiere atención urgente y, evidentemente, una reforma que transforme la desgastada visión del culpable, que resulta deleznable en la violación de un principio universal de los derechos humanos, que es la presunción de inocencia. Los vicios cognitivos de los que investigan y de quienes juzgan son otro gravísimo problema de esta maquinaria enmohecida, que más allá de una reparación mínima para ajustar sus piezas y aceitarlas, requiere un reemplazo de esa maquinaria-sistema y un cambio y adiestramiento puntual de sus operarios, para que sean capaces de investigar y juzgar científicamente.

En otro rubro también destacado, es incontestable que la actuación de los órganos encargados de procurar e impartir justicia adolece de diversos vicios en sus respectivos campos; unos, con la manera poco profesional de tratar las cuestiones inherentes a la investigación y jalonados por los prejuicios que las muchas horas de experiencia práctica les ha dejado; los otros, con carencias manifiestas en el campo de la argumentación y con la presencia, por lo general infaltable, del vicio de confirmación. Juntos, estos dos importantes momentos de la tarea estatal de hacer justicia nos muestran un contexto que, desde luego, no es el más halagüeño para quienes son vinculados a proceso y luego sentenciados; lo mismo podemos decir de quienes esperan que los delitos sean castigados y que la reparación del daño sea un asunto visible para víctimas y ofendidos. En este último campo, poco se puede decir de la reparación no pecuniaria del daño<sup>28</sup> que, siendo un tema esencial en esta materia, resulta casi desconocido para quienes piden justicia y, en algunos inaceptables casos, también para los servidores públicos que deben procurarla y ponerla al alcance de la mano de quienes han sido agraviados.

Con todos los campos que aquí se han descrito, la agenda para el Estado constitucional está repleta de compromisos y retos; de grandes tareas no colmadas y de muchos programas que deben ser instrumentados con la adecuada visión temporal que permita a sus destinatarios vivenciar los derechos humanos.<sup>29</sup>

---

guridad”, o como en el cuestionable ensayo que en el Estado de México —durante algunos meses— reservó a las mujeres la capacidad para infraccionar a los automovilistas, con el pueril argumento de que los hombres son más corruptos. Véase <http://circuito.mx/component/k2/item/25-nuevo-reglamento-de-transito-del-estado-de-mexico.html>.

<sup>28</sup> León Bastos, Carolina, “Las reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Juris Tantum*, México, núm. 25, diciembre de 2014.

<sup>29</sup> Para una mejor comprensión de esto, el lector puede consultar Uribe Arzate, Enrique, “Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión

## V. LA DEMOCRACIA *VIVENCIAL*

En este orden de ideas, la concepción del Estado constitucional asentada en la procura de bienestar de los habitantes tiene que basarse, *a fortiori*, en las posibilidades (y limitaciones, si así se quiere ver) de la democracia. De entre las definiciones y orientaciones teóricas que van moldeando el nuevo perfil del Estado, la revisión misma de la democracia y su tipología nos lleva al encuentro de nuevas expresiones de este modo de ser de las sociedades. Los argumentos a favor de una democracia deliberativa son el acercamiento inicial a otra de las características inmanentes del Estado constitucional —capaz de prodigar seguridad humana y justicia a sus habitantes—.

De este modo, la vivencia de un modelo democrático que deposita en los ciudadanos las capacidades de decisión abre la oportunidad a nuevos desarrollos de *lo público*.<sup>30</sup> En la misma línea de pensamiento, la apertura democrática conlleva una gran carga de responsabilidad ciudadana<sup>31</sup> y, por ello, al asumir que la vida democrática es un asunto cotidiano, la participación y el involucramiento en los temas comunes, como la inseguridad y la injusticia, reclama —por qué no decirlo— otro tipo de ciudadanos, distintos a quienes asumen que los problemas debe resolverlos “el Estado” —para decirlo con mayor concreción, quienes coyunturalmente ocupan los espacios de decisión política—.

Así las cosas, el *constructo* teórico que se ha delineado a lo largo de estas páginas inicia con la fe puesta en el sistema democrático del Estado que debemos asumir como el único espacio para la vida social, “forma de vida

---

vivencial pragmática”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 44, núm. 132, 2011.

<sup>30</sup> Lo *público*, entendido aquí como sinónimo de lo *estatal*, tiene un anclaje sumamente interesante en la idea de “el orden público” —punto de partida, capacidad y límite para el ejercicio de las libertades—. “El orden público debe ser considerado como un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades, de su tutela y protección, ésta sería su verdadera esencia funcional, y su justificación, por ello, no puede encontrarse fuera del Derecho positivo, pues ello atendería contra su propia esencia”; Bartolomé Cenzano, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 151.

<sup>31</sup> Sin duda, la carga de responsabilidad a que nos referimos sólo puede ser ubicada en ciudadanos de tiempo completo. Véase, Meyer, Lorenzo, *El Estado en busca del ciudadano, un ensayo sobre el proceso político mexicano contemporáneo*, México, Océano, 2005.



humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida”,<sup>32</sup> que puede servir de escenario y asiento a la vida de los hombres. “La democracia es una apertura de crédito al homo sapiens, a un animal suficientemente inteligente para saber crear y gestionar por sí mismo una ciudad buena. Pero si el homo sapiens está en peligro, la democracia está en peligro”.<sup>33</sup> La democracia se vuelve así herramienta y fin, y, con ella, las posibilidades de actuación del Estado se potencian hacia la gobernanza, posibilidad y meta común de los habitantes —gobernantes y gobernados—.

Pero es cierto que un tipo de democracia como la aquí apuntada necesita afianzar algunos principios que todavía son frágiles, como la igualdad entre los habitantes que no admite categorías ni atenuaciones. Mientras esto no se vuelva cosa de todos los días, nuestra sociedad seguirá oscilando entre sus múltiples problemas y, en el caso concreto que nos ocupa, la seguridad humana se volverá poco menos que una frívola manera de entender la entrega de despensas para atenuar la miseria y el hambre de un amplio sector de los habitantes.

En congruencia con esto, ser iguales y comprendernos así implica la puesta en marcha de una amplia e intensa actividad estatal para el diseño de un modelo de Estado que en gran medida se aproxima al Estado social, necesariamente democrático y constitucional —el único proclive a la nivelación social, al aminoramiento de las desigualdades—. De este modo, el Estado constitucional, democrático y social, se sitúa frente a nosotros como el paradigma teórico pertinente y como la concreción política y vivencial para que la seguridad humana y la justicia resulten posibles en este agitado mundo de la improvisación y de los ensayos inacabados.

Esto que resulta visible desde el promontorio del observador social, lamentablemente es vivencia y padecimiento cotidiano para los habitantes en general. Por esta razón, el armado de un *constructo* científico pertinente ha requerido el eslabonamiento de múltiples asuntos que aun pareciendo distintos, guardan entre sí una poderosa conexión. Si la democracia deliberativa se anuncia como *conditio sine qua non* para atender estos problemas, es innegable que la maduración social debe estar a punto para volcar sobre las acciones (y las omisiones) del gobierno, la exigencia de rendición de cuentas y la transparencia en la toma de decisiones; asimismo, en la manera de concebir proyectos y ponerlos en marcha.

<sup>32</sup> Heller, *op. cit.*, p. 69.

<sup>33</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2007, p. 440.

En esta nueva ruta que afina la concepción y *praxis* de la democracia, no olvidemos que los derechos humanos cuestan; no pasemos por alto que el cambio de rumbo que se necesita en la forma de entender y abordar los problemas de inseguridad e injusticia debe ir acompañado del respaldo económico suficiente para hacer posible esta ruptura con el obsoleto modelo de seguridad pública o ciudadana y la anquilosada manera de investigación policial que presupone escenarios (y hasta fabrica responsables) en lugar de investigar científicamente el *iter criminis*.

En la parte final de este armazón teórico, así como hemos insistido en que los derechos humanos se vuelvan vivencia cotidiana, la democracia no tiene otra ruta para su realización eficaz en la vida de todos los días. Nos parece que el concepto de *democracia vivencial*<sup>34</sup> puede auxiliarnos a comprender de mejor manera qué tipo de articulación requerimos como sociedad organizada de rostro humano. Esta nueva tipología de la democracia se puede comprender como *el quehacer humano-social, pertinente para alcanzar el pleno desarrollo de las capacidades humanas en la vida comunitaria*. Vivir en democracia, afirmar el ejercicio constitucional, responsable y humano del poder, entender la función policial como algo cercano a todos, ver la seguridad humana como el patrimonio y la riqueza consustanciales a la sociedad, serán, a partir de ahora, los elementos esenciales para configurar las tareas de seguridad pública y justicia penal, como la expresión invariable de la medida, la certidumbre y la protección que todos los habitantes esperamos del poder público.

## VI. PRÓXIMAS TAREAS

Ante una complejidad tan abrumadora como la que apenas hemos delineado a lo largo de estas páginas, el esbozo de lo que está por venir debe enfocarse en el diseño de políticas públicas para atender, desarrollar y potenciar la seguridad humana al seno del Estado constitucional; al respecto, resulta

---

<sup>34</sup> Este concepto puede verse en trabajos de corte psicológico y social; *vgr.*, Restrepo R., Luis Carlos, “Democracia vivencial y cultural de la convivencia”, *Nómadas (col)*, Bogotá, Colombia, núm. 2, marzo de 1995; otro texto es de García Suárez, Carlos Iván y González Valencia, Ana Milena, “Democracia vivencial en la escuela: la construcción de la equidad y la inclusión en el aula”, *Nómadas (col)*, Bogotá, Colombia, núm. 12, 2000. Por nuestra parte, creemos que en el plano jurídico-político, la importancia de este concepto crece exponencialmente.

vital que el presupuesto destinado a tales fines quede exento del debate ocioso y la negociación reprobable de políticos y facciones partidistas, tan acostumbrados a medrar con estas materias, porque la vida, el hambre, la seguridad y la justicia de nuestros iguales no deben mecerse al vaivén de los calendarios electorales ni del oportunismo deleznable de quienes son capaces de celebrar alianzas hasta con sus opositores ideológicos.

Por eso, la política necesita un *constructo* teórico superior. Partidos políticos y sistemas electorales no serán más en el corto plazo, si sus protagonistas no dejan a un lado la ignara creencia de que la democracia es sólo proceso, tiempo y definición de nuevos gobernantes y no forma de vida cotidiana, asentada en el reto diario de mejorar las difíciles condiciones de vida —a veces infrahumana de muchos habitantes—, particularmente de los millones de miserables que hay en cualquier sitio del orbe y, desde luego, de México.

De esta manera, el Estado constitucional, democrático y social se anuncia como la primera e irremplazable condición para hacer posible el acercamiento de los humanos a un contexto donde la “seguridad humana” reemplaza dádivas y despensas por programas de inmanente contenido social. Ahora bien, los votos también deben ser para el veto; por eso, el escenario que aquí esbozamos pugna por una democracia de los libres e iguales, de los responsables, de los ciudadanos informados y exigentes, capacitados para retirar su confianza a los ineptos y a los corruptos.

Para superar la aporía que significa el Estado constitucional de recio contenido, imbatible, y las carencias sociales que sin duda lo niegan y aniquilan, el Estado y su gobierno deben refrendar a cada momento su carácter social, solidario y humano, a través de políticas públicas que materialicen y hagan realidad el compromiso del poder público con la constante mejora de las condiciones de vida de los habitantes. En este modelo democrático, la seguridad y la justicia son los dos grandes pilares que sostienen al Estado, son la esencia misma de la organización política-social de los seres humanos. Pero nada sirve si los elevados principios que dan asiento al edificio social no están al alcance de la mano de los habitantes; para ello se requieren otros elementos, como los que ya hemos invocado a lo largo de este trabajo: justicia (particularmente la penal) pronta y expedita, con jueces sensatos, probos y capaces; escenarios óptimos para la atención de víctimas y ofendidos; planes y programas para la eficaz resiliencia comunitaria; una policía científica (con mando único o con un único mando), preventiva, correctiva, ministerial, con elevada preparación para entender

que la brutalidad y la tortura van acompañadas de procesos de responsabilidad penal. Sobre todo, se requiere un sistema jurídico-político que prevea todo esto: los pormenores de la preparación de policías, agentes del Ministerio Público, jueces y defensores; un sistema de responsabilidades para poner coto a los desmanes y abusos de los funcionarios (cualquiera que sea su tarea o categoría); programas para la atención y rehabilitación de víctimas y ofendidos; y en los latidos cotidianos del Estado, políticas públicas de largo aliento, fuera del alcance de los partidos políticos y de sus acomodaticios protagonistas; en suma, se necesita un nuevo modelo de Estado constitucional, social, humano y solidario.

Tenemos confianza en que los años que todavía le restan a este problemático siglo XXI le permitirán a la humanidad revolucionar la concepción del Estado, asiento de nuestros afanes y luchas, escenario insuperable de nuestra zozobra, pero también entidad de manifiesta capacidad para hacer de los hombres algo cada día más humano. Con lo anterior, la hoja de ruta en la búsqueda de respuestas racionales y pertinentes debe aprovechar —paradójicamente— este contexto, para realizar una reflexión de corte filosófico-jurídico que retome el debate en torno a la naturaleza del Estado y del derecho, hoy empantanados en las indefiniciones y la improvisación, cuando no, hasta en las ocurrencias.

Este ejercicio es sumamente pertinente, porque nos permite poner de relieve y apreciar en toda su magnitud una de las razones más importantes por las que el Estado debe evolucionar hacia su dimensión constitucional, particularmente en el “debido proceso penal”, que es una de sus facetas más visibles y próximas, donde los habitantes resienten la crisis a que nos hemos venido refiriendo. El ejercicio del poder público, la puesta en marcha de políticas públicas debidamente estudiadas y diseñadas, las adecuaciones urgentes al sistema penal, la maduración de la función policial y la rehabilitación de los derechos de víctimas y ofendidos, son asuntos que exigen atención inmediata.

Como lo hemos indicado, la quiebra del modelo de Estado que encumbró la división de poderes y la legalidad ha dado la pauta para la revisión de los campos de la justicia y seguridad humana. El fracaso que se ha evidenciado en cualquier parte del orbe, donde la *summa potestas* apela al uso legítimo —y a veces brutal y desmedido— de la fuerza, a la opresión y la improvisación, ha generado un ambiente de desconcierto y desconfianza. No bastan las reglas jurídicas para la convivencia; es necesario que esas reglas funcionen adecuadamente, sobre todo de manera clara y equitativa, pues

como dice Bobbio: “Con el pacto de no agresión recíproca los individuos abandonan el estado de naturaleza; con el pacto de obediencia a las reglas establecidas de común acuerdo constituyen una sociedad civil. Pero sólo instituyendo un poder común dan vida a un Estado”.<sup>35</sup>

Si el sistema jurídico que propició el desarrollo de *lo público* ha colapsado, no vemos por qué razones no superamos la necesidad de continuar con la infortunada repetición de mecanismos y tareas que ya demostraron su ineffectividad; entre los más sensibles, la infausta guerra contra el narcotráfico, la proliferación de armamento entre civiles, la dimensión inhumana del sistema penitenciario (entiéndase: la nula rehabilitación de los delincuentes), la atención apenas tangencial a la pobreza y la mirada esquiva hacia los más miserables (caldo de cultivo de cualquier otro problema social).

Si el Estado es un medio de control social —y eso debe seguir siendo—, una discusión teórica de mayores alcances debe considerar la expresión endémica de la violencia estatal que al actualizar sus mecanismos de operación (policiales, jurídicos, económicos) no hace sino alentar la violencia social, la inestabilidad y la ingobernabilidad que a todos nos vuelve inciviles. Es inexcusable la necesidad de un debate en torno a la configuración y las pautas a seguir del Estado para los años venideros.<sup>36</sup>

Ahora bien, otra cuestión esencial en esta proyección teórica sobre el *quid* del Estado es la necesaria aquiescencia entre quienes mandan y quienes obedecen, que aumenta las posibilidades reales de vivir en un escenario idóneo para la vida humano-social en el marco de lo estatal. Lo cierto es que esa condición de cercanía y mutua aceptación no puede generarse sin un mínimo de claridad en las reglas de operación. Ante la poca atención —y a veces nula respuesta— del gobierno a los reclamos y solicitudes de los gobernados, la desconfianza hacia el poder público se desencadena de inmediato. En este orden de ideas, la potestad sin *auctoritas* de quienes gobiernan se ha convertido, para nuestra mala fortuna, en un lugar común en casi cualquier ámbito de la vida pública. El abuso de poder, tan enquistado en nuestras sociedades, está carcomiendo la esencia de lo estatal y, por eso, no debe causarnos asombro el fracaso del Estado liberal, formalista y legal que poco o nada atiende valores superiores, principios y reglas constitucionales, para que los derechos humanos se

<sup>35</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 416.

<sup>36</sup> Véase, Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011.

vuelvan vivenciales, y el ejercicio y control del poder público un tema cotidiano en la *democracia vivencial*.

Y es que en el marco de un sistema jurídico genuino —necesariamente constitucional—, debe haber estándares mínimos de confianza y cercanía, e incluso de lealtad,<sup>37</sup> como lo sugiere la articulación cotidiana entre gobernantes y gobernados. Ya vimos que para esto es necesario que el aparato gubernamental brinde respuestas claras, transparentes, así como acciones concretas y efectivas que constaten la empatía y proximidad con los gobernados, pero, sobre todo, debe confirmar con su actuación el respeto invariable de la dignidad humana en cualquiera y en todas sus manifestaciones, *id est*, lo mismo para la operación del sistema de justicia que para el ejercicio de atribuciones para mantener el orden; lo mismo en tareas jurisdiccionales que en el uso de los programas para combatir la miseria; es claro que un gobierno de este cariz está muy lejos de nosotros, y resulta inobjetable que la condición inmanente para su puesta en operación es el modelo de Estado constitucional, solidario, social, humanista, garante indiscutible de los derechos esenciales de las personas.

Con lo antes apuntado, queda claro que la concepción científica del Estado constitucional, su diseño jurídico e institucional, y la adopción y puesta en marcha de políticas públicas, no pueden desconectarse de la realidad que circunda y envuelve a ese Estado-tipo. Hasta hoy, ha sido un error tremendo creer que la cosa pública camina por sí misma, ajena a las condiciones sociales; al segmentar de este modo la comprensión de lo estatal, el artificio que ello implica y la consecuente simulación de resultados por su inadecuada operación, se han estrellado contra la realidad que invariablemente pone a cada cosa en su sitio. Hoy, la concepción anquilosada de la cosa pública y la fragmentación de esfuerzos en el intento de atender múltiples necesidades ha cedido paso franco a la improvisación y, con ello, a magros resultados que se palpan de inmediato en el tejido social.

Así pues, el Estado constitucional debe fortalecer su diseño y atribuciones desde la garantía de los derechos humanos. Este es el único Estado

---

<sup>37</sup> “Identificar lealtad con obediencia ciega es desvirtuar la lealtad. La lealtad crítica también es lealtad y no tiene esta connotación negativa desde el punto de vista de la filosofía liberal. Por ejemplo, un desobediente civil podría ser considerado una persona leal a la Constitución en su conjunto porque reclama que alguna ley es contraria a una correcta interpretación de la Constitución y que, además, requiere seguir siendo legal a la Constitución, porque su correcto entendimiento lo requiere”; Calsamiglia, Albert, *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo, corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 56.

que tiene posibilidades de ser; de lo contrario, carente de legitimidad y de los asideros adecuados en la zona basal de la sociedad, estará condenado a ceder el paso a otras formas de organización jurídica, política, social y económica, más allá de sus fronteras y más allá del espectro tradicional de su poder y autoridad; para el Estado poroso, desvinculado de su justificación primaria, prístina, que es la búsqueda del bienestar de sus miembros, el abuso de poder y las estructuras corrompidas<sup>38</sup> son la amenaza mayor y pueden marcar el momento crucial de su paulatina o pronta desaparición.

## VII. FUENTES DE CONSULTA

### 1. *Bibliográficas*

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *El estudio de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *La implementación de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: «neo-constitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013.

---

<sup>38</sup> Al respecto, es elocuente esta referencia sobre lo que sucedió en Roma: “Cabría afirmar, en definitiva, a la vista de los abundantes testimonios contenidos en las fuentes romanas, que la conformación de la policía urbana, la policía exterior, la actividad de los delatores, el servicio de espionaje, la guardia pretoriana, o el servicio palatino de seguridad se presentan, en suma, como un mosaico variopinto de investigación, al propio tiempo de represión, corrupción, transgresión de facultades ejercitadas, abuso de poder en el ejercicio de las labores legítimamente atribuidas y al propio tiempo de seguridad jurídica, orden interno, control del aparato del estado, vigilancia de los enemigos exteriores que, paradojas y enseñanzas de la historia, nos acercan al panorama que es objeto de reiterado [*sic*] denuncia en los medios de comunicación de nuestro tiempo y en los tribunales de justicia, en relación con espionaje telefónico, programas de escuchas a particulares sin autorización judicial, espionaje en internet, venta de datos de información confidencial, corrupción de agentes de espionaje, etc.”; Fernández de Buján, Antonio, “Conformación de las nociones de seguridad ciudadana, orden interno, seguridad exterior y policía política. De los vigiles a los agentes *in rebus*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Città del Vaticano, LXXXII, 2016. El parecido de la sociedad de aquel entonces con la nuestra es preocupante.



- BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo, corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, “La mirada internacional: informes para México sobre DDHH, impunidad e inseguridad”, *Letras Jurídicas*, México, año 17, núm. 34, julio-diciembre de 2016.
- CORDERA CAMPOS, Rolando y PROVENCIO DURAZO, Enrique (coords.), *Informe del desarrollo en México 2015*, México, UNAM, 2016.
- CORDERA CAMPOS, Rolando (coord.), *Percepciones, pobreza, desigualdad. Encuesta nacional de pobreza*, México, UNAM, 2015.
- CHOMSKY, Noam, *La quinta libertad*, Barcelona, Crítica, 1988.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “Conformación de las nociones de seguridad ciudadana, orden interno, seguridad exterior y policía política. De los vigiles a los agentes *in rebus*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Città del Vaticano, LXXXII, 2016.
- FLORES, María Victoria, “La globalización como fenómeno político, económico y social”, *Orbis. Revista Científica Ciencias Humanas*, Venezuela, vol. 12, núm. 34, 2016, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70946593002> (consultado el 21 de junio de 2018).
- GARCÍA SUÁREZ, Carlos Iván y GONZÁLEZ VALENCIA, Ana Milena, “Democracia vivencial en la escuela: la construcción de la equidad y la inclusión en el aula”, *Nómadas (col)*, Colombia, Bogotá, núm. 12, 2000.
- GARGARELLA, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011.
- HELD, David, *La democracia y el orden global, del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, 2000.
- IANNI, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI Editores, 2007.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Civitas, 2006.
- KAHN, Paul W., “Una nueva perspectiva para el constitucionalismo comparado: el análisis cultural del estado de derecho occidental”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXIX, núm. 1, junio de 2016.

- LEÓN BASTOS, Carolina, “Las reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Juris Tantum*, México, núm. 25, diciembre de 2014.
- MEYER, Lorenzo, *El Estado en busca del ciudadano, un ensayo sobre el proceso político mexicano contemporáneo*, México, Océano, 2005.
- MORALES SÁNCHEZ, Noa, “Seguridad humana y ataques intencionales a la cultura: hacia una perspectiva amplia de las inseguridades humanas”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, México, núm. 118, enero-abril de 2014.
- RESTREPO R, Luis Carlos, “Democracia vivencial y cultural de la convivencia”, *Nómadas (col)*, Bogotá, Colombia, núm. 2, marzo de 1995.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2007.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Un mundo en el que caben muchos mundos: el reto de la globalización”, en GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel y BALSLEV CLAUSEN, Helene (coords.), *Revisitar la etnicidad, miradas cruzadas en torno a la diversidad*, México, El Colegio de Sonora-El Colegio Mexiquense-Siglo XXI Editores, 2008.
- URIBE ARZATE, Enrique, “Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 44, núm. 132, 2011.
- VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- WUILLEUMIER, Anne, “La policier-éducateur et l’effectivité du droit. Exploration comparée des répertoires policiers de pédagogie du droit en France et au Canada”, *Droit et Société, Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 97, 2017.

## 2. Electrónicas

- 1994, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, disponible en: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1994\\_es\\_completo\\_nos\\_tats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nos_tats.pdf).



*Fecha de recepción:* 14 de septiembre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 10 de diciembre de 2018.



## Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia

### *Financial regulation and Estado social de derecho in Colombia*

Constanza BLANCO BARÓN\*

Jorge CORREDOR HIGUERA\*\*

**RESUMEN:** El objetivo del artículo es analizar si cabría la formulación de una política pública para el sector financiero en Colombia que atienda a las necesidades del Estado social de derecho, y en tal caso si la misma podría mitigar las eventuales contradicciones entre los estándares internacionales de regulación financiera conocidos como Basilea III, y el cumplimiento de los valores constitucionales de democratización del crédito, acceso a la vivienda digna, protección del consumidor, sostenibilidad del medio ambiente y libre competencia como derecho de todos. Lo anterior, partiendo de tres premisas: la ausencia de una política pública para el sector financiero que busque cumplir los objetivos constitucionales del Estado; la obligatoriedad de cumplir estándares internacionales de regulación financiera, y las obligaciones derivadas de la última crisis mundial, se examinan las tensiones entre dichos estándares y los valores constitucionales, entre la eficiencia y la equi-

**ABSTRACT:** This article analyzes if there is a public policy for the financial sector in Colombia that meets the needs of Estado Social de Derecho. Likewise, based on this public policy, it will be studied whether it could mitigate possible contradictions between the international standards of financial regulation known as Basel III, and compliance with the constitutional values of credit democratization, access to social housing, consumer protection, defence of the environment and, free competition. Analysis is based on three premises: the absence of a public policy for the financial sector that seeks to meet the constitutional objectives of the State; the obligation to comply with international standards of financial regulation, and duties arising from the last global crisis, and it examines the tensions between these standards and constitutional values, between efficiency and equity, and between development as economic growth and as welfare.

---

\* Profesora titular e investigadora del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Colombia; miembro del grupo de investigación en derecho y economía; [constanza.blanco@uexternado.edu.co](mailto:constanza.blanco@uexternado.edu.co).

\*\* Docente investigador del Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia, Colombia, y profesor en pregrado y posgrado de la misma universidad; [jorge.corredor@uexternado.edu.co](mailto:jorge.corredor@uexternado.edu.co).

dad, y entre el desarrollo como crecimiento económico y como bienestar.

**Palabras claves:** Política pública, valores constitucionales, estándares internacionales de regulación financiera, Estado social de derecho.

**Keywords:** Policy, constitutional values, international standards of financial regulation, Estado Social de Derecho.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Significado y alcances de la ausencia de una política pública para el sector financiero que atienda a las obligaciones del Estado social de derecho*. III. *Mandamiento internacional de adopción de estándares en materia financiera*. IV. *Tensión entre la obligatoriedad de adoptar estándares internacionales y el marco constitucional*. V. *Balance entre estas dos posturas*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución política de Colombia establece requerimientos relacionados con la democratización del crédito (artículo 335), el acceso a la vivienda digna (artículo 51), la protección de los consumidores (artículo 78), la sostenibilidad del medio ambiente (artículo 80) y la libre competencia como derecho de todos (artículo 333). Para el logro de los objetivos del Estado social de derecho (ESD)<sup>1</sup> se hace necesario priorizar el alcance de dichos valores constitucionales mediante la definición y aplicación de políticas públicas, entendidas como

...la acción del Estado orientada por el gobierno que, de una manera coherente, integral, legítima, sistemática y sostenible, ...busca responder a las demandas sociales y desarrollar los mandatos constitucionales y legales, acudiendo a diferentes métodos de análisis, modelos de gestión y criterios

---

<sup>1</sup> El Estado social se define como “aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles”. Villar, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, 20, 2007, p. 82. Estos derechos sociales generan obligaciones de prestación al Estado, que debe privilegiar la atención de los problemas de los más débiles, propugnando por la “igualdad social real” (*ibidem*, p. 83). Entre esos derechos se encuentran la vivienda digna y un medio ambiente sano (*ibidem*, pp. 88 y 92).

de valuación, con la participación de los actores involucrados en el problema y en la búsqueda de la solución.<sup>2</sup>

No obstante, el alcance de las políticas públicas no cobija al sistema financiero, conformado por un sistema bancario o intermediado, en el que principalmente se realiza la transferencia del ahorro a la inversión en la economía mediante la operación bancaria de depósito-crédito, y un sistema de instrumentos o desintermediado, o mercado de valores, en el que dicha transferencia se realiza a través de la captación directa de inversiones por parte de emisores de valores en oferta pública. En efecto, dicho sistema parece tener una dinámica propia que, atendiendo a la necesidad de protección del ahorro del público como interés jurídico, también establecido en la Constitución (artículo 335), resulta en una intervención mayoritariamente pasiva del Estado, mediante regulación, dirigida a lograr la eficiencia en el mercado.

Se trasplantan entonces a la regulación positiva propia del derecho continental, estándares definidos en el marco del derecho anglosajón por los organismos internacionales, específicamente los de Basilea, como una especie de mandamiento universal. Esos estándares internacionales podrían estar en contradicción con los requerimientos del Estado social de derecho, e incluso conseguirían suplantarlos.

La regulación prudencial está enfocada en velar por la calidad de los activos de los establecimientos bancarios, con el fin de reducir sus riesgos excesivos, y se ocupa principalmente de cupos de crédito, provisiones, garantías, requerimientos de capital, restricciones de actividades y el mantenimiento de indicadores de solvencia y solidez de las entidades financieras individualmente consideradas.<sup>3</sup> La regulación macroprudencial corresponde a la orientación de los reguladores financieros hacia la estabilidad del sistema como un todo, con una estrecha relación con la macroeconomía.<sup>4</sup> Este tipo

---

<sup>2</sup> Ordóñez, Gonzalo, *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 30.

<sup>3</sup> Ustariz, Luis Humberto, *El Comité de Basilea y la supervisión bancaria*, 2003, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14855>. Martínez, Néstor et al., *La regulación prudencial procíclica, el caso colombiano*, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2001, disponible en: <http://www.cepal.org/noticias/discursos/7/8717/nmartineznov29.pdf>.

<sup>4</sup> Clement, Piet, "The term «macroprudential»: origins and evolution", *BIS Quarterly Review*, marzo de 2010, disponible en: [http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r\\_qt1003h.pdf](http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1003h.pdf).

de regulación, conocida como Basilea III, adoptada por los países en forma disciplinada después de la crisis financiera internacional de 2008, modificó sus políticas macroeconómicas y afectó la arquitectura financiera internacional.

A este respecto, se plantea no solamente cuánto durará o cuánto costará la crisis, o cuánto afectará la arquitectura financiera mundial, sino que se debate acerca de las estrategias de desarrollo que corrijan las desigualdades en materia de ingreso y de riqueza, el deterioro del medio ambiente y la orientación de la política fiscal.<sup>5</sup> Esto porque hay preocupación por los graves efectos de una crisis, puesto que la inestabilidad financiera trae consecuencias de inseguridad: económica por la quiebra generalizada especialmente de pequeñas y medianas empresas y aumento del desempleo; alimentaria, causada por el aumento de la pobreza; en materia de salud y educativa, por los recortes en los presupuestos públicos, y política, por el incremento en la tensión social y las posibilidades de conflicto interno en los países.<sup>6</sup>

En este sentido, es de tener en cuenta que la estabilidad financiera ha sido considerada incluso como un bien público, entre otras razones por el alto costo que enfrenta una sociedad como un todo en caso de crisis: una economía se puede recuperar de los graves efectos que sufre en un plazo corto, pero las consecuencias en lo social llegan a ser estructurales y de largo plazo.<sup>7</sup> Las posibles respuestas pasan por considerar una reducción de la especulación financiera, y en forma alternativa, aumentar los presupuestos de educación, salud y en general de bienestar social, y además ponen en duda el impacto de la ley y la regulación contra la “demencia” financiera.<sup>8</sup>

El sistema financiero colombiano no fue afectado por la crisis internacional, por cuanto la misma lo encontró fortalecido cuando se estableció la respuesta derivada de las dificultades originadas en el caso de la banca hipotecaria, diez años atrás, mediante la expedición de la Ley 546 de 1999 y su respectiva reglamentación.<sup>9</sup> No obstante, el país se plegó a las direc-

---

<sup>5</sup> Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras, una perspectiva global, 1873-2008*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010, p. 33.

<sup>6</sup> Prats, Joan, *Desarrollo Humano, Estado de derecho y estabilidad financiera*, 19 de septiembre de 2008, recuperado el 25 de abril de 2017 de <https://meiderdaniel.files.wordpress.com/2008/12/desarrollo-humano.doc>.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras...*, cit., p. 34.

<sup>9</sup> Blanco, Constanza, “Diez años de la Ley 546 de 1999 de Financiamiento Hipotecario”, en UEC, *Diez años de la Ley 546 de 1999 de Financiamiento Hipotecario*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 13-74.

trices internacionales y realizó modificaciones en su regulación interna, para adaptarse a las exigencias de Basilea III, aun sin haber consolidado del todo las reformas de Basilea II.<sup>10</sup>

Según lo anterior, la regulación del sistema financiero debe atender a la consecución de la eficiencia, con miras principalmente a lograr y mantener la estabilidad sistémica dentro de una racionalidad instrumental propia del *homo economicus*, en tanto que el cumplimiento de los valores constitucionales obedece a la protección de los derechos, la equidad y la justicia, que se buscan en el ámbito de una racionalidad valorativa, según el concepto de Weber.<sup>11</sup> No obstante, dentro del plan estratégico del supervisor del sistema financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), se identifican otros objetivos, como es velar por la protección del consumidor financiero y contribuir al desarrollo de mecanismos de inclusión,<sup>12</sup> que podrían estar relacionados con el alcance de algunos de los valores constitucionales en estudio.

En el desarrollo de este artículo se parte de tres premisas: (1) no hay una política pública para el sistema financiero que obedezca al cumplimiento de los objetivos del ESD; (2) los estándares internacionales para el sistema financiero se convierten en mandamiento para los reguladores, sin distinción de la situación particular de cada país y podrían estar suplantando al ESD, y (3) la crisis internacional ha obligado a modificar los estándares regulatorios del sistema financiero, con énfasis en la regulación macroprudencial, generando tensiones entre dichos estándares y los valores constitucionales del ESD.

En ese contexto, el objetivo de este artículo es analizar si cabría la formulación de una política pública para el sector financiero en Colombia que atienda a las necesidades del ESD, y, en tal caso, si la misma podría mitigar las eventuales contradicciones entre los estándares internacionales de regulación financiera y el cumplimiento de los valores constitucionales.

El tema se desarrollará en cuatro apartados: en el primero se estudiará el significado y alcances de la ausencia de una política pública para el sector financiero que atienda a las obligaciones del ESD; en el segundo se

---

<sup>10</sup> Clavijo, Sergio *et al.*, *La crisis financiera...*, *cit.*

<sup>11</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozos de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina, México, Fondo de Cultura Económica, 2002 (1922).

<sup>12</sup> SFC, *Objetivos estratégicos*, Bogotá D. C., Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, página web.



analizará el mandamiento internacional de adopción de los estándares de Basilea III; en el tercero se desarrollará la obligatoriedad de asumir los estándares internacionales, incluso sin haber sufrido consecuencias negativas por la crisis de 2008, con la subsecuente tensión entre dichos estándares y el marco constitucional del Estado social de derecho, y en el cuarto se realizará el balance entre las posturas de eficiencia y equidad. Por último, se propondrán conclusiones.

## II. SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA AUSENCIA DE UNA POLÍTICA PÚBLICA PARA EL SECTOR FINANCIERO QUE ATIENDA A LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En esta sección se plantea la necesidad de diferenciar la política económica de la social, y se analiza el efecto de lo anterior en la concepción del desarrollo.

### 1. *La política para el sistema financiero no es política pública*

La primera premisa de la cual parte este artículo es que no hay una política pública para el sistema financiero en Colombia. Un falseamiento de la hipótesis sugeriría la necesidad de demostrar que dicha política pública sí existe, para lo cual se hará un análisis a la luz de las definiciones que trae la teoría al respecto.

Si se considera una definición académica teórica, según la corriente que se ocupa de la formación de las políticas públicas y estudia sus complejidades, *Knowledge of Policy Process*,<sup>13</sup> y que cobija cualquier acción de las autoridades públicas, sí habría política pública para el sistema financiero, si se tienen en cuenta las competencias y actuaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) como regulador del sistema financiero; la SFC como supervisor que se ocupa de la inspección, vigilancia y control de entidades y actividades en las que hay “manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público”,<sup>14</sup> y el Banco de la República (BR) como banca central.

<sup>13</sup> Ordóñez, Gonzalo, *Manual de análisis y diseño...*, cit., pp. 20 y 21.

<sup>14</sup> Esto está dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anterior se confirmaría, dado que la política se entendería como “la acción integral, coherente y legítima del Estado que busca... desarrollar los mandatos constitucionales y legales...”<sup>15</sup> Dicha política, que se podría denominar financiera, se manifiesta en objetivos de búsqueda de la estabilidad sistémica mediante la aplicación de regulación prudencial con miras a la solvencia, disciplina y supervisión del sistema financiero bancario, así como de apoyo al desarrollo del mercado de valores.<sup>16</sup>

De otro lado, si se considera la corriente instrumental teórica que va dirigida a identificar los mecanismos dirigidos al diseño y formación de las políticas públicas en sus distintas fases, o *Knowledge in Policy Process*,<sup>17</sup> la regulación para el sistema financiero sigue el ciclo de la política pública, esto es, diagnóstico inicial; planteamiento de metas a alcanzar, consideración de alternativas de solución, selección de instrumentos, aplicación y la evaluación de resultados. Dentro de la regulación basada en riesgo RBR, la política de la SFC se basa en un permanente seguimiento de los modelos de identificación, mitigación y control de riesgo de crédito, mercado, operativo y de liquidez, de las entidades vigiladas.<sup>18</sup>

Sin embargo, la política pública se dirige a la resolución de situaciones sociales problemáticas, o, en términos de Ordóñez, a “responder a demandas sociales”.<sup>19</sup> Lo social es definido por Durkheim como “las relaciones que se establecen en una comunidad”, siendo el concepto casi similar al de sociedad.<sup>20</sup> En este sentido, a pesar de que las personas se comportan de manera racional y eficiente,<sup>21</sup> en los cuales se busca la mayor ganancia posible, otro punto de vista más humanista indica que al realizar sus intercambios, los individuos pueden “trascender sus propios intereses”, son altruistas, con miras al bienestar general, y que es posible institucionalizar una justicia colectiva.<sup>22</sup> Los individuos actuarían por deseos de cooperación, solidaridad y ayuda mutua. Entonces se dificultaría caracterizar como sociales las rela-

<sup>15</sup> Ordóñez, Gonzalo, *Manual de análisis y diseño...*, cit., p. 30.

<sup>16</sup> SFC, *Objetivos estratégicos*, cit.

<sup>17</sup> Ordóñez, Gonzalo, *Manual de análisis y diseño...*, cit., pp. 20 y 21.

<sup>18</sup> SFC, *Objetivos estratégicos*, cit.

<sup>19</sup> Ordóñez, Gonzalo, *Manual de análisis y diseño...*, cit., p. 30.

<sup>20</sup> Durkheim, Émile, *La Sociologie et son Domaine Scientiphique (1900)*, 2002, disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim\\_emile/textes\\_1/textes\\_1\\_01/socio\\_scientifique.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_1/textes_1_01/socio_scientifique.pdf).

<sup>21</sup> Alexander, J., *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial*, Barcelona, Gesida, 2000, pp. 133 y 134.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 135.

ciones entre seres humanos que tengan por propósito realizar transacciones o negociaciones de bienes y servicios, dado que: (1) no necesariamente se requerirían intercambios financieros que persiguieran una ganancia cuando se trata de suplir necesidades, y (2) las transacciones no requerirían obligatoriamente al sistema financiero para ser realizadas.

Lo anterior tiene importantes implicaciones en la participación del sistema financiero en el desarrollo y en el cumplimiento de los objetivos constitucionales del ESD. La política financiera está dentro de la política económica, que pretende solucionar problemas macroeconómicos de crecimiento del producto, control de la inflación, aumento de la competitividad y generación de ingreso, entre otras. La política financiera, como la económica, obedecen a una racionalidad instrumental, en el ámbito de un modelo de economía de mercado capitalista de acumulación, que persigue la maximización de la riqueza, y por lo tanto las autoridades actúan cuando hay fallas de mercado (que tienen consecuencias negativas sobre la eficiencia). En este modelo se parte de la base de la liberación de: (1) el comercio internacional de bienes y servicios, y (2) los flujos de capitales. El desarrollo económico se entiende como crecimiento del producto interno bruto (PIB), que se asocia a la integración de los mercados financieros, la liberalización del mercado y la industrialización basada en las corporaciones.<sup>23</sup>

Para Bhaduri, la política económica debe combinarse con la política pública que atienda a problemas de carencias, falta de acceso a servicios o desconocimiento de derechos, y que tenga propósitos de equidad ante el “fracaso” que se evidencia en el “estancamiento o declive” de los países que adoptaron dichos modelos económicos neoliberales.<sup>24</sup> Esto con el fin de contrarrestar resultados como un “fenomenal” crecimiento de la riqueza corporativa y de la capitalización de mercado de las empresas que cotizan en la bolsa,<sup>25</sup> así como un gran crecimiento económico y el auge de las bolsas en Estados Unidos y Europa,<sup>26</sup> resultados opacados por la gran cantidad de población “tremendamente” pobre en determinados países,<sup>27</sup> y por unos descomunales indicadores de desigualdad.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Bhaduri, A., *Repensar la economía política, en busca del desarrollo con equidad*, trad. de T. Lukin, y M. Fiszbein, Buenos Aires, Manantial, 2011, p. 17

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>26</sup> Marichal, C., *Nueva historia de las grandes crisis...*, cit., p. 25.

<sup>27</sup> Bhaduri, A., *Repensar la economía política...*, cit., p. 24

<sup>28</sup> Piketty, T., *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

A pesar de que autores como Stiglitz reconocen la notable influencia que tiene el sector financiero en el desarrollo de las economías,<sup>29</sup> se acepta que el equilibrio teórico de los mercados eficientes no sólo no garantiza una distribución del ingreso que permita superar graves problemas de desempleo o empleo informal, deficiente saneamiento básico, escaso acceso a los sistemas de salud o viviendas inadecuadas para buena parte de la población,<sup>30</sup> sino que, por el contrario, resulta en concentración del ingreso y la riqueza. Pero la respuesta de los gobiernos a los devastadores efectos de las crisis en términos de pérdida de empleos, brotes inflacionarios y destrucción de riqueza con la consecuente recesión,<sup>31</sup> ha sido corregir los problemas económicos, destinando ingentes recursos de los contribuyentes al rescate inmediato de las entidades financieras y de las economías, por lo que la inversión en salud, educación y bienestar,<sup>32</sup> esto es, la política pública, queda en segundo plano.

Así, los propósitos de equidad que habían entrado en la agenda de los organismos internacionales, y en consecuencia, de la política de los Estados, se dejan de lado en las crisis, así como el concepto de desarrollo que se había transformado en uno que propugna por el bienestar, y sus elementos de superación de la pobreza, libertad, democracia, inclusión y desarrollo de las capacidades personales, que sigue a autores como Sen.<sup>33</sup>

En suma, los gobiernos se ven enfrentados al dilema de emprender una política económica que conduce a la eficiencia, pero con resultados inequitativos, al tiempo que deben asumir una política social sobre la base de criterios de justicia y equidad con efectos de ineficiencia.<sup>34</sup>

## 2. La política para el sistema financiero y el cumplimiento de los valores constitucionales

No es posible decir que el sistema financiero esté al margen del desarrollo como bienestar. En condiciones de normalidad, dicho sistema es

<sup>29</sup> Stiglitz, J., *The Role of Financial System in Development*, 29 de junio de 1998, World Bank, <http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&ty=pe=pdf>.

<sup>30</sup> Bhaduri, A., *Repensar la economía política...*, cit., pp. 18-20.

<sup>31</sup> Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis...*, cit., pp. 237, 241 y 278.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>33</sup> Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de E. R. Tocaria, Bogotá, Planeta, 2001 (1999).

<sup>34</sup> Okun, Arthur, *Igualdad y eficiencia, la gran disyuntiva*, trad. de M. Clavell, Buenos Aires, Suramericana, 1982.

utilizado para el cumplimiento de los fines sociales del Estado, ya que se le asignan funciones como: financiar vivienda social a tasas menores a las del mercado, otorgar cupos de crédito para pequeñas empresas a costos asequibles, subsidiar actividades exportadoras, tal como lo afirman Allen y otros autores,<sup>35</sup> o canalizar ayudas monetarias condicionadas a determinados grupos de población.<sup>36</sup> Es posible entonces clasificar las funciones del sistema financiero en: (1) las principales, que son aquellas propias de su función económica de transferencia del ahorro a la inversión, que en el caso de los bancos constituye la operación bancaria, y (2) en las que tienen un objetivo social, que puede corresponder a los cometidos propios del ESD.

En Colombia, la regulación financiera busca la eficiencia, y está contenida principalmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el Decreto-Ley 663 de 1993, reformado varias veces por el Congreso mediante leyes de reforma financiera, en la Ley 964 de 2005, marco del mercado de valores, y en el Decreto 2555 de 2010, único del sistema financiero, del MHCP. Por su parte, la política pública se desarrolla mediante la redacción de documentos por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes),<sup>37</sup> que son presentados al Consejo de Ministros para la elaboración de la respectiva regulación. Igualmente, es posible encontrarla en los planes cuatrienales de desarrollo, que se deben elaborar y aprobar por el Congreso en cada periodo presidencial.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Allen, F., *Banking Regulation versus Securities Market Regulation*, 11 de julio de 2001, recuperado el 14 de abril de 2017 de The Wharton School of University of Pennsylvania.

<sup>36</sup> BID, *Así funcionan las transferencias condicionadas. Buenas prácticas en 20 años de desarrollo*. 2017, Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 66-76, disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8159/Asi-funcionan-las-transferencias-condicionadas.PDF?sequence=1>. Maldonado, J., *Los programas de transferencias monetarias condicionadas: ¿hacia la inclusión social en América Latina?*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2011, pp. 105-128.

<sup>37</sup> El Conpes es una organización al interior del Poder Ejecutivo que tiene la secretaría técnica del Departamento Nacional de Planeación (DNP). Dado que entre sus funciones está “(p)resentar, para su aprobación, las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del Gobierno nacional” al Consejo de Ministros, se considera el encargado por antonomasia de la definición de la política pública.

<sup>38</sup> Esto en cumplimiento del ordenamiento constitucional desarrollado en la Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo de 1994. Blanco, Constanza, *La planificación legal del desarrollo: el caso de la vivienda de interés social y de interés social prioritario (W.P.)*, Bogotá, D. C., 2011.

En ese contexto, en una revisión de documentos del Conpes entre 1991 y 2016 se encontraron, en efecto, políticas concretas dirigidas al desarrollo de los valores constitucionales, no así a propuestas de regulación del sistema financiero. No obstante, sí se encontraron documentos orientados a lograr el desarrollo del mercado de valores como parte de la búsqueda de indicadores de competitividad de la economía. En el anexo 1 se pueden ver algunos documentos sobre: (1) el desarrollo de la inversión extranjera de portafolio; (2) el proceso de privatización de activos del Estado, y, finalmente, (3) un documento dirigido a justificar la fusión de los supervisores del sistema financiero en 2005.

Además, una revisión de los planes de desarrollo en el mismo periodo mostró que en ninguno se estipuló una política para el sistema financiero que explícitamente buscara los valores constitucionales que se están analizando en este artículo. No obstante, dichos planes, contenidos en el anexo 2, permitieron observar: (1) un caso en el que se desarrolla una política tendente a la estabilidad del sistema financiero; (2) dos planes en los que se combinan los propósitos de lograr profundidad, competitividad y eficiencia por parte del sector financiero, y la búsqueda de inclusión financiera de la población de menores ingresos, y (3) varios planes que se ocupan del desarrollo de los valores constitucionales concretos.

A continuación, se establece el desarrollo constitucional de cada uno de los valores en estudio; si el tema se desarrolla o no dentro de la regulación financiera, y, finalmente, la política pública correspondiente.

### *A. Democratización del crédito*

El artículo 335 de la Constitución Política de 1991 establece que el Estado promoverá la democratización del crédito. La Corte Constitucional ha dicho que, dado que el acceso al crédito es un objetivo constitucionalmente definido, el Estado debe velar de forma progresiva por el acceso al crédito a favor de la población.<sup>39</sup> Igualmente, el acceso al crédito ha sido entendido como un derecho de los consumidores financieros, el cual sólo puede ser desconocido por las instituciones financieras cuando existen causales objetivas y razonables para negar dicho crédito.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1062 de 2003.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1999, y Congreso de la República, Ley 1328 de 2009.

La única norma en el régimen financiero que se refiere en forma directa a la democratización del crédito es el artículo 49 del EOSF, que dispone la fijación de límites máximos de crédito o de concentración de riesgo por entidad y su forma de cálculo.<sup>41</sup>

El contenido social de la democratización del crédito se relacionaría con el acceso de ciertos agentes, como las Pymes o los residentes en zonas rurales, entre otros, a recursos de crédito, en condiciones similares al resto de las empresas y demás solicitantes. Pero estos destinatarios de crédito tienen condiciones especiales en lo que atañe a la generación de flujos para el pago de las acreencias y a la posibilidad de otorgar garantías, lo cual hace que, dentro de la RBR, en la consideración de estos créditos que estarían buscando condiciones de acceso y equidad, deban balancearse los requerimientos de los sistemas de administración de riesgo de crédito SARC, diseñados dentro de criterios de eficiencia y que cada entidad bancaria debe adoptar en forma obligatoria, con propósitos de equidad.

No hay en los documentos Conpes ni en los planes de desarrollo referencias directamente orientadas a la democratización del crédito, aun cuando sí a algunos programas que conducirían a mejores indicadores en este asunto, como son: las relativas a la creación de un fondo de garantías con presupuesto público que apoya a las pequeñas empresas; las que pretenden mejorar el acceso de la población rural a recursos de crédito, y disposiciones sobre crédito para educación.

Por último, existe una política pública denominada “Banca de Oportunidades”, que utiliza al sistema financiero y concretamente pretende facilitar el acceso a servicios financieros, entre ellos el microcrédito, al tiempo que busca la equidad. Esta política fue creada a partir de las recomendaciones del Conpes 3424 de 2006, y hace parte de una más general de inclusión social, dirigida a población no bancarizada.

## B. *Acceso a la vivienda digna*

El artículo 51 de la Constitución Política de 1991 consagró el derecho a la vivienda digna y determinó las condiciones de la política pública a través de la cual el Estado desarrollará dicho derecho constitucional. Se busca dar

---

<sup>41</sup> Cfr. Decreto 2555 de 2010 (Decreto 2360 de 1993, artículo 1o., artículo 2o. subrogado por el Decreto 2553 de 1993; Decreto 1886 de 1994), especialmente los artículos 2.1.2.1.1 y ss., y 2.1.3.1.1 y ss.



a las personas la posibilidad de vivir en sitios que por sus características físicas y de salubridad, acceso y movilidad, sean adecuados para el logro del bienestar, resaltando la dignidad de la persona humana y de su núcleo familiar.<sup>42</sup> Según pronunciamiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU), adoptado por la Corte Constitucional, dentro de los criterios de vivienda adecuada se debe considerar el acceso a financiamiento.<sup>43</sup>

En este sentido, se establecen en la regulación financiera condiciones preferenciales para el acceso al crédito bancario a familias de menores ingresos, de manera que se logre el “cierre financiero” de la compra de viviendas de interés social (VIS). Además de las entidades bancarias y las cooperativas de ahorro y crédito de carácter financiero, en dicha política participan entidades no financieras, como son organismos cooperativos de aporte y crédito, y organizaciones no gubernamentales (ONG).

Otra regulación está en la Ley 546 de 1999, que establece la titularización de créditos VIS originados por bancos hipotecarios, entre otros; el Decreto 2782 de 2001 sobre la garantía de Fogafin para bonos hipotecarios emitidos con el propósito de otorgar créditos para VIS y para títulos hipotecarios emitidos en titularizaciones sobre subyacentes VIS; la Ley 795 de 2003 y los decretos 777 de 2003, 1787 de 2004 y 3760 de 2008 que reglamentan el *leasing* habitacional, entre otros.

En cuanto a la política pública, existe una larga lista de Conpes que hacen referencia a la política para VIS, entre los que se cuentan los números: 2481 de 1990, 2729 de 1994, 3200 de 2002 y 3269 de 2004; por su parte, la política general de vivienda social está contenida en los documentos: 2484 de 1990, 2520 y 2573 de 1991, 2636 y 2980 de 1997, 3200 de 2002 ya mencionado, 3403 de 2005, 3583 de 2009, 3746 de 2013 y 3869 de 2016. Igualmente, el tema ha sido permanentemente tratado en los planes cuatrienales de desarrollo.

### C. Protección del consumidor

El artículo 78 de la Constitución elevó a rango constitucional la protección de los derechos de los consumidores, entre ellos los financieros. La Corte

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-024 de 2015.

<sup>43</sup> ONU/CESCR, *El derecho a una vivienda adecuada*, Organización de Naciones Unidas-Comisión de Derechos Humanos, 1991. El Estado debe garantizar la seguridad del goce de la vivienda, incluyendo seguridad jurídica en su tenencia, gastos soportables y asequibilidad. Corte Constitucional, Sentencia, T-239 de 2016.

Constitucional establece que el derecho de los consumidores es un conjunto de normas encaminado a subsanar las asimetrías evidenciadas en el mercado, y derivadas, entre otras circunstancias, de las diferencias en materia de capacidad económica y de la posesión de información cualificada, siendo un derecho eminentemente dinámico, condicionado a las variaciones de la situación de consumidor y productor en el escenario cambiante del mercado.<sup>44</sup>

El Estado debe establecer criterios de regulación y supervisión encaminados a velar porque a los consumidores financieros se les garantice sus derechos a la información y asesoría, productos con criterios de calidad y seguridad, educación financiera, prevención en materia de fraude y prácticas engañosas, atención de quejas, prevención de cláusulas y prácticas abusivas.<sup>45</sup> La defensa del consumidor financiero está establecida en el artículo 98 del EOSF, las leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014, el Decreto 4759 de 2005 y la Circular Básica Jurídica de la SFC. Estas normas regulan la figura del defensor del cliente, establecen las reglas de protección de usuarios de créditos individuales de vivienda, entre otros. Además, la SFC es una de las autoridades administrativas a las que le fueron fijadas facultades jurisdiccionales en el Estatuto General del Consumidor (Ley 1480 de 2011), asunto que retomó el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

No se halló evidencia de que la política pública desarrolle sistemáticamente el tema del consumidor financiero, por lo menos en lo que concierne a los documentos Conpes. Sin embargo, sí se encontró mención de la misma en el plan de desarrollo 2006-2010, en donde se hace referencia explícita a una política de protección al consumidor.

#### D. *Medio ambiente sostenible*

El constituyente de 1991 consagró el derecho constitucional a un ambiente sano, a través de una participación tanto de los ciudadanos como del Estado por medio del establecimiento de políticas públicas y de la materialización de responsabilidades en temas ambientales por parte de la comunidad, y así el tema ha constituido una gran preocupación de los hacedores de política durante todo el periodo estudiado. Ahora bien, teniendo como antecedentes

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2013.

<sup>45</sup> ASBA, *Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero*, México, ASBA, 2012.

tratados internacionales de derechos humanos, los cuales, a su vez, hacen parte de la Constitución en los términos del bloque de constitucionalidad,<sup>46</sup> en 1991 se estableció una constitución ecológica. Para Amaya, la actitud vanguardista del gobierno nacional y de los constituyentes de 1991 dio como resultado un cuerpo normativo ambiental garantista y promotor de una nueva variable para la gestión pública nacional, regional y local.<sup>47</sup>

La Corte Constitucional, de forma reiterativa, ha determinado que la Constitución, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, sino que, además, al establecer el llamado tríptico económico, determinó una función social, que cobija una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar.<sup>48</sup>

No se identificó regulación financiera en la que se especifique la participación de las entidades en políticas de sostenibilidad ambiental, como tampoco documentos de política pública en las que se involucre al sistema financiero. Como se observa de la revisión de los Conpes, la fuente de financiación preferida para la política ambiental es el crédito de banca multilateral. No obstante, sí se identificó un número significativo de documentos en el periodo 1991 a 2016 en los que se explicita dicha inquietud.

Igualmente, el medio ambiente sostenible es materia de los planes de desarrollo desde 1994, en particular del correspondiente al periodo 2014-2018 que especifica una nueva definición de desarrollo que involucra la sostenibilidad del medio ambiente, y que se conoce como *crecimiento verde*.

### E. Libre competencia como derecho de todos

A pesar de que se entiende como un derecho, a la libre competencia se le da un contenido económico, dada su equivalencia con la libertad de empresa, y de hecho, se clasifica en la Constitución en el artículo 333 den-

---

<sup>46</sup> Rodríguez, G. y Borrero, J., “La consagración de los derechos ambientales en las Constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia”, en G. Rodríguez e I. Páez, *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público* (p. 323), Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, p. 4.

<sup>47</sup> Amaya Navas, O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 153.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2001.

tro del régimen económico y de la hacienda pública, y no en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales; económicos, sociales y culturales; o colectivos y del ambiente.<sup>49</sup> Según Correa, la libre competencia es concomitante a la economía de mercado, y como valor constitucional llevaría a suponer que la libertad de empresa es un derecho, dado que está “protegido por garantías que aseguran su eficacia jurídica y material”, pero surge la pregunta acerca de su significado jurídico-constitucional que asegure la eficacia jurídica de “los derechos fundamentales como razón de ser de un orden jurídico todo”.<sup>50</sup> La jurisprudencia constitucional ha determinado una “disección de las libertades en libertades económicas y libertades individuales” con importantes consecuencias respecto de su posible limitación.<sup>51</sup>

Así, la libre competencia, como derecho de todos, no es desarrollada específicamente como una política independiente, sino que subyace a la política económica. En este sentido, es posible encontrar una política estatal que consistentemente se dirige a lograr índices de productividad y competitividad de la economía, conducentes a una mayor eficiencia. Tal política está referenciada en particular, en los documentos Conpes 3439 de 2006 y 3527 de 2008; este último especifica como uno de los pilares de la política de competitividad y productividad la promoción de la competencia y la inversión, y dentro de la primera, es condición el logro de la libre competencia. Igualmente, los diferentes planes de desarrollo centran sus capítulos económicos en estos mismos objetivos, teniendo como meta la eficiencia en los mercados y la mejor asignación de los recursos.

Desde lo jurídico, hay un ordenamiento legal que establece la prohibición de realizar actos o acuerdos empresariales que vayan en contra de la libre competencia, así como se prohíbe la posición de dominio, o su abuso, en detrimento de los consumidores. La normativa está contenida en la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y en la Ley 1340 de 2009 (única de competencia), así como en su reglamentación, y en la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Por su parte, en el caso del sector financiero, el artículo 98, numeral 1, del EOSF establece “la prohibición de realizar actos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empre-

---

<sup>49</sup> Correa, M., *Libertad de empresa y Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 77 y 78.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 80.

sariales y las prácticas concertadas, que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto restringir o falsear el juego de la libre competencia en el sistema financiero”, y le da facultades al efecto a la SFC.

Por último, en algunos Conpes se especifican políticas para la implantación de la inversión extranjera y la privatización de empresas del Estado, que requieren del desarrollo del mercado de valores dentro del propósito de aumentar la competitividad de la economía.

### III. MANDAMIENTO INTERNACIONAL DE ADOPCIÓN DE ESTÁNDARES EN MATERIA FINANCIERA

La segunda premisa de la que se partió en este artículo es que los estándares internacionales para el sistema financiero se convierten en mandamiento para los reguladores, sin distingo de la situación particular de cada país y podrían estar suplantando al Estado social de derecho. Dichos estándares han jugado un papel preponderante en la estructuración de los modelos institucionales de los diferentes países, toda vez que han influido de forma directa en los esquemas de regulación y supervisión sobre la materia. Así, es una realidad que todos los países del mundo los han adoptado como una forma para mejorar el funcionamiento de sus mercados, proteger a los consumidores y para mejorar la competitividad de dichos mercados.<sup>52</sup>

#### 1. *Orígenes del estándar*

La necesidad de regular y supervisar al sistema financiero tiene como antecedentes varios eventos de crisis, entre los cuales se cuentan el que dio origen a la creación en 1907 de la banca central en Estados Unidos,<sup>53</sup> y el que resultó entre 1933 y 1934 en la expedición de leyes que crearon el fondo de seguro de depósitos bancarios; de valores y bolsas, y a la que separó la banca comercial de la banca de inversión en 1933 y 1934, entre otras.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Simmons, Beth, *The International Politics of Harmonization: The Case of Capital Market Regulation*, International Organization, 3(55), 2001, pp. 589-620.

<sup>53</sup> Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras...*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>54</sup> Allen, F., *Banking Regulation versus Securities Market Regulation...*, cit., pp. 4, 20. Galbraith, J., *El crack del 29*, 3a. ed., trad. de Á. Abad, Barcelona, Ariel, 1983 (1954), p. 228.

Por razón de los procesos de globalización, los avances tecnológicos y la dinámica de liberación de los mercados financieros se ha tenido como consecuencia la generación de un nuevo paradigma frente a los procesos de regulación y supervisión de dichos mercados.<sup>55</sup> De esta manera, en las últimas cuatro décadas, los mencionados procesos en lo atinente al mercado de crédito pasaron de ser simples criterios de orden nacional a responder a estándares internacionales que se han visto reflejados tanto en normas de *soft law* como de normas de derecho internacional público.

Siguiendo a Jordan y Magnoni, este proceso de armonización se materializa ya sea a partir de procesos de integración regional o bilateral, en donde a través de la liberalización de servicios financieros, creación de zonas comerciales o tratados de libre comercio, se determinan estándares mínimos de armonización en materia financiera. En este punto, nos encontramos frente a obligaciones de carácter internacional, las cuales son desarrolladas por los Estados, bajo cierto tipo de discreción otorgada por los mismos acuerdos de integración.<sup>56</sup>

Otro mecanismo es el impuesto por los mismos mercados financieros, por medio del cual, a través de *códigos y estándares*, se determinan criterios mínimos de disciplina en aras de mantener la estabilidad.

## 2. Alcance del estándar

Dentro del derecho internacional, el *soft law* es entendido como una serie de pautas o criterios que no tiene fuerza vinculante y que se materializan a través de guías de entendimiento o de códigos.<sup>57</sup> Básicamente, el *soft law* responde a una serie de consensos y necesidades de un determinado grupo social, económico o profesional que, a través de dichos estándares, busca establecer unos criterios mínimos para el funcionamiento de su grupo.

Es importante recalcar que el *soft law* puede ser producto del consenso de todo el grupo, caso en el cual el carácter de vinculante de sus reglas estaría claro o puede ser generado por un grupo determinado e influyente,

---

<sup>55</sup> Nakagawa, J., "Harmonization of Financial Regulation", en J. Nakagawa, *International Harmonization of Economic Regulation*, Oxford University Press, 2011.

<sup>56</sup> Jordan, C. y Majnoni, G., "Financial Regulatory Harmonization and the Globalization of Finance", *World Bank Policy Research Working Paper 2919*, 27, 2002.

<sup>57</sup> Toro, Mauricio I., "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, VI, 2006, 513-549.

que termina imponiéndolo a los demás miembros receptores de las citadas normas.<sup>58</sup>

Es en este último escenario en donde se establecen los estándares de *soft law* en materia financiera. Tal situación se materializa en el trabajo que se ha estado desarrollando durante las últimas décadas por parte de instituciones, tales como el Bank for International Settlements (BIS), Basel Committee on Banking Supervision (Basilea), International Organization of Securities Commissions (IOSCO), International Association of Insurance Supervisors (IAIS) y Organisation for Economic Cooperation and Development (OCDE). Estos organismos son coordinados por entidades como el Financial Stability Board (FSB), cuya función básica es promover la estabilidad financiera por medio del intercambio de información y de cooperación internacional en las diferentes áreas de supervisión financiera, para la creación de mecanismos que ayuden a mejorar el funcionamiento de los mercados, y de esta manera, conseguir que se reduzca el riesgo sistémico.<sup>59</sup>

Si bien es cierto que no es posible asumir que el *soft law* se deriva necesariamente de la materialización de una crisis, sí es importante determinar el papel que han cumplido las mismas en el desarrollo de los estándares internacionales en materia financiera. Esto lleva a preguntarse acerca de si hay una relación directa entre crisis y regulación, y, de paso, respecto de la eficacia de la regulación frente a su finalidad en cuanto a la estabilidad sistémica. En principio, la respuesta sería positiva si se considera que tal relación se evidenció con la creación del Comité de Basilea, al igual que con la promulgación y aplicación del acuerdo convergencia de medidas y estándares de capital, conocido propiamente como Basilea y su correspondiente modificación con el Acuerdo Basilea II.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Jordan, Cally y Majnoni, G., “Financial Regulatory Harmonization and the Globalization of Finance”, *cit.*, p. 23.

<sup>59</sup> Baquero, Mauricio, *Globalización y derecho financiero: la nueva propuesta del Comité de Basilea relacionada con estándares de supervisión bancaria*, Bogotá, 2006, p. 19.

<sup>60</sup> Las respuestas a las crisis se observan entre etapas a saber: i) la reacción a la crisis de Bankhaus Herstatt en Colonia, Alemania, en 1974, llevó a la creación de un comité permanente de supervisores encargados de desarrollar principios y reglas apropiadas sobre prácticas de regulación y supervisión, dando origen en 1974 al Comité de Basilea (Baquero, Mauricio, *Globalización y derecho financiero...*, *cit.*, p. 4); ii) las modificaciones a la regulación producto de la crisis de la *savings and loans* en Estados Unidos en los ochenta (Pérez, Ignacio, *La configuración del sector financiero tras la crisis económica. Los acuerdos de Basilea III y sus consecuencias para el futuro del sector bancario*, Ma-



Otro evento que tuvo importantes repercusiones en la regulación financiera fue la crisis financiera internacional de 2008, que llevó a determinar que los sistemas financieros locales e internacional tenían debilidades en materia de valoración de riesgos, transparencia de la información, falencias en gobierno corporativo, inadecuadas formas de apalancamiento de las instituciones financieras, contabilización no adecuada del riesgo consolidado, entre otros.<sup>61</sup> Es así como dicha dinámica llevó a los países del G-20 a hacerle frente a tal situación a través del establecimiento de nuevos estándares de *soft law*, que respondieran tanto a la protección sistémica de los mercados como de los consumidores financieros.

Como resultado, el Comité de Basilea analizó los efectos de las crisis y modificó el acuerdo de capital en lo que se conoció como Basilea III, acuerdo a través del cual se buscó reforzar las normas de capital y liquidez en aras de promover un sistema bancario más resistente, al igual que mejorar la capacidad del sector para absorber perturbaciones procedentes de tensiones financieras o económicas de cualquier tipo, reduciendo con ello el riesgo de contagio hacia la economía real.<sup>62</sup>

En lo concerniente al consumidor financiero, el G-20 le encomendó al FSB un trabajo en cooperación con la OCDE, con el fin de determinar estándares en materia de protección. Así, el reporte del FSB, de octubre de 2011, se encaminó a desarrollar temas de crédito, mientras que el Grupo de Trabajo sobre Protección al Consumidor Financiero de la OCDE sobre Mercados Financieros, desarrolló los 10 principios de alto nivel de protección de los mismos.<sup>63</sup>

De esta forma, las autoridades financieras se ven abocadas a cumplir los criterios del *soft law impuestos* por los organismos internacionales, con el objeto de garantizar, de un lado, indicadores de solvencia y profundidad

---

drid, Universidad Pontificia IDAI-ICADE, 2014), y *iii*) los cambios a Basilea en los noventa en materias como riesgos de crédito, operativo y de mercado, al igual que de incluir estándares en regulación y supervisión (Balín, 2009, p. 6).

<sup>61</sup> Sotelsek, Daniel y Pavón, Lillianne, “Evolución de los acuerdos de Basilea: diagnóstico de los estándares de regulación bancaria internacional”, *Economía, UNAM*, 22, 2012. Clavijo, Sergio *et al.*, *La crisis financiera...*, *cit.*

<sup>62</sup> Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, Basilea, Banco de Pagos Internacionales, 2011.

<sup>63</sup> Corredor, Jorge, “La armonización en materia de protección al consumidor financiero en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42, 2015, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n144/v48n144a2.pdf>.

del sistema financiero, y que responderían a la necesidad de superar crisis sistémicas, según lo previsto por los organismos internacionales,<sup>64</sup> y de otro, a la protección de los consumidores financieros, pero no por la necesidad de desarrollar el valor constitucional, sino por el requerimiento que se hace desde dichos organismos internacionales como el Banco Mundial<sup>65</sup> o la OECD.<sup>66</sup>

#### IV. TENSIÓN ENTRE LA OBLIGATORIEDAD DE ADOPTAR ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y EL MARCO CONSTITUCIONAL

La tercera premisa de la que se parte en este artículo es que la crisis internacional ha obligado a modificar los estándares regulatorios del sistema financiero, con énfasis en regulación macroprudencial, generando tensiones entre dichos estándares y los valores constitucionales del ESD. Esto por cuanto existirían choques entre la búsqueda de la estabilidad financiera en cada mercado financiero local, y los postulados constitucionales respecto de los valores en estudio.

##### 1. *Obligatoriedad de adoptar estándares internacionales*

Muchos países, entre ellos Colombia, adoptaron estos estándares en sus ordenamientos internos, sin importar si el Estado se vio afectado o no por la crisis, o si su regulación interna hubiese tenido la capacidad de responder a los posibles efectos de la misma en caso de haber sido afectado. De hecho, algunos analistas plantean que la fuerza para sortear la última crisis ha provenido de la estabilidad, capacidad de crecimiento y niveles

<sup>64</sup> ChicagoBoothOfBusiness (productor) y UniversityOfChicago (dirección), *The Future of Financial Regulation and Monetary Policy* [película], 2013, recuperado el 26 de abril de 2017 de <https://www.youtube.com/watch?v=Be8dFigidg4>.

<sup>65</sup> Cull, R. *et al.*, “La inclusión financiera y el desarrollo: pruebas recientes de su impacto”, *Enfoques*, 92, 12, 2014.

<sup>66</sup> OECD, *Work of the Committee on Consumer Policy*, 2 de mayo de 2016, recuperado el 2 de mayo de 2017 de Work of the Committee on Consumer Policy, <http://www.oecd.org/sti/consumer/workofthecommitteeonconsumerpolicy.htm>. OECD-The Word Bank, *Financial literacy and inclusion: results of OECD/ inf e survey across countries and by gender*, Rusia, OECD-The Word Bank, 2013, disponible en: [https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/TrustFund2013\\_OECD\\_INFE\\_Fin\\_Lit\\_and\\_Incl\\_SurveyResults\\_by\\_Country\\_and\\_Gender.pdf](https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/TrustFund2013_OECD_INFE_Fin_Lit_and_Incl_SurveyResults_by_Country_and_Gender.pdf).

de comercialización de las economías en desarrollo, que no solamente no tuvieron crisis de deuda, sino que contribuyeron al buen desempeño de la banca global.<sup>67</sup>

La adopción de los estándares internacionales se ha efectuado a través de una serie de trasplantes jurídicos, que se materializa por las relaciones de poder que se presentan entre Estados del centro y la periferia, o entre éstos y poderosos sectores económicos y gremiales.<sup>68</sup> Tales trasplantes se presentan en todas las áreas del derecho, ya sea a través de la implementación de normas de derecho público o criterios de *soft law*, tal y como se analizó con antelación.<sup>69</sup>

Los sistemas financieros no han sido ajenos a esta dinámica, siendo uno de los sectores en donde más se ha llevado de cabo este tipo de trasplantes.<sup>70</sup> En este sector, se presentan estándares determinados por instituciones gremiales internacionales, o por medio de normas de derecho internacional público, materializadas en acuerdos: de liberalización de servicios en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), regionales para la prestación de servicios financieros, o bilaterales de liberalización de los citados servicios.<sup>71</sup>

Dentro del marco de la OMC, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (del cual es parte Colombia) cuenta con dos anexos<sup>72</sup> que desa-

---

<sup>67</sup> Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras...*, cit., p. 320.

<sup>68</sup> Miller, Jonathan, “A typology of legal transplants: using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process”, *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), 18, doi: 10.2307/3649131, 2003.

<sup>69</sup> Así, en el derecho comercial se han materializado criterios de *soft law*, dentro de lo que se conoce como la *lex mercatoria*; en derecho de las inversiones se tiene todo el desarrollo vía derecho internacional público del *investment law*; e igualmente se da el fenómeno en ámbitos del derecho, tales como propiedad intelectual, penal, derechos humanos, entre otros.

<sup>70</sup> A título de ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial, los centros financieros internacionales, los Estados con fuerte influencia financiera e instituciones internacionales creadas para tal fin (IMF), han modelado tanto el sistema monetario internacional como los diferentes sistemas monetarios nacionales, dando paso a “estándares” comunes en materia monetaria por parte de los diferentes bancos centrales a nivel global.

<sup>71</sup> Corredor, Jorge, “La armonización en materia de protección...”, cit., p. 944. Mistelis, Loukas, “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform-Some”, *The International Lawyer. Foreign Law Year in Review*, 14, 1999, p. 1068.

<sup>72</sup> Dichos anexos excluyen los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, como funciones de banca central, actividades de seguridad social y cual-

rollan lo relacionado con la liberalización de servicios financieros a nivel mundial. Colombia ha respondido a dichas dinámicas; se destaca la Ley 45 de 1990 de reforma financiera con sus correspondientes modificaciones, al igual que lo referente a la normatividad en materia de inversión extranjera tanto directa como indirecta.

En materia de tratados de libre comercio, los trasplantes no se han hecho esperar. En el caso colombiano, el capítulo doce, de servicios financieros del tratado de libre comercio con Estados Unidos, determinó la posibilidad a los bancos y aseguradoras de abrir sucursales en el país (presencia comercial),<sup>73</sup> situación que se materializó en la expedición de la Ley 1328 de 2009.

## 2. Posible oposición entre los estándares internacionales y el ESD

Según el modelo constitucional colombiano, la intervención del Estado en el sistema financiero no se debe limitar exclusivamente a establecer criterios en materia de estabilidad que atiendan a los estándares internacionales, sino que, por expreso mandato de la cláusula general del ESD, debe velar por la materialización de los derechos constitucionales. Para Uprimmy y otros autores, los mandamientos constitucionales son vinculantes para los poderes Legislativo y Ejecutivo, dentro de su proceso de intervención.<sup>74</sup> Esto incluso considerando la disposición constitucional que promueve la integración financiera con el mundo, la cual se debe dar dentro de criterios de equidad y conveniencia nacional, respetando los parámetros constitucionales.<sup>75</sup> Interpretaciones distintas desconocerían el alcance constitucional de la intervención del Estado dentro del esquema del ESD.

---

quier actividad que realicen los Estados con sus recursos. Por otra parte, los Estados parte del Acuerdo están facultados para mantener su regulación en materia prudencial y hacer uso de los mecanismos de seguridad financiera en aras de proteger a los depositantes, inversionistas y ahorradores, y mantener la estabilidad del sector. Igualmente, el anexo permite la protección del secreto bancario y demás información privada susceptible, sea que ésta se encuentre bajo la administración de entidades públicas o privadas.

<sup>73</sup> Véase el capítulo doce del TLC Colombia-EEUU. Anexo 12.15. Disponible en: [http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=59289&name=12\\_COL\\_SERVICIOS\\_FINANCIEROS.final\\_letter.pdf&prefijo=file](http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=59289&name=12_COL_SERVICIOS_FINANCIEROS.final_letter.pdf&prefijo=file).

<sup>74</sup> Uprimmy, Rodrigo y Rodríguez, Cesar, "Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho", *Debates de Coyuntura Económica*, 21, 2006.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-941 de 2010.

Pero en la práctica, la aplicación obligatoria de los estándares internacionales por parte de los poderes públicos genera tensiones con algunos de los valores constitucionales: por un lado está la protección del ahorro del público y la libre competencia, y de otro, el imperativo de lograr la democratización del crédito, el acceso a la vivienda digna, la protección del consumidor y el medio ambiente sostenible. Todos son intereses jurídicos que justifican la intervención del Estado. En el primer caso, el objeto se persigue mediante regulaciones que buscan la eficiencia, y, en el caso del sistema financiero, la solvencia y fortaleza patrimonial de las entidades y la estabilidad sistémica; en el segundo caso, la pretensión es lograr indicadores de equidad, justicia y por supuesto el bienestar de los ciudadanos.

## V. BALANCE ENTRE ESTAS DOS POSTURAS

El problema subsiguiente es cómo generar balances entre las dos exigencias que tiene el Estado: los requerimientos del sistema financiero, de los cuales se ocupa la regulación que sigue estándares internacionales, y las necesidades derivadas de cumplir con los valores constitucionales del ESD. El asunto es cómo concatenar las necesidades de la política económica general con las de la política pública orientada a resolver problemas sociales.

### 1. *El cumplimiento obligatorio de estándares internacionales y los valores constitucionales*

El análisis del contenido de los requerimientos de eficiencia de la regulación financiera con los de equidad y justicia de la política pública no genera argumentos para indicar que uno de los ámbitos del Estado deba estar por encima del otro. Sin embargo, se ha escogido darle preeminencia a la regulación financiera, dados los condicionamientos de la política económica general y las tremendas consecuencias de las crisis sistémicas, con lo que la superposición de la eficiencia sobre la equidad, de alguna manera, podría llevar a una limitación en la necesaria materialización del cumplimiento de los derechos constitucionales.

En este contexto, una cosa es actuar en condiciones de normalidad, y otra, proceder en las crisis. En normalidad, la situación económica interna

y externa no muestra altibajos preocupantes, y la estabilidad en el ámbito económico permite al Estado concentrar los esfuerzos presupuestales en los asuntos sociales o ante situaciones de emergencia que obligan a reorientar recursos públicos, o a solicitar la reasignación de la riqueza privada. Incluso, el Estado puede estar dispuesto a aceptar menores indicadores de eficiencia, en aras de lograr resultados en materia de justicia o equidad. En segundo lugar, los efectos de las crisis llevan a concentrar los esfuerzos presupuestales en su pronta resolución.

El balance entre las necesidades de eficiencia y equidad en la intervención del Estado, en ambientes de normalidad, se puede encontrar en la banca pública, que puede considerarse como un rezago del Estado del bienestar, vigente hasta la Constitución del 1991. Así, el funcionamiento del Banco Agrario enfrentaría teóricamente un conflicto entre eficiencia y equidad, por cuanto, de un lado, como banco, debe cumplir con la normativa de este tipo de entidades, y de otro lado, como banca pública, debe realizar actividades que cumplan con los cometidos propios del ESD, en zonas en las que ninguna otra entidad hace presencia, y para usuarios y clientes de menores condiciones socioeconómicas, con consecuencias de rentabilidades teóricas más bajas.<sup>76</sup>

Otro evento en el que es posible encontrar que se quiere un equilibrio entre los requerimientos de la regulación financiera y los objetivos sociales del Estado en situaciones de normalidad para el sistema financiero es el que corresponde a la atención de desastres naturales. En tal caso, se expiden medidas que indican a los establecimientos bancarios que deben reestructurar los créditos de la población afectada.<sup>77</sup>

Pero asunto distinto es cuando las autoridades enfrentan requerimientos derivados de una crisis, bien sea local o internacional, ante cuyos efectos económicos y sociales de destrucción de riqueza, altos niveles de inflación, pérdida de empleos, entre otros, y de detrimento en las entidades financie-

---

<sup>76</sup> La ley establece que con el objeto de garantizar la viabilidad financiera y operativa del Banco Agrario, las actividades dirigidas a apoyar al sector agropecuario solamente podrá hacerlas cuando disponga de las respectivas asignaciones de presupuesto nacional. *Cfr.* Ley 795 de 2003, artículo 235.

<sup>77</sup> Como ejemplo, entre las medidas establecidas para enfrentar los estragos de la ola invernal en 2010 están los decretos 4579 y 4580 de 2010, por los que se estableció un estado de emergencia económica, social y ecológica y una situación de desastre nacional, y en el marco del cual la SFC expidió la Circular Externa 051 de 2010 que determinó normas sobre deudores del sistema financiero.

ras y como consecuencia en la confianza del público, los esfuerzos deben concentrarse en su pronto control. El caso más reciente en Colombia es el de la crisis del sistema hipotecario en 1998-1999, que obligó a redefinir la arquitectura del sistema financiero local y creó un nuevo sistema de financiamiento de vivienda, de un lado, pero de otro consideró necesario dar opciones a los deudores hipotecarios que se vieron enfrentados a la pérdida de sus viviendas, y por ende de su patrimonio.<sup>78</sup>

## 2. *¿Una política pública para el sistema financiero que mitigue las contradicciones?*

El balance entre los requerimientos de la estabilidad del sistema financiero y de cumplimiento de los valores constitucionales podría encontrarse en dos ámbitos: (1) en la protección de los consumidores financieros, y (2) en la promoción de la inclusión social.

En lo que corresponde al consumidor financiero, los mecanismos para su protección juegan un papel primordial en la estabilidad de los mercados.<sup>79</sup> En el caso de la crisis financiera de 2008 en Estados Unidos, sumado a los factores macroeconómicos y de vacíos regulatorios, la ausencia de mecanismos de protección efectivos en materia de información y asesoría, tanto en el otorgamiento de créditos sub-prime como frente a los inversionistas que adquirieron papeles producto de la titularización de dichos créditos, llevó no sólo a la pérdida de inmuebles y de los ahorros de millones de personas, sino a una inestabilidad del mercado financiero (efecto que se extendió a los mercados globales).<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> En este caso, la medida más importante fue la Ley 546 de 1999 de financiamiento hipotecario y su reglamentación. La parte económica de esta ley es aquella que establece la conversión de las corporaciones de ahorro y vivienda (CAVS) en bancos hipotecarios y el aumento de su capital regulatorio; y la solución del gap de plazos de estas entidades mediante la canalización de recursos de los inversionistas institucionales al financiamiento de la adquisición de viviendas, entre otros. Respecto de los aspectos sociales, la ley estableció la obligación de reestructurar los créditos de vivienda en mora; determinó la posibilidad de un segundo crédito a menor tasa con garantía del Fogafin, y obligó a las entidades a informar a los consumidores financieros respecto de la amortización de sus créditos.

<sup>79</sup> Corredor, Jorge, “La armonización en materia de protección al consumidor...”, *cit.*

<sup>80</sup> Pérez, Mauricio, “El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos”, *Revista de Economía Institucional*, 9(19), 2008, pp. 19-54.



El caso colombiano no ha sido ajeno a esta situación, siendo las dos crisis financieras sistémicas del siglo pasado una muestra de tal hecho. Así, en la crisis de la década de los años ochenta, además de presentarse problemas macroeconómicos, las indebidas prácticas de las instituciones financieras frente a sus clientes llevaron a grandes pérdidas de los depositantes.<sup>81</sup> Igualmente, la crisis de finales de la década de los noventa respondió, entre otros factores, a problemas de información hacia los consumidores en cuanto a las condiciones reales de amortización de los créditos<sup>82</sup> y al indebido otorgamiento de los mismos.<sup>83</sup>

Los anteriores aspectos son antecedentes del desarrollo en Colombia de una política respecto del valor constitucional de protección al consumidor financiero; se concreta en una serie de normas (EOSF, leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014), las cuales, a su vez, responden a los estándares internacionales en la materia, en especial los determinados por la FSB, la OECD y el Banco Mundial.<sup>84</sup>

Otra forma de mitigar la contradicción entre los requerimientos de la regulación financiera y de obtener los valores constitucionales, es el desarrollo de políticas de inclusión. Según la OECD, inclusión financiera “es el proceso por el cual es posible garantizar el acceso a productos financieros apropiados y servicios financieros necesarios, a grupos vulnerables de la sociedad tales como los de menores ingresos, a un costo accesible, de una manera justa y transparente, por parte de los agentes institucionales”.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Caballero, Carlos y Urrutia, Miguel, *Historia del sector financiero colombiano en el siglo XX. Ensayos sobre su desarrollo y sus crisis*, Bogotá, Norma-Asobancaria, 2006.

<sup>82</sup> Fogafin, *Crisis financiera colombiana en los años noventa, origen, resolución y lecciones institucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Fogafin, 2009.

<sup>83</sup> Comisión de la Verdad, *Resultados de la Comisión de la Verdad: por qué y por quiénes se quebró la banca estatal*, Bogotá, Informe Especial-Gestión Fiscal, Procuraduría General de la Nación-Contraloría General de la Nación-Superintendencia Bancaria-Fiscalía General de la Nación, 2000.

<sup>84</sup> Corredor, Jorge, “La armonización en materia de protección al consumidor...”, *cit.* Baquero, Mauricio, “Estabilidad financiera y comercio justo de servicios financieros. Los principales trabajos de la arquitectura financiera internacional encaminados a la protección de los consumidores financieros en la era de las turbulencias”, en G. Ramirez y E. Marín, *Comercio justo, globalización y medio ambiente* (p. 668), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>85</sup> OECD, *Financial Inclusion & Financial Literacy*, Organization for Economic Co-operation and Development, 2011, disponible en: <https://www.oecd.org/finance/financial-education/48303408.pdf>.

Para Goland y otros autores, la inclusión financiera provee a los individuos pobres de oportunidades para mejorar su estándar de vida, mediante el acceso a servicios financieros.<sup>86</sup> El Banco Mundial, por su parte, indica que

(u)n enfoque integral para la inclusión financiera tiene en cuenta: (1) el acceso, (2) el uso, y (3) la calidad de los productos y servicios financieros, de manera que las estrategias se definen según la capacidad de los consumidores para beneficiarse de las innovaciones dados sus niveles de ingreso.<sup>87</sup> Dichas estrategias contienen objetivos de protección a los consumidores, y tienen en cuenta la capacidad financiera de los usuarios.<sup>88</sup>

La inclusión financiera tiene una importancia crucial en este análisis, por cuanto involucra conceptos de desarrollo humano, a la vez que podría ser un elemento importante en el desarrollo del sistema financiero. Así, se establece como de suma positiva para todas las partes involucradas, esfuerzos entre el interés público y el interés privado en la resolución de graves problemas sociales, al paso que se dan elementos para el avance del sistema financiero, mediante estrategias de inclusión financiera.<sup>89</sup>

Diversos autores resaltan la importancia que tiene la inclusión para el desarrollo del sistema financiero. Para Munzele y otros autores, los objetivos de la regulación son mantener la estabilidad del sector financiero, incrementar el acceso al crédito y/o promover la competencia en el sector, al paso que existe un *trade off* entre estabilidad y desarrollo.<sup>90</sup> Para este autor, un fortalecimiento de la inclusión financiera podría ser positiva para el logro de la eficiencia y la estabilidad del sistema financiero al ampliar la base de ahorradores y deudores, teniendo en cuenta en este último caso que el crédito bancario es usado por una muy baja proporción de la población en una muestra significativa de países.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Goland, Tony *et al.*, *Global Financial Inclusion*, 2010, p. 6, obtenido de McKinsey&Company.

<sup>87</sup> WB, *Financial Inclusion Strategies, Reference Framework*, junio de 2012, p. 6, obtenido de World Bank: <http://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion>.

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> Maldonado, Jorge *et al.*, *Los programas de transferencias monetarias condicionadas: ¿hacia la inclusión social en América Latina?*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2011, p. 15.

<sup>90</sup> Munzele, Samuel y Meleky, Martin, “Financial Policy in Practice: Benchmarking Financial Sector Strategies Around the World”, *Emerging Markets Finance & Trade*, 52, 2016, 204-222, pp. 204 y 205.

<sup>91</sup> *Idem*.

Sin embargo, a pesar del potencial de desarrollo que comporta la inclusión financiera, la misma no debería ser considerada un objetivo *per se*. Esto teniendo en cuenta, de un lado, la experiencia de la mencionada crisis *sub-prime* en Estados Unidos en 2008, originada en una política generalizada de subsidio a las tasas de interés para dar acceso a crédito para adquisición de vivienda a población de bajos ingresos, y de otro, que los objetivos sociales en la política pueden incluso opacar los fines propios de la regulación financiera, como es el control del riesgo sistémico.<sup>92</sup> La política de mejoramiento de la inclusión financiera debería ser una de las estrategias de la política general para el sector, compuesta por objetivos cuantificables de estabilidad, incremento del financiamiento para la economía y movilización de recursos de largo plazo.<sup>93</sup>

En el caso de Colombia, la política pública de inclusión financiera está consignada en dos planes de desarrollo, que cobijan tanto la función del sistema financiero como la búsqueda de algunos objetivos del ESD, que son los correspondientes a los periodos 2006-2010 y 2010-2014. En dichos planes se elabora una concepción del desarrollo que está más inclinado al bienestar, lo cual involucra aspectos que llevan a la inclusión social y la equidad, lo que no desconoce la necesidad de un sistema financiero amplio, desarrollado y profundo que permita lograr indicadores de productividad y aumentos en la competitividad de la economía en un mundo globalizado.

Por último, la SFC asumió, dentro de sus objetivos estratégicos para el periodo 2015-2018, uno que busca contribuir con mecanismos de inclusión, cuando establece que: “seguirá acompañando las iniciativas del Gobierno Nacional tendientes a fomentar la inclusión financiera, procurando que todas las personas, especialmente las más pobres, tengan acceso a productos y servicios financieros formales acordes a sus necesidades”.<sup>94</sup> En este marco, el supervisor del sistema financiero, junto con el programa Banca de Oportunidades, produce anualmente informes en los que se han propuesto indicadores que puedan ayudar a los *policy makers* a tomar decisiones, a la industria a identificar oportunidades de negocio y a la academia a discutir posiciones respecto del tema.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 206 y 215.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>94</sup> SFC, *Objetivos estratégicos*, Bogotá D. C., Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, página web.

<sup>95</sup> SFC, *Financial Inclusion Report 2015*, Superintendencia Financiera de Colombia-Banca de Oportunidades, 2016, p. 6.

## VI. CONCLUSIONES

Este artículo partió de tres premisas que fueron confirmadas en el desarrollo de la investigación.

*En primer lugar*, no hay una política pública para el sistema financiero que obedezca al cumplimiento de los objetivos del Estado social de derecho, si se considera como tal la acción del Estado que busca desarrollar los mandatos constitucionales y legales para solucionar problemas sociales, para lo cual utiliza modelos de gestión y métodos de análisis de manera sistemática y sostenible. La regulación para el sistema financiero encaja dentro de la política económica, que persigue el alcance de indicadores adecuados de competitividad para la economía colombiana, en su proceso de inserción en los mercados internacionales. Igualmente, este es uno de los pilares de la globalización, que se debe combinar con la apertura de los mercados de bienes, dentro de los postulados neoliberales en los que se basa el Estado, que son también fundamento de las propuestas de los organismos internacionales.

La revisión del tema en la Constitución, la regulación financiera y la política pública para cada valor constitucional mostraron que: (1) hay una definición constitucional de los valores en estudio; (2) la democratización del crédito, el acceso a la vivienda digna y el medio ambiente sano se tratan como problemas sociales; (3) todos los valores constitucionales analizados, excepto el medio ambiente sano, están dentro de la regulación financiera, y (4) excepto en el caso de la protección del consumidor, todos los valores constitucionales están consignados directa o indirectamente en documentos Conpes y/o en los planes cuatrienales de desarrollo.

*En segundo lugar*, los estándares internacionales para el sistema financiero se convierten en mandamiento para los reguladores sin distinción de la situación particular de los países. Esto por cuanto los criterios y pautas del *soft law* (entre ellos Basilea), que han sido impulsados tanto desde los países del centro como por instituciones gremiales internacionales, son de forzosa adopción para los Estados si quieren estar en el concierto internacional, sumando a que representan una respuesta a las crisis, dado que se hace imperativo recuperar la estabilidad de los mercados.

Esta aplicación *obligatoria* de dichos estándares de solvencia y solidez de las entidades financieras y de prevención del riesgo sistémico, que en la práctica busca la eficiencia del mercado y la maximización en la generación de riqueza, se enfrenta a necesidades de equidad, justicia y mejor distribución

en la búsqueda de los valores constitucionales analizados, con la excepción de la libre competencia. Aun así, desde la última crisis, la orientación de la regulación se ha dirigido a la atención de la protección del consumidor, pero no por la necesidad de desarrollar el valor constitucional, sino por el requerimiento que se manifiesta desde los organismos internacionales, según el cual la protección de dicho consumidor conlleva la consecución de la estabilidad de los mercados.

*En tercer lugar*, la imposición de los estándares internacionales se da en situaciones de normalidad, casos en los cuales las autoridades utilizan a las entidades financieras para la solución de necesidades sociales. Pero también frente a fenómenos de crisis se presenta la necesidad de reformar la regulación doméstica del sistema financiero a través de la implementación de los estándares internacionales, motivado por la urgencia de enfrentar los graves costos tanto económicos como sociales de las mismas. En cualquier caso, tanto en situaciones de normalidad como de crisis los reguladores financieros privilegian la regulación micro y macro prudencial, que termina imponiéndose a los valores constitucionales.

*Finalmente*, se hace imperativo encontrar un balance entre los requerimientos de eficiencia y estabilidad sistémica, y el cumplimiento de los valores constitucionales del ESD. Este equilibrio se puede encontrar: en la protección de los consumidores financieros que llevaría a la estabilidad del sistema, y que se encuentra tanto en la regulación financiera como en el plan estratégico de la Superintendencia Financiera de Colombia, y, en el desarrollo de una política pública que promueva la inclusión social, diseñada como una política integral que involucra instrumentos provistos por el sistema financiero como son: créditos a bajas tasas de interés para permitir el acceso a viviendas, el desarrollo de pequeños negocios o el crédito rural, entre otros. De todas maneras, es imperativo establecer los límites de la intervención y definir hasta dónde el Estado estaría en capacidad de sacrificar eficiencia por el logro de objetivos sociales, sin poner en peligro la estabilidad sistémica.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, J., *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial*, Barcelona, Gedisa, 2000.

- ALLEN, F., *Banking Regulation versus Securities Market Regulation*, 11 de julio de 2001, recuperado el 14 de abril de 2017 de The Wharton School of University of Pennsylvania.
- AMAYA NAVAS, O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- ASBA, *Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero*, México, ASBA, 2012.
- BALIN, B., “Basel I, Basel II, and Emerging Markets: A Nontechnical Analysis”, *Johns Hopkins University*, 18, 2009, disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1477712>.
- BAQUERO, M., *Globalización y derecho financiero: la nueva propuesta del Comité de Basilea relacionada con estándares de supervisión bancaria*, Bogotá, 2006.
- BAQUERO, M., “Estabilidad financiera y comercio justo de servicios financieros. Los principales trabajos de la Arquitectura Financiera Internacional encaminados a la protección de los consumidores financieros en la era de las turbulencias”, en G. RAMÍREZ y E. MARÍN, *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BHADURI, A., *Repensar la economía política. En busca del desarrollo con equidad*, trad. de T. Lukin y M. Fiszbein, Buenos Aires, Manantial, 2011.
- BID, *Así funcionan las transferencias condicionadas. Buenas prácticas en 20 años de desarrollo*, 2017, obtenido de Banco Interamericano de Desarrollo, <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8159/Asi-funcionan-las-transferencias-condicionadas.PDF?sequence=1>.
- BLANCO, C., “Diez años de la Ley 546 de 1999 de Financiamiento Hipotecario”, en UEC, *Diez Años de la Ley 546 de 1999 de Financiamiento Hipotecario*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2010.
- BLANCO, C., *La planificación legal del desarrollo: el caso de la vivienda de interés social y de interés social prioritario (W.P.)*, Bogotá, D. C., 2011.
- CABALLERO, C. y URRUTIA, M., *Historia del sector financiero colombiano en el siglo XX. Ensayos sobre su desarrollo y sus crisis*, Bogotá, Norma-Asobancaria, 2006.

- CHICAGOBOOTHOFBUSINESS (productor) y UNIVERSITYOFCHICAGO (dirección), *The Future of Financial Regulation and Monetary Policy* [película], 2013, recuperado el 26 de abril de 2017 de <https://www.youtube.com/watch?v=Be8dFigidg4>.
- CLAVIJO, S. C., “La crisis financiera internacional: el tránsito hacia Basilea III”, *Carta Financiera N. 153 ANIF enero-marzo de 2011*, 8-21, 2010.
- CLEMENT, P., “The term «macroprudential»: origins and evolution”, *BIS Quarterly Review*, marzo de 2010, disponible en: [http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r\\_qt1003h.pdf](http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1003h.pdf).
- COMISIÓN DE LA VERDAD, *Resultados de la Comisión de la Verdad: por qué y por quiénes se quebró la banca estatal*, Bogotá, Informe Especial-Gestión Fiscal, Procuraduría General de la Nación-Contraloría General de la Nación-Superintendencia Bancaria-Fiscalía General de la Nación, 2000.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Basilea III: marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, Basilea, Banco de Pagos Internacionales, 2011.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1328 (Congreso de la República, 15 de julio de 2009).
- CORREA, M., *Libertad de empresa y Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- CORREDOR, J., “La armonización en materia de protección al consumidor financiero en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42, 2015, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n144/v48n144a2.pdf>.
- CORTE CONSTITUCIONAL, SU-157 (Corte Constitucional, 10 de marzo de 1999).
- CORTE CONSTITUCIONAL, C-671 (Corte Constitucional, 28 de junio de 2001).
- CORTE CONSTITUCIONAL, C-1062 (Corte Constitucional, 11 de noviembre de 2003).
- CORTE CONSTITUCIONAL, C-941 (Corte Constitucional, 24 de noviembre de 2010).
- CORTE CONSTITUCIONAL, C-313 (Corte Constitucional, 24 de mayo de 2013).
- CORTE CONSTITUCIONAL, T-024 (Corte Constitucional, 23 de enero de 2015).



- CORTE CONSTITUCIONAL, T-239 (Corte Constitucional, 16 de mayo de 2016).
- CULL, R. *et al.*, “La inclusión financiera y el desarrollo: pruebas recientes de su impacto”, *Enfoques*, 92, 12, 2014.
- DURKHEIM, É., *La Sociologie et son Domaine Scientiphique*, 2002 (1900), disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim\\_emile/textes\\_1/textes\\_1\\_01/socio\\_scientifique.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_1/textes_1_01/socio_scientifique.pdf).
- FOGAFIN, *Crisis financiera colombiana en los años noventa. Origen, resolución y lecciones institucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Fogafin, 2009.
- GALBRAITH, J., *El Crack del 29*, 3a. ed., trad de Á. Abad, Barcelona, Ariel, 1983 (1954).
- JORDAN, C. y MAJNONI, G., “Financial Regulatory Harmonization and the Globalization of Finance”, *World Bank Policy Research Working Paper 2919*, 27, 2002.
- MALDONADO, J., *Los programas de transferencias monetarias condicionadas: ¿hacia la inclusión social en América Latina?*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2011.
- MARICHAL, C., *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010.
- MARTINEZ, N., *La regulación prudencial procíclica, el caso colombiano*, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2001, disponible en: <http://www.cepal.org/noticias/discursos/7/8717/nmartineznov29.pdf>.
- MILLER, J., “A typology of legal transplants: using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process”, *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), 18, 2003, doi: 10.2307/3649131.
- MISTELIS, L., “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some”, *The International Lawyer. Foreign Law Year in Review*, 14, 1999.
- MUNZELE, S., “Financial Policy in Practice: Benchmarking Financial Sector Strategies Around the World”, *Emerging Markets Finance & Trade*, 52, 2016.
- NAKAGAWA, J., “Harmonization of Financial Regulation”, en J. NAKAGAWA, *International Harmonization of Economic Regulation*, Oxford University Press, 2011.

- OECD-THE WORD BANK, *Financial literacy and inclusion: results of OECD/ infe survey across countries and by gender*, Rusia, OECD-The Word Bank, 2013, disponible en: [https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/TrustFund2013\\_OECD\\_INFE\\_Fin\\_Lit\\_and\\_Incl\\_SurveyResults\\_by\\_Country\\_and\\_Gender.pdf](https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/TrustFund2013_OECD_INFE_Fin_Lit_and_Incl_SurveyResults_by_Country_and_Gender.pdf).
- OECD, *Financial Inclusion & Financial Literacy*, Organization for Economic Co-operation and Development, 2011, disponible en: <https://www.oecd.org/finance/financial-education/48303408.pdf>.
- OECD, *Colombia: Review of the Financial System*, Organization for Economic Co-operation and Development, abril de 2016, disponible en <https://www.oecd.org/finance/Colombia-financial-markets-2016.pdf>.
- OECD, *Work of the Committee on Consumer Policy*, 2 de mayo de 2016, recuperado el 2 de mayo de 2017, de Work of the Committee on Consumer Policy, <http://www.oecd.org/sti/consumer/workofthecommitteeonconsumerpolicy.htm>.
- OKUN, A., *Igualdad y eficiencia. La gran disyuntiva*, trad. de M. Clavell, Buenos Aires, Suramericana, 1982.
- ONU/CESCR, *El derecho a una vivienda adecuada*, Organización de Naciones Unidas-Comisión de Derechos Humanos, 1991.
- ORDÓÑEZ, G., *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2013.
- PÉREZ, I., *La configuración del sector financiero tras la crisis económica: los acuerdos de Basilea III y sus consecuencias para el futuro del sector bancario*, Madrid, Universidad Pontificia ICAI-ICADE, 2014.
- PÉREZ, M., “El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos”, *Revista de Economía Institucional*, 9 (19), 2008.
- PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- PRATS, J., *Desarrollo humano, Estado de derecho y estabilidad financiera*, 19 de septiembre de 2008, recuperado el 25 de abril de 2017 de <https://meiderdaniel.files.wordpress.com/2008/12/desarrollo-humano.doc>.
- RODRÍGUEZ, G. y BORRERO, J., “La consagración de los derechos ambientales en las Constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia”, en G. RODRIGUEZ e I. PÁEZ, *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.

- SEN, A., *Desarrollo y libertad*, trad. de E. R. Tocaria, Bogotá, Planeta, 2001 (1999).
- SFC, *Financial Inclusion Report 2015*, Superintendencia Financiera de Colombia-Banca de Oportunidades, 2016.
- SFC, *Objetivos estratégicos*, Bogotá D. C., Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, página web.
- SIMMONS, B., “The International Politics of Harmonization: The Case of Capital Market Regulation”, *International Organization*, 3(55), 2001.
- SOTELSEK, D., y PAVÓN, L., “Evolución de los acuerdos de Basilea: diagnóstico de los estándares de regulación bancaria internacional”, *Economía UNAM*, 22, 2012.
- STIGLITZ, J., *The Role of Financial System in Development*, World Bank, 29 de junio de 1998, disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&type=pdf>.
- TORO, M. I., “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, VI, 2006.
- UPRIMMY, R., y RODRIGUEZ, C. A., “Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho”, *Debates de Coyuntura Económica*, 21, 2006.
- USTARIZ, L. H., *El Comité de Basilea y la supervisión bancaria*, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, 2003, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14855>.
- VILLAR, L., “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, 20, diciembre de 2007.
- WB, *Financial Inclusion Strategies. Reference Framework*, World Bank, junio de 2012, disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion>.
- WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozos de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina, México, Fondo de Cultura Económica, 2002 (1922).

C

*Fecha de recepción:* 05 de julio de 2017.

*Fecha de aceptación:* 07 de diciembre de 2018.



## Aproximación al control externo y su relación con la rendición de cuentas

### *Approach to the external control and its relation to accountability*

Olga Susana MÉNDEZ ARELLANO\*

**RESUMEN:** En el artículo se hace referencia a los sistemas de control de los Estados democráticos, que se basan en el principio de la división de poderes y en la existencia de controles recíprocos. El Poder Legislativo, específicamente la Cámara de Diputados, cuenta con facultades constitucionales para ejercer un control externo sobre cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, que haya captado, recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales, lo cual resulta fundamental para evaluar la gestión gubernamental. El control que ejerce el Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, a través de la fiscalización del gasto público tiene íntima relación con la rendición de cuentas y son elementos fundamentales de las democracias.

**Palabras clave:** Fiscalización, combate a la corrupción, responsabilidades, rendición de cuentas.

**ABSTRACT:** The article refers to the control systems of democratic states are based on the principle of the separation of powers and the existence of reciprocal controls. The Legislative Power, specifically the Chamber of Deputies, has constitutional faculties to exercise external control over any entity, physical or moral person, public or private that has received, collected, managed or exercised federal public resources, which is essential, to evaluate the government management. The control exercised by the Legislative Power over the Executive, through the control of public spending is closely related to accountability and are fundamental elements of democracies.

**Keywords:** Oversight, anti-corruption, public responsibility, accountability.

---

\* Doctoranda en la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (EIDUNED), España; <https://orcid.org/0000-0002-8247-2823>; [susanamendezarellano@yahoo.com.mx](mailto:susanamendezarellano@yahoo.com.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamento constitucional*. III. *Control parlamentario*. IV. *Control externo*. V. *La rendición de cuentas*. VI. *Reflexiones finales*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas actuales de control de los Estados democráticos sociales de derecho se basan en el principio de la división de poderes y en los balances y contrapesos que deben existir en el ejercicio de las funciones de poder. El Poder Legislativo es un contrapeso del Poder Ejecutivo y a través del control externo se constituye como vigilante del ejercicio del gasto público; es decir, se le atribuye la fiscalización del cumplimiento de los programas contenidos en el presupuesto.

Una de las mayores preocupaciones de los ciudadanos frente al gobierno es que se ejerza debidamente el gasto público, toda vez que el uso que se haga del dinero impacta en el nivel de vida de la población. Bajo esa perspectiva, la supervisión del ejercicio del gasto público se inscribe en la racionalización de la responsabilidad gubernamental y fortalece el control parlamentario sobre el origen y destino de los recursos públicos.

Un eficiente control del ejercicio del gasto público a través de la fiscalización superior y el apego a los principios de rendición de cuentas son elementos fundamentales de las democracias, pues su observancia permite elevar la credibilidad social sobre las instituciones. Actualmente observamos que existe una percepción de la población de que la actividad gubernamental es corrupta y que las conductas de los servidores públicos no se sancionan. Es por ello que las entidades de fiscalización desempeñan una función determinante en la lucha contra la corrupción, y para coadyuvar a que el gobierno utilice de manera eficiente los recursos públicos.

En México, existe una amplia estructura de control y supervisión, tanto al interior como al exterior de los distintos órganos que desempeñan funciones de gobierno. La Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las contralorías de las entidades federativas, las entidades de fiscalización superior locales, las contralorías municipales y las contralorías internas de los órganos constitucionalmente autónomos vigilan permanentemente el desempeño de los entes públicos.

El control resulta fundamental para evaluar la gestión gubernamental y el uso de los recursos públicos, tan es así que se ha integrado el sistema

nacional de fiscalización, ante la necesidad de formar un frente común en todos los órdenes de gobierno y desde todos los ámbitos de análisis para lograr una mejor rendición de cuentas, lo cual derivó, en mayo de 2015, en la aprobación de las reformas constitucionales que dan origen al sistema nacional anticorrupción.

De ahí la importancia de realizar un análisis del control externo que ejerce el Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, el Judicial, así como de los organismos constitucionalmente autónomos,<sup>1</sup> el cual presenta un desarrollo jurídico consolidado a través de figuras como la rendición de cuentas y la fiscalización que realiza la Auditoría Superior de la Federación, que es el órgano técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, y que fiscaliza a todo ente público, persona física o moral, pública o privada, que haya captado, recaudado, administrado, manejado, ejercido, cobrado o recibido recursos públicos federales o participaciones federales.

## II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El control es un instrumento indispensable para el equilibrio de los poderes y encuentra su fundamento en la Constitución, en la cual se limita a cada uno de los poderes y se establecen controles recíprocos; Aragón sostiene que “No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles”.<sup>2</sup>

En México, la referencia al control la encontramos en el artículo 73, fracción XXIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra las facultades del Congreso para expedir las leyes que regulen la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación y las demás que normen la gestión, control y evaluación de los poderes de la unión y de los entes públicos federales, así como para expedir la ley general que

---

<sup>1</sup> Los organismos con autonomía constitucional no dependen jerárquicamente ni se encuentran subordinados a los poderes tradicionales, cuentan con facultades para determinar y proponer su presupuesto, y se encuentran obligados a rendir cuentas del ejercicio del presupuesto y del cumplimiento de sus programas.

<sup>2</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 102, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/288/1.pdf> (última fecha de consulta: 19 de octubre de 2018).

establezca las bases de coordinación del sistema nacional anticorrupción a que se refiere el artículo 113 de la propia Constitución.

En el artículo 74, fracción II, se establece como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la de coordinar y evaluar, sin perjuicio de su autonomía técnica y de gestión, el desempeño de las funciones de la Auditoría Superior de la Federación, en los términos que disponga la ley. Para ello cuenta con la Unidad de Evaluación y Control, que es una unidad administrativa de la Cámara de Diputados que depende de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, la cual vigila el estricto cumplimiento de sus funciones, es decir, fiscaliza al fiscalizador mediante la práctica de auditorías para garantizar que su facultad exclusiva de revisar la cuenta pública se realice de manera adecuada, y no se aparte del objeto de la revisión de la cuenta pública de evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados en el presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

En la fracción VI del citado precepto consagra como facultad de la Cámara de Diputados la de aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Adicionalmente, cuenta con facultades para autorizar en dicho presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria.

En relación con el control externo, la Cámara de Diputados cuenta con facultades para revisar la cuenta pública del año anterior, que tiene por objeto evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el Presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

La revisión de la Cuenta Pública se realiza a través de la Auditoría Superior de la Federación, que cuenta con facultades para determinar las responsabilidades cuando derivado del examen que realice aparezcan discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, en relación con los conceptos y las partidas respectivas, o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados. En el caso de la revisión sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas, puede emitir las recomendaciones para la mejora en el desempeño de los mismos, en los términos de la Ley. Dicha facultad se contiene en la fracción VI del citado artículo 74 constitucional.



Otra facultad exclusiva con que cuenta la Cámara de Diputados es la relativa a declarar si hay o no lugar a proceder penalmente contra diputados y senadores del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el fiscal general de la República, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, en los términos del artículo 111 de la Constitución, así como conocer de las imputaciones que se les hagan y fungir como órgano de acusación en los juicios políticos que contra éstos se instauen.

Por último, en la fracción VIII del artículo 74 se establecen las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados para designar, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, a los titulares de los órganos internos de control de los organismos con autonomía reconocida en la Constitución que ejerzan recursos del presupuesto de egresos de la Federación. Dicha facultad se incorporó en la reforma que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015, debido a que se cuestionaba la independencia de los contralores internos de los organismos autónomos, al ser nombrados por los titulares, y se encontraban jerárquicamente subordinados a éstos, lo cual restaba credibilidad y objetividad a su actuación.

En materia de control es trascendente el carácter de independencia de los titulares de los órganos internos de control, ya que cuando existe dependencia o sometimiento del titular, las irregularidades no se plantean objetivamente o los niveles de responsabilidad guardan una gran discrecionalidad, ya que se encuentran en un nivel inferior.

El artículo 79 de nuestra norma fundamental otorga a la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados, autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que disponga la ley. Establece que la función de fiscalización será ejercida conforme a los principios de legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad. Dicho órgano técnico tiene a su cargo la fiscalización en forma posterior de los ingresos, egresos y deuda; las garantías que, en su caso, otorgue el gobierno federal respecto a empréstitos de los estados y municipios; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los poderes de la unión y de los entes públicos federales, así como realizar auditorías

sobre el desempeño<sup>3</sup> en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales, a través de los informes que rinda. También fiscaliza directamente los recursos federales que administren o ejerzan las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y en coordinación con las entidades locales de fiscalización o de manera directa, las participaciones federales.

En el caso de los estados y los municipios cuyos empréstitos cuenten con la garantía de la Federación, fiscaliza el destino y ejercicio de los recursos correspondientes que hayan realizado los gobiernos locales. Asimismo, los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, públicos o privados, o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

Es de hacer notar que la corrupción ha generado entre la población una percepción de impunidad, y en general la población muestra desconfianza en las instituciones. La fiscalización superior es un instrumento indispensable para propiciar su combate y lograr que el gasto público se programe y ejerza con economía, eficiencia y eficacia.

El presente análisis pretende destacar que la rendición de cuentas y el control externo son elementos necesarios que contribuyen a un debido ejercicio del gasto público y a combatir la corrupción. No es objeto de la presente investigación el tema de la corrupción; sin embargo, en los resultados de la revisión a la cuenta pública del gobierno federal que efectúa la Auditoría Superior de la Federación invariablemente se detectan observaciones relacionadas con posibles hechos de corrupción de los servidores públicos y particulares con ellos relacionados. Por ello, se realiza una breve reflexión sobre el tema.

Diversas investigaciones y análisis realizados en materia de prevención de la corrupción, tanto nacionales como internacionales, dejan claro que

---

<sup>3</sup> Las auditorías al desempeño consisten en el examen objetivo, sistemático, multidisciplinario, propositivo, organizado y comparativo, tanto de las actividades gubernamentales enfocadas a la ejecución de una política pública general, sectorial o regional, como de aquellas inherentes al funcionamiento de los entes públicos federales, a nivel institucional, de programa, proyecto o unidad administrativa. Miden el impacto social de la gestión pública y comparan lo propuesto por las políticas públicas con lo alcanzado realmente.

la corrupción aleja la inversión, amenaza al medio ambiente, disminuye significativamente la productividad, e impide que millones de personas reciban bienes y servicios de calidad en esferas tan relevantes como el derecho a la alimentación, la justicia, la salud, la vivienda o la educación, entre muchos otros.<sup>4</sup> La corrupción es un fenómeno mundial atribuido a diversas causas, a pesar de que no es exclusivo del servicio público, pues sus efectos se presentan también en el ámbito privado; uno de los que mayor atención representa es el que involucra a las autoridades y los recursos públicos. Transparencia Internacional<sup>5</sup> ha insistido en sus diversos informes que los gobiernos deben incorporar acciones contra la corrupción en todas las decisiones públicas; entre las prioridades están normas más efectivas sobre financiamiento político, una mayor transparencia de la contratación y el gasto público, y mayor rendición de cuentas de organismos públicos a la población.

Transparencia Internacional promueve medidas contra la corrupción política en el ámbito internacional, y desde 1995 elabora el Índice de Percepción de la Corrupción, el cual es el principal indicador mundial de corrupción en el sector público. El índice ofrece resultados sobre el grado relativo de corrupción por países de todo el mundo y considera una escala de 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de bajos niveles de corrupción).

En 2012, los países que obtuvieron más puntuación fueron Dinamarca, Finlandia y Nueva Zelanda con 90 puntos, ocupando el lugar número uno de los países con menor percepción de corrupción; en tanto que Somalia ocupó el lugar 176, al obtener sólo 12 puntos. México recibió una puntuación de 34, que lo ubica en la posición 105, muy por debajo de sus principales socios comerciales, Canadá y Estados Unidos, que se encontraron en la posición número 9 y 19, respectivamente.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Estudio sobre las estrategias para enfrentar la corrupción, establecidas en las instituciones del sector público federal, México, Auditoría Superior de la Federación, diciembre de 2016*, consultado el 07 de febrero de 2019, disponible en: [https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2014i/Documentos/Auditorias/2014\\_1642\\_a.pdf](https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2014i/Documentos/Auditorias/2014_1642_a.pdf).

<sup>5</sup> Transparencia Internacional (TI) es una organización internacional no gubernamental, no partidista, y sin fines de lucro, dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional. Fue fundada en 1993 y ha sido reconocida ampliamente por colocar la lucha anticorrupción en la agenda global.

<sup>6</sup> Índice de percepción de la corrupción 2012, Alemania, Transparencia Internacional, 2013, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 11 de febrero de 2019).

En 2013, Dinamarca y Nueva Zelanda se ubicaron en la posición número uno al obtener 91 puntos de 100. México ocupó la posición 106 con 34 puntos; en tanto que los países que obtuvieron el índice más alto de corrupción fueron Afganistán, Corea del Norte y Somalia con sólo 8 puntos.<sup>7</sup>

Dinamarca se situó en la primera posición en 2014, con una puntuación de 92, mientras que Corea del Norte y Somalia compartieron el último lugar, con apenas 8 puntos. México se ubicó en el lugar 103 de 175 países, con una puntuación de 35/100; mientras que Corea del Norte y Somalia fueron percibidos como los más corruptos. México compartió ubicación en la tabla con Bolivia, Moldavia y Níger; en América Latina, México se ubicó en el lugar número 20 de 30 países, con posición por debajo de Chile y Brasil.<sup>8</sup> Además, se ubicó en la última posición (34/34) entre los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que es un organismo internacional de carácter intergubernamental del que forman parte 34 países.<sup>9</sup>

En 2015, más de dos tercios de los 167 países incluidos en el Índice de Percepción de la Corrupción obtuvieron una puntuación inferior a 50, en una escala de 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de bajos niveles de corrupción). Dinamarca se situó en la primera posición con una puntuación de 91, seguida de Finlandia con 90, mientras que Corea del Norte y Somalia compartieron el último lugar, con apenas 8 puntos. México se ubicó en el lugar 95 de 168 países, con una puntuación de 35/100. México compartió ubicación en la tabla con Armenia, Filipinas y Malí.<sup>10</sup>

Durante 2016, Transparencia Internacional observó que en todo el mundo la corrupción sistémica y la desigualdad social se refuerzan recíprocamente, y esto provoca decepción en la gente hacia su clase política y es un contexto

---

<sup>7</sup> Índice de percepción de la corrupción 2013, Alemania, Transparencia Internacional, 2014, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 12 de febrero de 2019).

<sup>8</sup> Índice de percepción de la corrupción 2014, Alemania, Transparencia Internacional, 2015, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 12 de febrero de 2019).

<sup>9</sup> Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa actualmente a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

<sup>10</sup> Índice de percepción de la corrupción 2015, Alemania, Transparencia Internacional, 2016, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 12 de febrero de 2019).

propicio para que se impongan los políticos populistas.<sup>11</sup> En 2016, México se ubicó en el lugar 123 de 176 países con una puntuación de 30/100. Los países mejor evaluados fueron Dinamarca y Nueva Zelanda con 90 puntos, seguidas de Finlandia con 89 y Suecia con 88. Estos países comparten características de gobierno abierto, libertad de prensa, libertades civiles y sistemas judiciales independientes. Por décimo año consecutivo, Somalia obtuvo los peores resultados del índice, con apenas 10 puntos; Sudán del Sur se ubicó en el penúltimo puesto, con una puntuación de 11, seguido por Corea del Norte (12) y Siria (13). Los países en el extremo inferior del índice se distinguen por una impunidad generalizada de la corrupción, gobernabilidad deficiente e instituciones frágiles. México siguió ocupando la última posición (34/34) entre los países que integran la OCDE.

En 2017, Nueva Zelanda y Dinamarca ocuparon el primer lugar con puntuaciones de 89 y 88, respectivamente. Siria, Sudán del Sur y Somalia tienen las puntuaciones más bajas con 14, 12 y 9, respectivamente. México se ubicó en el lugar 136 de 180 países con una puntuación de 29/100.<sup>12</sup>

Los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción muestran que de 2012 a 2017, México no mostró ninguna mejoría en la percepción internacional. Por el contrario, tan sólo de 2015 a 2017, perdió 6 puntos, lo cual tiene impacto en la economía nacional.

Considerando los resultados negativos, resulta imprescindible la actuación eficiente de la Auditoría Superior de la Federación, que al detectar irregularidades deberá promover acciones que permitan eliminar prácticas y procedimientos que propicien la corrupción, corregir los desvíos, modificar las políticas y sancionar a los responsables, y con ello contribuir al combate a la corrupción.

Las reformas constitucionales de mayo de 2015 establecieron la creación del sistema nacional anticorrupción, que tiene como fines centrales la prevención, detección y combate a la corrupción. Dicho sistema agrupa a las instituciones encargadas de combatir a la corrupción en un mismo comité, con el objetivo de que actúen de manera coordinada y alineados bajo una política nacional anticorrupción. Su objetivo último será poner fin a

---

<sup>11</sup> Índice de percepción de la corrupción 2016, Alemania, Transparencia Internacional, 2017, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 12 de febrero de 2019).

<sup>12</sup> Índice de percepción de la corrupción 2017, Alemania, Transparencia Internacional, 2018, disponible en: <https://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 12 de febrero de 2019).

la creciente impunidad que impera en nuestro país. Sin embargo, no basta con realizar reformas legales contra la corrupción. Se requieren reformas sistémicas que contrarresten el creciente desequilibrio social, dar participación a los ciudadanos, sancionar las irregularidades para poner freno a la impunidad generalizada, así como fomentar la cultura de la denuncia.

Adicionalmente, debe considerarse que el eje rector de las políticas públicas en México es el desarrollo nacional; de ahí que las instituciones gubernamentales están llamadas a que su actuación, ya sea mediante la producción de bienes y la prestación de servicios públicos, genere condiciones de bienestar social. Para lograrlo, es ineludible, entre otras cosas, ejecutar una adecuada programación, seguimiento y control de los recursos que impulsen el cumplimiento de los programas; promuevan la rendición de cuentas y el combate a la corrupción, y garanticen el mejoramiento continuo de la actividad gubernamental, en lo cual toma relevancia el control externo. Con lo anterior, también se cumplen las demandas ciudadanas de conocer en qué y cómo se gastan los recursos públicos, y los resultados de la evaluación al desempeño de la administración pública en los tres órdenes de gobierno, y en este aspecto retoma importancia el control que ejerce el Poder Legislativo respecto de los actos del Ejecutivo, del Judicial, así como de los organismos con autonomía reconocida en la Constitución. Por ello, considerando la importancia del control externo y el interés general por fortalecer el proceso de rendición de cuentas, es necesario realizar un análisis que precise doctrinalmente su concepto y alcances.

### III. CONTROL PARLAMENTARIO

Lanz Cárdenas señala “que los controles del Estado se clasifican, en principio, en razón de cada uno de los poderes y de sus funciones propias, a saber: control legislativo, control administrativo y control judicial o jurisdiccional”.<sup>13</sup>

La separación de poderes se encuentra íntimamente relacionada al orden constitucional, que pone límites a sus atribuciones para evitar abusos. Montesquieu realizó una gran aportación al constitucionalismo con su teoría de la división de poderes al diseñar el esquema tripartito del poder

---

<sup>13</sup> Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Secretaría de la Contraloría General de la Federación-Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 468.

(legislativo, ejecutivo y judicial), buscando el control y sometimiento del Ejecutivo a la ley. Garita Alonso destaca la importancia de crear mecanismos al interior del propio Estado, que mantengan a sus diferentes órganos dentro de esferas de competencia, en un marco de colaboración, evitando que unos abusen de otros, en detrimento de la libertad y los derechos de la población.<sup>14</sup> Lo expuesto por Garita guarda íntima relación con el control externo; es decir, el control que ejerce el Poder Legislativo sobre el Ejecutivo respecto del ejercicio del gasto, en virtud de que si el Ejecutivo no administra el presupuesto debidamente, afecta los derechos de la población, debido a que gran parte del presupuesto se destina a programas sociales o a obras públicas que de no ejecutarse correctamente impactan negativamente en el nivel de vida de la población.

Es de suma importancia la forma en que actúan y se controlan los poderes, la rendición de cuentas a la sociedad y la sanción a los responsables. En ello radica la importancia de los controles que, como nos dice Manuel Aragón, “están orientados en un solo sentido, y todos responden a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos”.<sup>15</sup> Cada uno de los poderes tiene que limitarse a lo que estrictamente le faculta la Constitución y los ordenamientos legales; la ley debe ser el freno del abuso del poder.

El control parlamentario es de carácter político y tiene por objeto vigilar la actuación del gobierno. En México corresponde al Congreso de la Unión, el cual, a su vez, puede presentar tres diversas manifestaciones: la primera, la instrumentación de medidas de control a través de decretos o leyes que establecen una normatividad tendente a regular específicamente los planes, el manejo de los recursos económicos, e inclusive la conducta de los servidores públicos. La segunda, que consiste en el control presupuestal, cuya facultad es exclusiva de la Cámara de Diputados, que abarca las dos grandes fases del presupuesto, es decir, la aprobación inicial y la de lo ejercitado como última fase del ejercicio financiero de los poderes, y una tercera, que se traduce en el control político, mismo que se ejerce a través de la facultad de exigir a los secretarios de Estado y titulares de organismos y empresas de participación estatal que comparezcan a informar sobre sus ramos, e incluso a través de la facultad de constituir comisiones especiales para investigar las actividades,

---

<sup>14</sup> Garita Alonso, Miguel Ángel, *Nuevo concepto de la división de poderes*, México, UNAM, 2003, p. 15, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4146-nuevo-concepto-de-la-division-de-poderes> (consultado el 12 de febrero de 2019).

<sup>15</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia...*, cit., p. 97.



los ejercicios presupuestales y el cumplimiento de programas por parte de cualquier ente que ejecute el gasto.

Solares Mendiola sostiene que "...cuando la dinámica de vigilancia mutua entre los poderes se ejerce de manera equilibrada y adecuada el resultado es un beneficio para toda la comunidad, pues su interés no estará en contradicción con el interés particular de quienes detentan alguno de esos poderes".<sup>16</sup> Lo que se espera de un gobierno es que sus atribuciones se efectúen dentro de los límites que la Constitución y la legalidad les permita, y que sus políticas y programas redunden en un mejor nivel de vida para la población

Se puede afirmar que la división de poderes hace que cada poder se mantenga en sus límites y sirva de vigilante, contrapeso, freno y fiscalice a los otros. Dentro del principio clásico de la división de poderes se puede hablar de un control legislativo, administrativo y judicial o jurisdiccional, en los cuales se ordena al control en tres grandes rubros, que coinciden con los órganos constitutivos del Estado. Sin embargo, las funciones no se desarrollan en forma exclusiva por cada uno de los poderes, ya que en la práctica constitucional alguno de ellos indistintamente, dentro del marco de las leyes, puede no sólo ejercer la función que por su naturaleza se le encomiende, sino también alguna de los otros dos, tal es el caso del Ejecutivo, que emite observaciones a los proyectos de leyes o decretos, y, en su caso, los proyectos tienen que ser nuevamente analizados en las cámaras.

Al respecto, Valadés se pregunta si es posible controlar el poder; señala asimismo que controlar el poder contiene un enunciado en apariencia paradójico, y agrega:

La teoría newtoniana de los equilibrios inspiró el inteligente esquema de la separación de poderes. Uno de los efectos de esa relación es que los balances y contrapesos operan como fuerzas crecientes, no menguantes. En esa medida, y pensando en un sistema de equilibrios lo más cercano posible a lo ideal, tantas más atribuciones como se confieran a un órgano que ejerce funciones de poder, tantas más las que de manera agregada se irán incorporando progresivamente a otros órganos.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Solares, Mendiola, Manuel, *La Auditoría Superior de la Federación; antecedentes y perspectiva jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 123.

<sup>17</sup> Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 56.

Lo que se espera es que las funciones se encuentren expresamente determinadas y que cada uno de los poderes respete sus límites constitucionales, y en ello el Poder Judicial es el que a través de los medios de control constitucional limita a los poderes. En este tenor y siguiendo las opiniones anteriores, existe un proceso de vigilancia mutua del desarrollo de las funciones de los poderes; es decir, de controles recíprocos, de frenos y contrapesos. A saber, el Ejecutivo propone los montos de su presupuesto y el Legislativo lo aprueba, lo modifica o rechaza; el Senado aprueba al Ejecutivo la suscripción de tratados internacionales, también designa a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de entre la terna que someta a su consideración el presidente de la República, o bien, la Cámara de Diputados les revisa la cuenta pública. Dicho control no sólo es de carácter jurídico, sino político, toda vez que son las fuerzas partidistas que integran la Cámara de Diputados las que deciden el sentido de los votos de los dictámenes; es evidente que los legisladores se subordinan a las indicaciones del coordinador.

Aragón Reyes considera al control parlamentario “como un control político, el cual en el estado constitucional, es un poder limitado; pero como no hay limitación sin control, poder limitado significa necesariamente, poder controlado”.<sup>18</sup> Asimismo, precisa que la definición más apropiada del mismo es la siguiente: “Es toda actividad parlamentaria orientada a comprobar, inspeccionar, registrar, analizar, revisar, intervenir y examinar la actividad del Ejecutivo”.<sup>19</sup> Lo anterior implica controlar la acción del gobierno; en este caso, el Poder Legislativo se constituye en un freno y contrapeso, no sólo en las preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación, sino también en el proceso legislativo y en los actos de aprobación o autorización, de nombramientos o de elección de personas, etcétera. En todos los casos hay o puede haber control, y todos esos instrumentos, si no características, son, desde luego, instrumentos a través de los cuales opera el control parlamentario.

Como parte del control parlamentario se encuentra el control del gasto, que impide el ejercicio ilimitado o abusivo de los recursos por parte de los servidores públicos; como mencionamos previamente, es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, a través de una serie de actividades para vigilar, cuestionar y frenar los actos del gobierno, lo cual también es una característica de los regímenes democráticos. El control del gasto público

<sup>18</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia...*, cit., p. 247.

<sup>19</sup> *Idem*.

lo efectúa la Cámara de Diputados a través de la Auditoría Superior de la Federación, su órgano técnico.

Cecilia Mora sostiene que el control parlamentario es un control de carácter político cuyo agente es el Parlamento y cuyo objeto es la acción general del gobierno y, por extensión, también la acción de toda entidad pública. Excluye del control parlamentario al Poder Judicial, y señala que por principio “es un poder que goza de total independencia respecto de los demás poderes del Estado”.<sup>20</sup> Efectivamente, no obstante, en materia de control del gasto, el Poder Legislativo, a través de la Cámara de Diputados, también ejerce control sobre el Poder Judicial, cuando interviene en la designación de sus integrantes, aprueba su presupuesto y fiscaliza su ejercicio mediante la revisión de la cuenta pública.

#### IV. CONTROL EXTERNO

El control de las finanzas públicas se configura como un derecho de los ciudadanos en el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>21</sup> (“los ciudadanos tienen derecho a verificar por sí mismos o por medio de sus representantes la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de controlar su empleo y determinar las cuotas, la base tributaria, la recaudación y la duración de dicha contribución”); a su vez, en el artículo 16 se incorpora el principio de la división de poderes (la sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes carece de Constitución).

La etimología de la palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre role* (*controle*), que

---

<sup>20</sup> Mora-Donatto, Cecilia, “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 4, enero-junio de 2001, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5611/7306> (consultado el 12 febrero de 2019).

<sup>21</sup> Conviene destacar el contenido de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que expresa: “los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”; *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (última fecha de consulta: 19 de octubre de 2018).

significa literalmente “contra libro”, es decir, “libro registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros; dicho término se generalizó poco a poco hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera.<sup>22</sup>

El vocablo “control” se encuentra en casi todos los idiomas. Manuel Aragón señala que el término control en inglés se refiere a “dominio”, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término más bien se restringe a “comprobación”; en alemán (*kontrolle*) significa “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”.<sup>23</sup> Afirma que el *Diccionario* de la Real Academia Española recoge los dos orígenes de la palabra “control”, señalando que es un galicismo y un anglicismo, con lo cual se pueden utilizar ambas acepciones, posibilitándose así la existencia del control por el Parlamento y control en el Parlamento. El término “control parlamentario” en el idioma español significa principalmente la comprobación, inspección, análisis, registro, revisión, intervención o examen que realiza el Parlamento sobre la actividad, ya sea positiva o negativa, del gobierno, cuyas características son, sobre todo, la discusión, publicidad e influencia en la opinión pública, teniendo así una dimensión política para considerarlo como control político parlamentario.

Como se aprecia, el término “control”, en la mayoría de los idiomas, involucra la comprobación, inspección, análisis, revisión o examen. Dichos vocablos se adoptan en nuestra Constitución federal, al señalar, en el artículo 74, los términos “revisar”, “evaluar”, “examinar” y “fiscalizar”.

Si nos avocamos al control externo, Vanossi señala que dado que quien ejerce el poder no se controla a sí mismo, es indispensable la independencia del órgano controlante respecto de aquel que es controlado. Si existe subordinación estimamos que es muy probable que exista sometimiento; es necesaria la independencia de las instituciones que rinden cuentas para que el control sea eficaz. Añade que es necesario precisar cuál va a ser *el ámbito de lo controlado*, pues quien ejerce el poder puede ser sometido, según sean las funciones controlables, a un control político o a un control jurídico.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 51 y 52

<sup>23</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia...*, cit., p. 121.

<sup>24</sup> Vanossi, Jorge, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 1982, p. 92.

Precisamente una característica esencial del control externo en México es que se ejerce por un poder a otro; es decir, poderes independientes que se frenan unos a otros, concretamente el Poder Legislativo a los poderes Ejecutivo y Judicial, cuando les fiscaliza el ejercicio del gasto público. Es importante destacar que la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, por sus siglas en inglés) en la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización<sup>25</sup> establece que las entidades fiscalizadoras superiores sólo pueden llevar a cabo sus cometidos si son independientes de la institución fiscalizada y están protegidas contra influencias externas.

Madariaga hace referencia al control externo o fiscalización, señalando que se encomienda a las contadurías mayores o tribunales de cuentas y que se encarga a entidades que conforman la administración fiscalizadora, dotadas de autonomía e independencia.<sup>26</sup> Como fiscalizadores externos se encuentran los tribunales de cuentas, que son órganos con independencia funcional y realizan una función jurisdiccional, poseen atribuciones para revisar las cuentas generales y establecer la denominada responsabilidad contable o resarcitoria a cargo de los servidores públicos encargados del manejo de caudales públicos, cuando hagan un mal uso de los mismos, como el caso de España.<sup>27</sup> Yolanda Gómez afirma que el carácter externo de la fiscalización que realiza el Tribunal de Cuentas confirma igualmente

---

<sup>25</sup> Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización, Perú, Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, octubre de 1977, disponible en: [http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/0\\_news/2017/061217\\_forty\\_years\\_lima\\_SP\\_commemorative.pdf](http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/0_news/2017/061217_forty_years_lima_SP_commemorative.pdf) (consultada el 12 de febrero de 2019).

<sup>26</sup> Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 2a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 74.

<sup>27</sup> En los regímenes constitucionales de diversos países existen distintos modelos de tribunales de cuentas, según que éstos sean órganos colegiados o unipersonales (caso de Inglaterra o Canadá), tengan o no tengan atribuidas funciones jurisdiccionales (caso de Alemania) o consultivas (con las que cuentan Alemania, Holanda o Luxemburgo), dependan del Poder Legislativo o auxilien al Ejecutivo (Francia o Italia). El propio Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, elevado a rango de “Institución comunitaria” mediante el Tratado de la Unión Europea, no depende de ninguna otra institución (asiste al Parlamento europeo y al Consejo en el ejercicio de su función de control en la ejecución del presupuesto, pero no depende de ninguno de ellos) y ejerce funciones fiscalizadoras y consultivas, pero no jurisdiccionales. Dentro del derecho interno español, también los órganos de control con que cuentan las comunidades autónomas ofrecen perfiles variados entre sí y respecto del Tribunal de Cuentas, pues carecen de competencias jurisdiccionales.

su independencia frente a todos los demás órganos o instancias sometidas a su control.<sup>28</sup>

El control externo comprende

...el conjunto de procedimientos, medidas y métodos coordinados, aplicados por el Organismo Superior de Control y por las sociedades o firmas privadas de auditoría debidamente, con el fin de: 1) verificar, evaluar y dar fe sobre la situación financiera, los resultados de las operaciones, el cumplimiento de las disposiciones legales y el logro de las metas y objetivos programados con el máximo grado de eficiencia, efectividad y economía en la utilización y salvaguardia de los recursos humanos, materiales y financieros, 2) emitir recomendaciones para mejorar las operaciones, actividades y transacciones que se consideren necesarias.<sup>29</sup>

De esta definición se puede desprender que el control externo moderno es siempre posterior; esto es, una vez ejercido el gasto público, y como se emplean técnicas modernas de auditoría, es muy diferente del control interno, que en sus aspectos previos y concurrentes está integrado en los procesos administrativos, lo cual implica que pueden revisarse los procesos de asignación de recursos públicos y su ejercicio durante el año fiscal, aunado a que el órgano encargado de ejercerlo depende jerárquicamente de quien le encomienda la revisión, tal es el caso de la Secretaría de la Función Pública, que en México es la dependencia del Ejecutivo Federal encargada del control interno.<sup>30</sup> Yolanda Gómez distingue entre control interno y control externo, al señalar, en el primer caso, que el órgano de control está integrado en el órgano controlado, mientras que en el control externo, el sujeto que lleva a cabo la fiscalización es independiente del controlado.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, *El tribunal de cuentas, el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, UNED-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 173.

<sup>29</sup> *Manual latinoamericano de auditoría profesional en el sector público*, Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, 1977, p. 114.

<sup>30</sup> El control interno que realiza la Secretaría de la Función Pública tiene carácter preventivo y su característica esencial es que se efectúa durante el ejercicio del gasto, en teoría para corregir desviaciones. Es de hacer notar que en cada una de las secretarías de estado se asigna a un representante de esta dependencia del Poder Ejecutivo, como titulares de los órganos internos de control.

<sup>31</sup> Gómez, Yolanda, *El tribunal de cuentas...*, cit., p. 173.

Nos dice Valadés que un denominador común de los Estados constitucionales es el control eficiente del poder para garantizar el espacio de libertades individuales y colectivas, y la equidad entre los miembros de la colectividad.<sup>32</sup> Se refiere al control de los recursos públicos de la siguiente forma:

Un control eficiente buscará que los actos del gobierno se apeguen al marco jurídico y que se realice en términos de economía, eficacia, eficiencia, rendimiento y productividad. En primer término el control tiene como objetivo la vigilancia y fiscalización del uso correcto de los recursos humanos, materiales y financieros de que se dispongan para el cumplimiento de los programas, lo cual involucra una debida planeación, programación y evaluación; así como, aplicando medidas correctivas de manera que la ejecución se lleve a cabo de acuerdo con lo planeado.<sup>33</sup>

Valadés se refiere en este aspecto al control del gasto y a su uso racional, e introduce en su análisis conceptos como economía, eficacia, eficiencia, rendimiento y productividad, que es lo que se espera de un gobierno cuando gasta las contribuciones y el presupuesto conformado por ellas. Adicionalmente, se refiere al cumplimiento de los programas y afirma que involucra una debida planeación, programación y evaluación, así como aplicación de medidas correctivas, de manera que la ejecución se lleve a cabo de acuerdo con lo planeado. No basta gastar correctamente un presupuesto, es decir, que en su ejecución se haya observado el marco legal aplicable, sino que es precisamente en la debida planeación y programación del gasto donde puede ser medido el desempeño de los gobiernos, considerando recursos, beneficiarios y sobre todo efectividad de las políticas públicas y programas, así como que se realice con eficiencia y eficacia.

Conviene destacar que para Yolanda Gómez, control de eficiencia se refiere a la adecuación entre el producto obtenido y su coste; el control de eficacia, de otra parte, se refiere a los efectos y coste de una determinada actividad en relación con unos objetivos previamente definidos.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Valadés, Diego, *El gobierno del gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 2.

<sup>33</sup> Sobre este punto, véase Arellano Gault, David, *Gestión estratégica para el sector público. Del pensamiento estratégico al cambio organizacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 14.

<sup>34</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, *El tribunal de cuentas...*, cit., p. 174.



La sociedad exige que los recursos públicos sean ejercidos de forma adecuada. Los investigadores José Carbonell y Rodrigo Gutiérrez, al definir el concepto de democracia, afirman que presupone también elementos abstractos, tales como libertades de asociación y expresión, Estado de derecho, reconocimiento de derechos fundamentales, acceso a la información, rendición de cuentas, transparencia y eficacia en el ejercicio de las responsabilidades públicas y otros que impactan en las instituciones y políticas públicas del Estado.<sup>35</sup>

En términos de la Normatividad para la Fiscalización Superior, la eficacia implica que los servidores públicos ejerzan el presupuesto de acuerdo con lo planeado; deben cumplir los objetivos y metas programáticos con los recursos disponibles y en los plazos previamente establecidos. También se espera que los recursos se apliquen racionalmente; que el gasto empleado sea para obtener el beneficio esperado y la capacidad para garantizar la consecución de los objetivos y metas de los programas y proyectos.<sup>36</sup> Los servidores públicos deben usar racionalmente los medios con que se cuenta para alcanzar un objetivo predeterminado y evitar dispendios o errores; en suma, deben administrar el gasto público con economía, transparencia y honradez.

El artículo 134 constitucional obliga a que los recursos económicos de la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México se administren con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. Asimismo, para que los resultados del ejercicio de dichos recursos sean evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación y las entidades federativas; esto es, a entidades de fiscalización superior.

Actualmente, en México, la Auditoría Superior de la Federación practica evaluaciones respecto del desempeño a los auditados, lo cual supera el mero análisis financiero del ejercicio del gasto, es decir, si se encuentra justificado y comprobado, sino que va más allá, al analizar si la planeación y programación del gasto fue adecuada; para ello, verifica la eficiencia, la

---

<sup>35</sup> Carbonell, José y Gutiérrez, Rodrigo, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. III, voz “Democracia”, pp. 131-137.

<sup>36</sup> *Normativa para la fiscalización superior, marco rector. Normas y esquema operativo*, Auditoría Superior de la Federación, noviembre de 2011, disponible en: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_mex\\_asf\\_norm.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_mex_asf_norm.pdf) (consultado el 12 de febrero de 2019).

eficacia y la economía con que se desarrollan los programas y su efecto o la consecuencia en las condiciones sociales, económicas y, en su caso, regionales del país durante el periodo que se evalúa. En este aspecto ha elaborado una serie de indicadores, en los cuales incluso se mide el impacto de los programas, a través de encuestas de percepción que se realizan a la población objetivo de los programas.

Sin embargo, debemos considerar que la revisión de la Auditoría Superior de la Federación es posterior al ejercicio del gasto, porque el control que ejerce es externo o posterior, y, en consecuencia, los errores o desvíos en la planeación y programación del gasto se detectan cuando ha transcurrido el ejercicio fiscal.<sup>37</sup> Por ello, en diversas recomendaciones ha insistido a los órganos internos de control la importancia de la autocorrección, que se realiza durante el ejercicio del presupuesto. Si se detecta una irregularidad por el órgano interno de control de un ente público, podrá prevenir o aminsonar los daños económicos o evitar su recurrencia.

Vázquez Alfaro señala que el control de la administración pública se lleva a cabo por órganos independientes dotados de autonomía técnica y de facultades para supervisar y vigilar las materias administrativa y financiera, y que el objetivo principal de esta clase de control es obligar a la administración a respetar las normas jurídicas, por lo que constituyen un complemento al autocontrol.<sup>38</sup> Es decir, distingue del control interno, que denomina “autocontrol”, y que se ejerce por la propia administración, del control externo que efectúa la Auditoría Superior de la Federación.

En relación con lo anterior, algunos autores clasifican al control como *a priori* o preventivo y *a posteriori* o *ex post*, que se realiza cuando los actos se han ejecutado totalmente, tal es el caso de la revisión de la cuenta pública, que se efectúa por los gobiernos una vez que se ha concluido el ejercicio del presupuesto. En este orden de ideas, el control *a priori* es el interno, y el *a posteriori* es el externo; sin embargo, la característica esencial se determina por el momento en que se efectúa la revisión.

---

<sup>37</sup> Con motivo de la reforma anticorrupción de 2015, la Auditoría Superior de la Federación se encuentra facultada para solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la cuenta pública en revisión, exclusivamente cuando el programa, proyecto o la erogación, contenidos en el presupuesto en revisión, abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales.

<sup>38</sup> Vázquez Alfaro, José Luis, *El control de la administración pública en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 19 y 20.

Faya Viesca refiere que el control es el mecanismo para verificar y asegurarse que las finanzas públicas se han llevado a cabo de conformidad con las normas establecidas.<sup>39</sup> El control financiero se orienta, en consecuencia, a certificar si la gestión financiera se llevó a cabo de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables tanto en el caso de un control *a priori* como en el caso de un *a posteriori* o *ex post*. Otra de las finalidades del control es constatar si la gestión ha sido adecuada, y en el caso de un control de calidad, tratará de comprobar si la gestión ha mejorado a través de una revisión continuada de los métodos, procedimientos y estructuras.

Como ya hemos mencionado, el control también comprende el desempeño de la administración, mediante revisiones a los resultados del ejercicio del presupuesto, así como el impacto de los programas en la población, a través de encuestas aplicadas directamente a los ciudadanos para medir su percepción respecto a los programas gubernamentales, o a través de índices que se elaboran por instituciones especializadas, como los relativos a la pobreza, a la violencia, o a la incidencia delictiva.

El control tiene como finalidad examinar la racionalidad económica de una política financiera, Faya Viesca afirma que en México el control del presupuesto se orienta a constatar que el Poder Ejecutivo esté cumpliendo con la decisión de la Cámara de Diputados en materia presupuestaria. Si el Poder Ejecutivo se aparta de las autorizaciones presupuestarias de la Cámara, fundamentalmente estaría violando una decisión netamente política. La segunda finalidad de control del presupuesto es financiera, en la cual se trata de vigilar e impedir acciones presupuestarias de carácter dispendiosas, de desorden y corrupción; además, tiene la finalidad de cuidar no sólo la exacta y adecuada aplicación del gasto, sino también verificar el cumplimiento de los programas consignados en el presupuesto.<sup>40</sup>

El objetivo del control recae, como consecuencia y en cualquier caso, sobre la detección o la prevención de deficiencias o irregularidades en el desarrollo de la actividad financiera estatal, porque es lógico aspirar a un sistema de control equilibrado en el cual estén inmersos todos los aspectos.

La fiscalización de las cuentas públicas que realiza la Auditoría Superior de la Federación no sólo se concreta a verificar si el presupuesto se ejerció de acuerdo con los montos autorizados, si no que incluye diversas revisiones de carácter legal, contable, económica, financiera, programáticas y de gestión, así como de desempeño.

<sup>39</sup> Faya Viesca, Jacinto, *Finanzas públicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 272.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 273.

## V. LA RENDICIÓN DE CUENTAS

La democracia es una forma de gobierno en la que los gobernantes son completamente responsables ante los gobernados, por lo que aquellos que ejercen el poder están obligados a rendir cuentas de sus acciones a los ciudadanos.

La rendición de cuentas y la fiscalización del uso de los recursos públicos son elementos fundamentales de las democracias modernas. En dicho sistema se aspira a un gobierno honesto y respetuoso de la legalidad. Por ello, resulta indispensable el cumplimiento de los procesos de control del ejercicio del gasto público y el apego al principio de rendición de cuentas, los cuales se encuentran íntimamente ligados.

Ugalde señala que en ocasiones “control” y “fiscalización” son mecanismos para supervisar los actos de gobierno, pero no siempre implican la obligación de los gobernantes para informar de manera periódica sobre sus decisiones y acciones. Por ello, el control y la fiscalización son mecanismos de un sistema global de rendición de cuentas, pero éste abarca además otros instrumentos, como la transparencia y los informes que los gobernantes deben rendir a los ciudadanos.<sup>41</sup>

El concepto se liga a la voz sajona *accountability*, que significa responsabilidad, relacionado con *accountable*, que en uno de sus significados hace referencia a rendir cuentas. También se traduce como “el estado de ser sujeto a la obligación de reportar, explicar o justificar algo, ... ser responsable de algo (*liable*)... ser sujeto y responsable de dar cuentas y responder preguntas (*answerable*)”.<sup>42</sup>

La rendición de cuentas involucra necesariamente el apego a la legalidad de los servidores públicos, la obligación de informar a la población respecto del desarrollo de sus funciones y la posibilidad de ser sancionado si se apartó del cumplimiento de disposiciones legales que rigen su actuación o el manejo y administración de fondos públicos. Como bien afirma Shedler, la rendición de cuentas incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público. Por otro, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Ugalde, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia: el caso de México*, México, Instituto Federal Electoral, 2002, p. 10.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>43</sup> Shedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2004, p. 11.

López Ayllón y Merino afirman que la rendición de cuentas es siempre una acción subsidiaria de una responsabilidad previa, que implica una relación transitiva y que atañe a la manera en que se dio cumplimiento a esa responsabilidad. Es subsidiaria en el sentido de que una acción o responsabilidad robustece a otra principal, y por ello carece de todo sentido si es un acto único y aislado de cualquier precedente, y es transitiva en tanto que hay al menos dos sujetos que participan en el proceso de rendición de cuentas con roles distintos, y aunque parezca obvio, es preciso tener presente que esa relación perdería todo sentido si aquellos que rinden cuentas no están obligados, no se someten a los juicios y no acatan los resultados de las sanciones impuestas de aquellos ante quienes se rinden cuentas y de ahí afirman que la rendición de cuentas es un antídoto contra la impunidad.<sup>44</sup>

Como se aprecia, existe coincidencia en que la rendición de cuentas implica la obligación de informar sobre el cumplimiento de una responsabilidad y la posible sanción en caso de apartarse de dicha responsabilidad; este último supuesto es vital para no propiciar la impunidad.

Coincidimos con José Antonio Crespo cuando señala que “rendir cuentas supone la capacidad de las instituciones políticas para hacer responsables a los gobernantes de sus actos y decisiones, en los distintos niveles de poder. Eso permite, dentro de lo posible, evitar, prevenir y, en su caso, castigar el abuso de poder”.<sup>45</sup> El principio de la rendición de cuentas busca conciliar el interés colectivo con el interés particular de los gobernantes. Si los gobernantes, servidores públicos, representantes y líderes políticos, es decir, todos los que dispongan de algún poder político, saben que pueden ser llamados a cuentas, que su acción política, su desempeño gubernamental y sus decisiones podrán, en su caso, ser sancionadas, tendrán mucho mayor cuidado en el momento de ejercer el poder, y atenderán tanto el interés colectivo como la relación de medios y fines en el quehacer gubernamental, precisamente para que el resultado de sus resoluciones no afecte o perjudique el interés general, o el particular de sus gobernados y representados.

Desde el punto de vista formal y teórico, la rendición de cuentas ha sido definida de diversas formas; el politólogo Karl Deutsch se refiere al comportamiento de un actor con controlador ante quien es responsable.

---

<sup>44</sup> López Ayllón, Sergio, “La rendición de cuentas en México, perspectivas y retos”, en *La estructura de la rendición de cuentas en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 2.

<sup>45</sup> Crespo, José Antonio, *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2001, p. 7.

El controlador puede recompensar o castigar considerando las acciones u omisiones.<sup>46</sup>

En materia de fiscalización superior, si derivado de una revisión la Auditoría Superior de la Federación detecta irregularidades en la revisión de las cuentas públicas, promueve una serie de acciones legales para, en su caso, evitar que esa irregularidad persista; recupere recursos públicos pagados de forma indebida y sancione administrativa o penalmente a los servidores públicos; no existen recompensas porque el servidor público es responsable de su actuación, la cual invariablemente debe estar apegada a la legalidad. Por ello, el control externo tiene que modernizarse a través de diversos procesos para detectar oportunamente a servidores públicos ineficientes para manejar los negocios públicos, y removerlos. En este aspecto tendría que ser el órgano técnico el que informe a través de sus evaluaciones de desempeño que la actuación es ineficiente; se trata de la llamada “responsabilidad política”, y en ella incluimos a los servidores públicos que deciden políticas públicas; es decir, de niveles superiores de responsabilidad.

La rendición de cuentas supone, pues, que un gobernante en cualquier nivel de gobierno podrá ser sujeto de responsabilidad política —removido del poder— o responsabilidad legal —castigado administrativa o penalmente—. De esa forma, al saber el servidor público que puede ser removido o sancionado, tendrá mayor cuidado de no tomar malas decisiones o incurrir en abuso de poder por su propia conveniencia; no necesariamente pensando en el bienestar de sus gobernados, tendrá interés en conservar su prestigio profesional, su empleo, o bien un futuro cargo político. Sobre esta doble responsabilidad de los gobernantes —la honestidad y la eficacia— decían los padres fundadores de la democracia norteamericana: “Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan alcanzar mejor ese objeto”.<sup>47</sup> Ahí están sintetizados los tipos de responsabilidad gubernamental de que hemos hablado: la legal, relativa a la honestidad, y la política, asociada a la eficacia.

En materia de control, actualmente no basta que se compruebe que el gasto se efectuó en apego a la normatividad que regule el acto, o cuente con

---

<sup>46</sup> Deutsch, Karl, *Política y gobierno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 220.

<sup>47</sup> Hamilton, Alexander, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 6a. reimpr., 1998, p. 264.

facturas o comprobantes, sino que se requiere actualmente determinar que el ejercicio presupuestal trajo un beneficio a la población. En teoría, si los gobernantes observan que una política o programa no tiene los resultados esperados, éstas deben modificarse, si no se afecta doblemente a la población; por ello se requiere de un monitoreo y una programación adecuada para evaluar periódicamente los resultados, sin que la población tenga que asumir costos económicos porque los altos funcionarios no asumen la responsabilidad política. En este sentido, están obligados al monitoreo permanente del ejercicio del presupuesto, de los resultados e impacto de una política pública, del seguimiento de los programas, de establecer indicadores para medir permanentemente el desempeño, del seguimiento a las observaciones y recomendaciones emitidas por el órgano fiscalizador, así como las acciones para evitar su recurrencia.

Tanto el control interno como externo deben revisar de forma crítica y detallada los procesos para detectar o investigar actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita. Se deben vigilar los procesos de atención al público, que es donde comúnmente se presentan actos de corrupción, pues con ello también se le combate.

Por ello, la rendición de cuentas públicas es fundamental, al grado en que puede establecerse de manera determinante que si las instituciones políticas no son capaces de llamar a cuentas a los gobernantes, de cualquier nivel, provoca la impunidad gubernamental. Y lo que se espera en las democracias es que al gobernante que viola las leyes se le sancione. A través del control externo se pueden determinar responsabilidades, e imponer multas y sanciones resarcitorias en los términos de la Ley. La Auditoría Superior de la Federación cuenta con facultades para determinar los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública federal o al patrimonio de los entes públicos federales, y para fincar directamente a los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes, así como promover ante las autoridades competentes el fincamiento de otras responsabilidades.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> La Auditoría Superior de la Federación cuenta con facultades para promover acciones; es decir, instrumentos jurídicos para formular, promover, presentar o fincar ante la entidad fiscalizada o autoridad competente cuando los resultados de las auditorías presentan observaciones, lo cual incluye recomendaciones, recomendaciones al desempeño, solicitudes de aclaración, promociones de intervención de la instancia de control, promociones del ejercicio de la facultad de comprobación fiscal, pliegos de observaciones, promociones de responsabilidad administrativa sancionatoria, fincamiento de responsabilidad resarcitoria, denuncias de hechos y de juicio político.



El sociólogo alemán Karl Popper define a la democracia en función de su capacidad institucional para llamar a cuentas a los gobernantes: “El nuevo problema ya no se formularía preguntando ¿quién debe gobernar?, sino mediante una pregunta muy diferente: ¿cómo debe estar constituido el Estado para que sea posible deshacerse de los malos gobernantes sin violencia y sin derramamiento de sangre?”.<sup>49</sup> No debemos olvidar que en diversos países el abuso del poder se ha frenado con revoluciones. Así pues, los mecanismos institucionales que permiten la rendición de cuentas son propios de la democracia y facilitan la remoción pacífica, e incluso la penalización de un mal gobernante con costos mínimos para la sociedad, y frenar a un gobernante para que no incurra en abuso de poder, todo lo cual eleva sustancialmente las probabilidades de que el interés particular de los gobernantes se concilie en algún grado importante con el bienestar colectivo de la sociedad, o al menos que no entren en franca contradicción, lo cual, como hemos mencionado, puede provocar una revolución o problemas de gobernabilidad.

Son muchos los mecanismos y procedimientos mediante los cuales una democracia estimula y favorece la rendición de cuentas. Justamente, las instituciones propias de la democracia tienen, entre sus funciones principales, las de coadyuvar coordinadamente a la rendición de cuentas de los gobernantes.

Desde una perspectiva distinta, John Ackerman ha propuesto entender a la rendición de cuentas como “un proceso proactivo por medio del cual los servidores públicos informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes”.<sup>50</sup> Este concepto supone que la rendición de cuentas es un proceso dinámico y pro-activo, donde los servidores públicos salen a la calle a dialogar con la sociedad y con otras instituciones, supone también entender que esos servidores están sujetos a sanciones tanto negativas (castigo) como positivas (recompensas).

Entonces, la rendición de cuentas implica necesariamente un marco jurídico y político, es decir, un marco de responsabilidad que se desprende a

---

<sup>49</sup> Popper, Karl, “Un repaso de mi teoría de la democracia”, *Vuelta*, n. 143, octubre de 1988, p. 11, disponible en: <https://www.letraslibres.com/vuelta/un-repaso-mi-teoria-la-democracia> (consultado el 12 de febrero de 2019).

<sup>50</sup> Ackerman, John, “Social accountability for the public sector, A Conceptual Discussion”, Washington D. C., The World Bank, 2005, en Ackerman, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, p. 16.

la vez de obligaciones legales y públicas, bajo un principio de legalidad y con un propósito democrático.

López Ayllón explica lo anterior a través de un modelo en donde A es el obligado a rendir cuentas, B la autoridad y C alguien que tiene derechos fundamentales políticos y sociales, que puede ejercer en cualquier momento y por todas las vías jurídicas y políticas que tiene a su alcance, y podría traducirse en ciudadanos que otorgan calidad a la democracia, pero que resulta imprescindible para impedir que la relación entre A y B se justifique solamente a sí misma, de espaldas al espacio público democrático o, peor aún, que se convierta en una trampa democrática autoritaria; así, afirma:

Es la presencia de los ciudadanos, en el espacio público, la que permite hacer del proceso de rendición de cuentas una operación que va más allá del mero control del poder político sobre sus subordinados y sus burocracias. Y al mismo tiempo, es la que ofrece elementos de juicio para impedir la multiplicación, la fragmentación y la desconexión del sentido de la norma y los procedimientos de control y evaluación de la gestión pública y de sus resultados.<sup>51</sup>

Existen diversas actividades de gobierno que se vigilan por los ciudadanos, y en diversas ocasiones cuestionan la legalidad y eficacia de las decisiones tomadas y la responsabilidad de los servidores públicos.

De todo lo anterior se desprende que la Auditoría Superior de la Federación con los resultados de la revisión a la cuenta de la hacienda pública federal, debe posicionarse como una institución objetiva e imparcial, técnicamente sólida y sujeta a un proceso de mejora continua; sus resultados serán fundamentales para que la Cámara de Diputados asigne el presupuesto de egresos y contribuirá al combate a la corrupción. De esta manera, se podrá generar confianza en la población respecto al manejo de los recursos y a fortalecer una cultura gubernamental de transparencia y rendición de cuentas

## VI. REFLEXIONES FINALES

1. Un eficaz control del gasto público contribuye a la lucha contra la impunidad, la corrupción y la ilegalidad, y propicia el uso racional y eficiente

<sup>51</sup> López Ayllón, Sergio, *La rendición de cuentas...*, cit., p. 7.

del gasto público. Con reglas claras y transparentes, y un eficaz cumplimiento de la ley, se impedirá la corrupción del poder y se asegurará el funcionamiento de la democracia, como una forma de vida que verdaderamente busque un continuo mejoramiento de las condiciones económicas, sociales y culturales de los mexicanos.

2. El control externo, al evaluar el ejercicio presupuestal y cumplimiento de programas, propicia que la gestión pública se enfoque a asignar, de la manera más eficaz, los recursos financieros, humanos y tecnológicos disponibles para llevar a cabo acciones de impacto social que representen una diferencia real en la vida de los ciudadanos. El gobierno debe apegarse a los principios de transparencia y rendición de cuentas para contar con una hacienda pública sana; si las autoridades que ejercen el presupuesto público se apegan a los principios de legalidad, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos y éstos se destinan a los fines para los que fueron autorizados, trae como consecuencia un mejor nivel de vida para los mexicanos.

3. El Poder Legislativo, al ejercer el control externo del ejercicio de los recursos públicos, debe impulsar la cultura de la legalidad, la transparencia, la honestidad y la eficiencia en el manejo de los recursos públicos.

4. Es necesario incluir a la eficacia, eficiencia y economía como elementos capitales en la gestión de los recursos públicos. Estos cambios deben hacerse patentes ante la percepción del ciudadano para que signifiquen un verdadero cambio cultural respecto a los asuntos públicos.

5. La rendición de cuentas es una tarea obligatoria; los funcionarios públicos deben entender y aceptar que tienen la obligación de rendir cuentas a la sociedad, porque manejan recursos que son de ella. En este sentido, es fundamental que la administración del Estado, en sus tres órdenes de gobierno, tengan mecanismos de fiscalización capaces de garantizar a los ciudadanos que los recursos públicos son utilizados conforme a su mandato y de manera honesta y transparente, y que los funcionarios públicos rindan cuentas, se hagan responsables de los actos ilícitos que cometan y estén, sin distinciones, sujetos a las sanciones que imponga la ley.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008.

- ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- CARBONELL, José y GUTIÉRREZ, Rodrigo, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. III.
- CASTILLO GARRIDO, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CRESPO, José Antonio, *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2001.
- Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), Perú, 1997.
- DEUTSCH, Karl, *Política y gobierno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- Estudio sobre las estrategias para enfrentar la corrupción, establecidas en las instituciones del sector público federal*, México, Cámara de Diputados, Auditoría Superior de la Federación, diciembre de 2016.
- FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996.
- GARITA ALONSO, Miguel Ángel, *Nuevo concepto de la división de poderes*, México, UNAM, 2003.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El tribunal de cuentas, el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, UNED-Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.
- HAMILTON, Alexander, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Secretaría de la Contraloría General de la Federación-Fondo de Cultura Económica, 1993.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y MERINO, Mauricio, *La rendición de cuentas en México, perspectivas y retos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica, *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 2a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Manual latinoamericano de auditoría profesional en el sector público*, Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, 1977.

- MORA-DONATTO, Cecilia, “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, enero de 2001.
- Normativa para la fiscalización superior, marco rector, normas y esquema operativo*, Cámara de Diputados, Auditoría Superior de la Federación, 2011, t. I.
- POPPER, Karl, “Un repaso de mi teoría de la democracia”, *Vuelta*, n. 143, octubre de 1988.
- SHEDLER, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2004.
- SOLARES, MENDIOLA, Manuel, *La Auditoría Superior de la Federación; antecedentes y perspectiva jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- UGALDE, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia: el caso de México*, México, Instituto Federal Electoral, 2002.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.
- VALADÉS, Diego, *El gobierno del gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- VANOSI, Jorge, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 1982.
- VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

C

*Fecha de recepción:* 10 de agosto de 2018.

*Fecha de aceptación:* 13 de febrero de 2019.



## Historia y memoria nacional en el discurso jurídico – el juicio de ADPF 186

### *History and National Memory in the Legal Discourse – The Judgment of ADPF 186*

Evandro PIZA DUARTE\*  
Guilherme SCOTTI\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo busca discutir sintéticamente los argumentos del debate sobre el sistema de cuotas para negros en la enseñanza universitaria, objeto de un intenso debate en la última década y de la decisión de la Suprema Corte Brasileña en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 186. Examina de qué modo la referida decisión judicial, al declarar la constitucionalidad del Plano de Metas de Inclusión Étnico-Racial, instituido por la Universidad de Brasilia, recurrió a argumentos sobre la historia brasileña y la identidad nacional. Examina cómo la igualdad y la diferencia fueron articuladas a la narrativa sobre el pasado de las instituciones jurídicas y sociales, y de qué modo la decisión pretendió revisar las presuposiciones de una identidad nacional homogeneizada cuyo paradigma fue construido, sobre todo, en la década de 1930. La decisión puede ser identificada como un nuevo momento de la retórica identitaria por aceptar la existencia de espacios de conflicto en la comunidad nacional que se expresan no

**ABSTRACT:** This article seeks to synthetically discuss the arguments of the debate on the system of quotas for blacks in university education, object of an intense debate in the last decade and of the decision of the Brazilian Supreme Court in the Action of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) n. 186. It examines how the judicial decision, in declaring the constitutionality of the Plan of Ethnic-Racial Inclusion Goals instituted by the University of Brasilia, resorted to arguments on Brazilian history and national identity. It examines how equality and difference were articulated to the narrative about the past of legal and social institutions, and how the decision sought to revise the presuppositions of a homogenized national identity whose paradigm was constructed in the 1930s, especially. The decision can be identified as a new moment of identity rhetoric to accept the existence of spaces of conflict in the national community that are expressed not only in demands for an equitable distribution of public resources destined for education, but

\* Doctor en derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia (UnB), Brasil; profesor de derecho penal, proceso penal y criminología en la Universidad de Brasilia (UnB); [evandropiza@gmail.com](mailto:evandropiza@gmail.com).

\*\* Doctor en derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia (UnB), Brasil; profesor de teoría y filosofía del derecho en la Universidad de Brasilia (UnB); [gscotti@unb.br](mailto:gscotti@unb.br).

sólo en demandas por una distribución equitativa de los recursos públicos destinados a la educación, sino también por la construcción de la memoria colectiva. La decisión propone el debate sobre el modo en que las instituciones jurídicas redimensionan las identidades nacionales, teniendo en vista las demandas por la tutela de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Historia, derechos fundamentales, pluralismo, racismo, cuotas raciales.

*also for the construction of collective memory. The decision proposes the debate on the way in which legal institutions resize national identities, taking into account demands for the protection of fundamental rights.*

**Keywords:** History, Fundamental rights, Pluralism, Racism, Racial Quotas.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El debate sobre la historia a partir de la judicialización de las cuotas raciales.* III. *La historia como problema en el constitucionalismo.* IV. *La Constitución brasileña de 1988 como punto de partida de narrativas plurales.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

En 2012, después de una década de efectuación de diversos sistemas de acción afirmativa en Brasil, el tema de la adecuación al principio de igualdad del sistema de vacantes reservadas en la enseñanza superior pública a partir de criterios “etno-raciales” (cuotas raciales) fue objeto de decisión por la Suprema Corte Brasileña en la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental número 186 (ADPF 186). La acción pretendía la declaración de inconstitucionalidad del Plan de Metas de Inclusión Etno-Racial, instituido por la Universidad de Brasilia (PMIERUnB), que creaba una reserva del 20% de los lugares para los candidatos negros (negros y mestizos) en el sistema de pruebas de selección, así como lugares especiales para los indios. La decisión de la Suprema Corte fue el punto extremo de un largo debate en los medios de comunicación masivos que tuvo como articuladores a los directivos de periodismo de la Red Globo, principal cadena mediática brasileña, contraria a la implantación del sistema. El juicio fue televisado y acompañado por los estudiosos del área jurídica y de las ciencias sociales. Los votos de la decisión fueron publicados, faltando sólo lo presentado por el ministro relator. Además de la arena mediática, la decisión fue precedida por la presentación al Congreso Nacional de manifiestos entregados por los opositores y por los defensores de la política de



cuotas raciales, por audiencias públicas organizadas por el Poder Legislativo Federal y por el propio STF en razón de la ADPF 186 y del Recurso Extraordinario 597.285/RS.<sup>1</sup>

En primer lugar, la decisión judicial, al declarar la constitucionalidad de las cuotas raciales, recurrió a argumentos sobre la historia brasileña y la identidad nacional, trazando un paralelo entre el modo de vincular el recurso a argumentos históricos presentes en aquellos dos manifiestos y las opciones hechas por el relator. En este contexto, la retórica sobre la igualdad entre blancos y negros en la historia es significativa, pues desde la década de 1930, se estableció en el discurso nacional el mito de Brasil como el país de la “democracia racial”. Según tal mito, habría una perfecta integración racial, promovida por el mestizaje, capaz de resolver y prevenir eventuales conflictos y desigualdad económica. La decisión comprendía el debate directo sobre esa integración y cómo se habría dado a lo largo de la historia.

¿Sería posible revisar, a partir del debate jurídico, las presuposiciones de una identidad nacional homogeneizada que ya era reconocida como verdadera desde las primeras formulaciones sobre la historia del Estado Imperial Brasileño?

Como se verá, la decisión marca un nuevo momento de la retórica identitaria por aceptar la existencia de espacios de conflicto en la comunidad nacional que se expresan no sólo en demandas por una distribución equitativa de los recursos públicos destinados a la educación, sino también por la valorización de la diferencia que en gran parte está vinculada a la disputa por la construcción de la memoria colectiva. Ella propone el debate sobre el modo cómo las instituciones jurídicas redimensionan las identidades nacionales delante de las demandas por la tutela de derechos fundamentales de grupos minoritarios.

Por tal razón, el texto propone, en su segunda parte, el debate sobre el modo cómo el nuevo constitucionalismo intenta resolver la paradoja del reconocimiento del carácter no objetivo e incompleto del conocimiento histórico y de su uso por el derecho. Aproxima el debate sobre la semejanza entre dos campos de conocimiento: conciencia de la teoría constitucional de que la narrativa jurídica es creativa, al enfrentarse con el problema de la realización de principios jurídicos en nuevos contextos históricos distanciados del momento en que el texto constitucional fue creado y la adopción del

<sup>1</sup> Las notas taquigráficas están disponibles en: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

paradigma narrativo en la historia, cuya emergencia está vinculada al escepticismo en la aplicación a la disciplina. Historia de la visión iluminista del progreso y de la neutralidad del observador defendida por el cientificismo.

En otras palabras: si la interpretación jurídica no es sólo declarativa, sino creativa, y si la comprensión de la historia tampoco es neutra, sino una narrativa situada, ¿tendría sentido buscar fundamentos para una decisión en la disciplina historia?

El problema adquiere relevancia en la medida en que los argumentos sobre la adecuación de las cuotas raciales al principio de igualdad proponen recursos fundamentales de justificación histórica, sociológica e identitaria; *a)* de un lado, la constitución de la desigualdad entre blancos y negros debe ser demostrada a partir de la historia, lo que es hecho con referencia al colonialismo y a la esclavitud; *b)* del otro lado, la demostración de relevancia de la desigualdad en el presente propone argumentos cuantitativos de orden sociológico, los cuales tienen premisas sobre la historia de las relaciones raciales; *c)* finalmente, la existencia de un grupo “negro” reivindicante es reconocida en las narrativas sobre la historia capaces de justificar una identidad.

En su tercera parte, el texto sugiere un espacio para pensar la historia como elemento de la retórica interpretativa en el nuevo orden constitucional, inaugurado en la Constitución Federal de 1988, responsable de acabar con la Dictadura Militar. Se argumenta que si los juristas brasileños necesitan recorrer la historia, no deberían hacerlo valiéndose de modelos que no consideran, contrario a los dispositivos constitucionales, la pluralidad de la historia ya afirmada como texto y como estructura fundacional del constitucionalismo. La pluralidad de la narrativa no sería sólo un problema de la disciplina historia, sino del texto constitucional concreto tematizado por la Corte, en el cual ya se encuentran caminos para una historia plural. Además, la pluralidad de la historia se vincula a la emergencia de nuevos sujetos constitucionales que proponen la re-elaboración de los límites del contenido de los principios de igualdad y de libertad, tema del debate constitucional.

## II. EL DEBATE SOBRE LA HISTORIA A PARTIR DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CUOTAS RACIALES

La ADPF 186 fue propuesta por el Partido “Demócrata”, situado a la derecha en la arena política brasileña, y atacó directamente las siguientes

ideas: a) que la pertenencia racial fuese un factor de desigualdad; b) que las personas fuesen reconocidas como negras. Sus actores defendieron: a) la particularidad de la historia brasileña en la constitución de las relaciones raciales; b) el carácter exclusivamente económico de la marginalización social en el país.

La decisión final que negó tales objeciones fue unánime, a pesar del disenso en relación con varias presuposiciones.<sup>2</sup> Recurrió a argumentos que ya estaban presentes a partir de la entrega de dos manifiestos, uno en contra y otro a favor de las “cuotas raciales”, a los representantes del Congreso Nacional. Por ser documentos concisos, permiten una síntesis de las diferentes interpretaciones de nuestro futuro constitucional, pues apelan a tradiciones constitucionales, concepciones de igualdad, diferencia e identidad nacional. Ilustran los argumentos presentes en luchas sociales más amplias, arraigos locales de poder y procesos difusos de conquista de derechos.

Inicialmente, los integrantes del manifiesto contra las cuotas restringían la interpretación de igualdad a igualdad formal, afirmando la imposibilidad de cualquier criterio además de la nota obtenida en exámenes de admisión. Esa equivocación política sería corregida. De ese modo, el manifiesto hace mención de la existencia de la desigualdad social como sinónimo de desigualdad económica, más allá de que no haga referencia a sus causas, y apunta la necesidad de políticas públicas generalistas. Si la crítica inicial era a toda forma diferenciada de acceso a la universidad pública, en las acciones jurídicas fueron excluidos los lugares destinados a la inclusión indígena, permaneciendo el enfoque en los destinados a los negros. El reconocimiento de desigualdades raciales y la constitución de mecanismos estatales para su aprehensión son denunciados como una amenaza contra la identidad nacional, promovida por instituciones extranjeras.

En el debate sobre la “exclusión social” subliman las referencias al pasado esclavista, y destacan que la igualdad dependería de “servicios públicos universales de calidad” y “políticas de empleo”, o sea, políticas públicas generalistas, y del esfuerzo común contra los “privilegios odiosos”. Aun así, no se indica cuáles serían tales privilegios (y cuáles sus causas y sus beneficiarios). En una lectura, por lo menos, obtusa de Martin Luther King, se impone la sobreposición de dos imágenes, la real y la ideal: o sea, el acto

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), *ADPF no 186, do Distrito Federal*, 2012, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> (acceso en 26 fev. 2019).

de enunciar que el principio de igualdad es discursivamente aproximado a la existencia de esa misma realidad social. Entonces, se permite hacer creer que la amenaza a la igualdad racial no parte de la realidad fáctica, sino de la norma que pretende combatir la desigualdad.

Si, de un lado, se hace la concesión a la desigualdad económica como respuesta al argumento sobre la existencia de desigualdades raciales, de otro, los brasileños no son retratados sólo como individuos abstractos, sino como “ciudadanos de todos los tonos de piel”, o sea, es una nación que no distribuye privilegios odiosos en razón de la raza. El no reconocimiento de esa “virtud nacional” sería un error, puesto que

Si fuesen aprobados, la nación brasileña pasará a definir los derechos de las personas con base en el tono de su piel, por la “raza”. Así pues: Políticas dirigidas a grupos “raciales” apuntalados en nombre de la justicia social, no eliminan el racismo y pueden incluso propiciar el efecto contrario, respaldando legalmente al concepto de raza y posibilitando el fortalecimiento del conflicto y la intolerancia.

Por lo tanto, las políticas específicas serían capaces de producir dicho fortalecimiento del conflicto y la intolerancia, a pesar de la inexistencia de problemas raciales. “La invención de razas oficiales tiene todo para asemejarse a ese peligroso tipo de racismo, como lo demuestran ejemplos históricos contemporáneos. Y todavía bloquear el camino para la resolución real de los problemas de desigualdad”. O sea, el manifiesto insiste en identificar cuotas raciales, identidad racial y miedo.

La noción de miedo (de la ruptura, del desorden, de la emergencia de la raza) se vincula a la idea de comunidad nacional. Presupone la existencia de una comunidad imaginada, abstraída de las contradicciones históricas. La ausencia de acción del Estado en la promoción de la igualdad racial sería una “virtud nacional”, capaz de construir relaciones sociales menos problemáticas a las demandas de los negros a causa de un mal. El papel del Estado no sería el de atenderlas, sino de negar tales reivindicaciones con base en el valor de la existencia de la igualdad formal, apelando al “esfuerzo común” de los individuos de todos los “tonos de piel”. Entonces, si la ideología de la democracia racial sirvió a los regímenes autoritarios, nuevamente debería servir para negar la existencia de reivindicaciones legítimas, por medio del ejercicio de los procedimientos democráticos de grupos sociales colocados en posición subalterna en el mito de la nacionalidad. Finalmente, se trata de

una combinación contradictoria entre el nacionalismo brasileño y la ideología de la “ceguera para con las identidades” del escenario político americano.

Por su parte, los firmantes del *Manifiesto en favor de las cuotas raciales* reconocen la existencia de una desigualdad *de facto* (desigualdad racial) que tendría su origen en las acciones estatales:

La desigualdad racial en Brasil tiene fuertes raíces históricas y esta realidad no será alterada significativamente sin la aplicación de políticas públicas específicas. La Constitución de 1891 facilitó la reproducción del racismo al decretar una igualdad puramente formal entre todos los ciudadanos. La población negra acababa de ser colocada en una situación de completa exclusión en términos de acceso a la tierra, a la instrucción y al mercado de trabajo para competir con los blancos de frente a una nueva realidad económica que se instalaba en el país. Mientras se decía que todos eran iguales en la letra de la ley, varias políticas de incentivo y apoyo diferenciado, que hoy pueden ser leídas como acciones afirmativas, fueron aplicadas para estimular la inmigración de europeos para Brasil.<sup>3</sup>

Esa desigualdad podría ser aprendida por los datos estadísticos oficiales disponibles en las últimas décadas. Entonces, las cuotas raciales son concebidas como instrumentos para atacar esa desigualdad real, no natural, porque nació de las políticas públicas del periodo post-abolición.

... el Estatuto recupera una medida de igualdad que debería haber sido incluida en la Constitución de 1891 en el momento inicial de la construcción de la República en Brasil. Fue su ausencia que profundizó la fosa de la desigualdad racial y de la impunidad del racismo contra la población negra a lo largo de todo el Siglo XX... Mientras el estatuto no sea aprobado, continuaremos reproduciendo el ciclo de desigualdad racial profunda que ha sido una marca de nuestra historia republicana hasta nuestros días.<sup>4</sup>

Los firmantes de este *Manifiesto* también producen una imagen de sus opositores en que se critica la incapacidad de las políticas generalistas y la necesidad de una postura pro-activa por parte del Estado en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> *Manifiesto em Favor das Cotas*, disponible en: <https://www.geledes.org.br/confirma-integra-do-manifesto-a-favor-das-cotas/> (acceso en 26 fev. 2019).

<sup>4</sup> *Idem*.

...los firmantes del documento no presentan ninguna propuesta alternativa concreta de inclusión racial en Brasil, solo reiterando que somos todos iguales delante de la ley y que es preciso mejorar los servicios públicos hasta que atiendan por igual a todos los segmentos de la sociedad. Esa declaración de principios universalistas, hecha por miembros de la elite de una sociedad multiétnica y multirracial con una historia reciente de esclavitud y genocidio, parece una redición, en el siglo XXI, del inmovilismo subyacente a la Constitución de la República de 1891: minimizó, con un toque de magia, las desigualdades causadas por siglos de exclusión y racismo, y jugó para un futuro incierto el día en que negros e indios podrán tener acceso equitativo a la educación, a las riquezas, a los bienes y a los servicios acumulados por el Estado Brasileño. Esa postergación consciente no es convincente.<sup>5</sup>

Por lo tanto, la oposición entre los firmantes de los manifiestos (pro y contra) está en el hecho de que aquéllos extraen de la igualdad formal la tesis de la ceguera en relación con la raza y la interpretan como ceguera en relación con la existencia del racismo. Éstos, al contrario, a partir del reconocimiento de una trayectoria histórica de datos sociológicos, afirman la necesidad de ajustes en las políticas públicas generalistas. Para los favorables a las cuotas raciales, el momento presente es una oportunidad de reescribir la historia republicana, sin que se tenga que apelar al mito de la nacionalidad. Luego, sugieren una separación entre las interpretaciones de la historia de la nación, tradicionalmente canceladas por la maquinaria ideológica del Estado, y la historia jurídico-constitucional.

Si el tema de la diversidad estructura de modo “positivo” el mito de la nacionalidad, es reinterpretada de modo distinto en esas dos alternativas. En el primer caso, es defendida como una manifestación individual de la esfera privada o como representación de la imagen de una colectividad pacificada. A su vez, la concesión de derechos recurrentes del reconocimiento de voces que denuncian desventajas en razón del racismo, sería una forma de fijación en el Estado de identidades raciales, violadora de la diversidad. Por lo tanto, como se percibe, la diversidad hegemónica se construye sobre las ruinas de la negación de históricas pluralidades de la retórica nacionalista. La reducción de la diversidad a la esfera de la autonomía privada tiende a garantizar la dictadura de los patrones incentivados por los agentes privados o aquellos patrones de diversidad de un grupo que, por la tradición no cuestionada, pasan a ser considerados como patrones comunes adoptados por el propio

---

<sup>5</sup> *Idem.*

Estado. A su vez, el no reconocimiento de las diversidades colectivas o de la pluralidad de las tradiciones culturales impone una profunda desconsideración a la subjetividad de individuos constituyéndose en un instrumento de producción de desigualdades sociales. Eso porque se aniquila la posibilidad de una esfera pública plural donde los individuos, por ser identificados socialmente como negros, denuncian las desventajas para el disfrute de derechos provenientes de prácticas de des-respeto públicas y privadas que son capaces de limitar sus propios proyectos de vida.

### III. LA HISTORIA COMO PROBLEMA EN EL CONSTITUCIONALISMO

¿Cómo fundamentar la elección jurídica entre diferentes alternativas históricas?

Inicialmente se constata que el discurso anticuotas retoma una noción acrítica de la historia, pues, por diversas estrategias, busca excluir la problematización de la historia de Brasil en relación con los negros. La negación de la historia se combina a la idea de que la igualdad racial solamente puede ser alcanzada en una sociedad en la que todos los demás problemas sociales fuesen resueltos, o sea, el advenimiento de la sociedad perfecta expurgaría la posibilidad de las formas de discriminación. Las reivindicaciones por cambios son proyectadas para el juicio final, tal como ocurría en las justificativas religiosas de la esclavitud. O sea, la suspensión de la historia provocada por el discurso nacional es compensada por la proyección de una historia escatológica del mundo “por venir” perfecto. Luego, el pluralismo del que habla el discurso anticuotas es un pluralismo vinculado al pasado y al futuro, no al presente. En fin, es la historia como forma de expurgar el presente y la imposibilidad de reconstruir el futuro. Los negros son “extranjeros” de la historia nacional que no los reconoce como personajes, sino como materia sobre la cual se desarrolla la historia. Y por esa misma razón, son extranjeros del sistema de derechos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Según Nicos Poulantzas, la idea de nación no haría parte solamente de la historia de las mentalidades, no sería el resultado de los cambios en las formas de representación colectiva. Al contrario, los elementos constitutivos de la nación (la unidad económica, el territorio, la tradición) serían modificados por la acción directa del Estado en la organización material del espacio social y del tiempo, constituyéndose tales procedimientos en una “red de dominación y poder”. Poulantzas, Nicos, *O Estado, o poder, o socialismo*, Rio de Janeiro, Graal, 1981, pp. 112 y 113.



El recurso a la historia en la comprensión de fenómenos de larga duración en la práctica jurídica propone nuevos problemas. Para algunos, bastaría invocar el discurso de autoridad para optar por un modelo de comprensión disponible en el menú de la historia. O sea, la solución podría ser recurrir al modelo de las grandes narrativas y del evolucionismo de la historia del Estado-nación. Todavía, como se vio, en los temas constitucionales, el intérprete se confronta justamente con argumentos cuyo centro es la crítica de la narrativa histórica dominante. El recurso de autoridad, por lo tanto, sólo podría producir una respuesta negativa a las nuevas demandas.

A propósito, Ronald Dworkin defiende la toma de conciencia, en lugar de la sublimación, por parte de los teóricos constitucionales, en cuanto al carácter creativo de la narrativa jurídica, sobre todo cuando se confronta con el problema de la realización de principios jurídicos en contextos históricos distanciados del momento en que el texto constitucional fue creado. De este modo, la narrativa jurídico-constitucional encontraría semejanza con prácticas existentes en la literatura, especialmente de un género literario artificial denominado “romance en cadena”, capaz de explicitar la práctica interpretativa propuesta por el autor para “solucionar” el distanciamiento temporal y las presiones advenidas de nuevas demandas sociales.<sup>7</sup> Véase:

En tal proyecto, un grupo de romancistas escribe un romance en serie, cada romancista de la cadena interpreta los capítulos que recibió para escribir un nuevo capítulo, que es entonces agregado a lo que recibe el romancista siguiente, y así sucesivamente. Cada uno debe escribir su capítulo de modo tal para crear de la mejor manera posible el romance en colaboración, y la complejidad de esa tarea reproduce la complejidad de decidir un caso difícil de derecho como identidad. El proyecto literario ficticio es fantástico, más no irreconocible.<sup>8</sup>

La comparación del autor está lejos de ser “literaria”, pues la cuestión de la interpretación está también al cerner del debate sobre la posibilidad de reconocimiento de la historia. El romance en cadena, al cual se compara la práctica jurídica en su hacer colectivo y segmentado, integra una nueva dimensión del tiempo, pero, en el mismo paso, se distancia de la historia fundada en la percepción del sujeto del conocimiento que debe partir de una coherencia lineal de progreso evolutivo que hace coincidir la histo-

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, *O Império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 275.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 276.

ria con las fases de desenvolvimiento humano individual. La historia no es la coherencia con los modelos históricos oficiales, pero es compuesta de posibilidades de re-leer el pasado (¿una intervención sobre el pasado?) en la medida en que lo que se busca es la coherencia de principios, el derecho como integridad.<sup>9</sup> En palabras de Rosenfeld:

Para establecer la identidad constitucional a través de los tiempos, es necesario fabricar la tesis de un entrelazamiento del pasado de los constituyentes con el propio presente y aun con el futuro de las generaciones venideras. El problema, sin embargo, es que tanto el pasado como el futuro son inciertos y abiertos a posibilidades (de reconstrucción), convirtiéndose así inmensamente compleja la tarea de buscarse revelar líneas de continuidad.<sup>10</sup>

La observación de la historia en el derecho es direccionada, pretende solucionar, en el presente, problemas que casi siempre tienen larga duración, pero se presentan con nuevas dimensiones en el caso debatido: “Pretende justificar lo que ellos hicieron (a veces incluyendo, como veremos, lo que dijeron) en una historia general digna de ser contada aquí, una historia que trae consigo una afirmación compleja: la práctica actual puede ser organizada y justificada por principios suficientemente atrayentes para ofrecer un futuro honrado”.<sup>11</sup>

A su vez, la disciplina historia no puede pre escribir lo que debería haber sido el pasado y ni siquiera puede orientar el sentido del futuro. El derecho, por el contrario, integra una dimensión temporal comúnmente reconocida como el “deber ser”, mas esa integración se proyecta para algo distinto de aquello que el hacer histórico manipula, el devenir. El derecho no sólo estabiliza expectativas sobre el futuro, sino que argumenta sobre la “espe-

<sup>9</sup> La comparación entre la historia y el derecho es hecha de forma explícita en los siguientes términos: “La historia es importante porque ese sistema de principios debe justificar tanto el *estatus* cuanto el contenido de esas decisiones anteriores”. *Ibidem*, pp. 273 y 274.

<sup>10</sup> “Aun cuando la efectiva, la real, intención de los constituyentes fuese plena y claramente accesible, permanecería en discusión cuanto y en qué medida y extensión ella debería ser relevante o vinculante para una determinada generación subsecuente. Y dado que la intención de los constituyentes siempre podrá ser aprehendida en diversos niveles de abstracción, siempre habrá la posibilidad de que la identidad constitucional sea reinterpretada y reconstruida”. Rosenfeld, Michel, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 274.

ranza”. De ahí que “el optimismo del derecho es, en ese sentido, conceptual; las declaraciones del derecho son permanentemente constructivas en virtud de su propia naturaleza”.<sup>12</sup> Debe asumir una responsabilidad anterior, la de hablar por los muertos. Muertos no sólo en sentido físico, sino ausentes de las narrativas oficiales que construyen la memoria de un pueblo. Eso porque el lugar ocupado por el pueblo constituyente es constituido por exclusiones. El derecho como integridad cuestiona las narrativas oficiales cuanto su posibilidad de fundamentar decisiones cuando tales narrativas vienen de la violación a la igualdad y a la libertad.

En conclusión, la opción del intérprete para rechazar una historia tradicional (nacional y estatal) y reconocer una historia constituida por el pluralismo de narrativas se apoya en argumentos diversos.<sup>13</sup>

Es imperativo de la condición cognitiva humana, relativa a la interpretación y comprensión, que impide el recurso de las nociones de sujeto de conocimiento y de conocimiento objetivo. Luego entonces, es imposible defender que la narrativa oficial sea la verdad científica. En el límite, de acuerdo a Gadamer, para comprender más es necesario ser capaz de “afiliarse”, o sea, disponerse a una posición de diálogo, lo que provoca adoptar un punto de partida “a priori” de la pluralidad del no conocido.<sup>14</sup>

Es un imperativo emanado del debate sobre el estatuto epistemológico de la historia que demuestra la insustentabilidad de nociones estructurantes de la historia tradicional (progreso, objetividad y neutralidad). Al dársele sentido a miles de acontecimientos, es indispensable la certeza de que los conceptos utilizados en su construcción fueron cuestionados. Las “unidades conceptuales” deben ser problematizadas. El concepto de identidad nacional es profundamente cuestionable.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, São Paulo, Alfa Omega, 1997.

<sup>14</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Hermenéutica em retrospectiva - a virada hermenéutica*, Rio de Janeiro, Vozes, 2007. Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e método 2 - complementos e índices*, Rio de Janeiro, Vozes, 2004.

<sup>15</sup> Paul Veyne, al inventariar el debate sobre los límites entre historia y sociología, afirma que la crítica al modelo positivista de historia condujo el descubrimiento de que “los hechos no existen”, esto es, no existen en estado aislado, excepto por abstracción, concretamente, existen solamente bajo el concepto que los informa”. Desde ese punto de vista, “la Historia existe solamente en relación a las cuestiones que nosotros le formulamos. Materialmente, la historia es escrita con hechos; formalmente, con una problemática de conceptos”. Veyne, Paul, *O Inventário das diferenças*, São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 6.

Es imperativo complementar sobre el punto de partida de las constantes. El intérprete debe optar entre narrar la construcción del Estado-nación, entidad circunstanciada en tiempo o espacio, o en usar conceptos vinculados a la narrativa de construcción del Estado democrático de derecho. Existe un hiato entre ver la historia a partir de conceptos como “integración nacional”, o a partir de la realización de derechos fundamentales, de la posibilidad de integración de sujetos al sistema de derechos. Solamente narrativas plurales pueden presentar los diversos procesos de constitución de los derechos en sociedades en las cuales “las limitaciones que se oponen a una plena realización del individuo y de la vida social están por todas partes”.<sup>16</sup>

Finalmente, la estructura del Estado democrático de derecho apunta para una tensión constante entre igualdad y libertad, presente en la reconstrucción del pasado en el presente, lo que solamente puede ser realizado a partir de narrativas alternativas que, al reconocer derechos, lanzan un nuevo observar sobre los límites de ese pasado. Adoptar una narrativa tradicional sobre la constitución de derechos en Brasil significa excluir sujetos de derechos, desconociendo el valor de la igualdad, y suprimir sus voces de la discusión, violando así la libertad.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988 COMO PUNTO DE PARTIDA DE NARRATIVAS PLURALES

La perspectiva presentada, fundamentada en la necesidad de la reconsideración de narrativas vencidas en el pasado para que se pueda realizar el ideal de derecho como integridad, nace *de facto* de la interpretación dada por Dworkin a las prácticas interpretativas de la Suprema Corte Americana, las cuales son dependientes de una Constitución que, comparativamente, es textualmente más sintética e históricamente más datada de lo que la Constitución brasileña es. Es capaz de demostrar que tal consideración es estructurante del constitucionalismo. Cabe, por lo tanto, considerar un argumento complementador, pero localizado: ¿el análisis de los dispositivos (texto) de la Constitución de 1988 revelaría otra dimensión de abertura para las historias no hegemónicas?

En el amplio espectro de normas constitucionales que se refieren al debate sobre la denominada cuestión racial presentes en la Constitución,

<sup>16</sup> Santos, Milton, *O Espaço do cidadão*, São Paulo, Studio Nobel, 2002, p. 30.

no discriminación, afirmación de diversidades y combate a la desigualdad social resumen el cerner del tratamiento dado al tema “raza” en el ámbito constitucional. Seguramente, éste transita en el espacio conceptual del derecho a la igualdad, pero supera las definiciones construidas en los modelos liberal e intervencionista del Estado. Se trata de una igualdad tensionada por la democratización de una sociedad periférica marcada por el trauma de la esclavitud y por la heterogeneidad de las poblaciones.

De hecho, a pesar de los limitados análisis conservadores, el texto trajo innovaciones a la historia, admitiendo, en varios pasajes, los defectos de la esclavitud y del colonialismo. Fue en el orden constitucional de la cultura, además del título dedicado a los indígenas, que la pluralidad de las formas de vida alcanzó mayor densidad constitucional. Aquí se revela el carácter de tensión entre el pluralismo como expresión de grupos y el pluralismo como valor a ser defendido por el Estado. El artículo 215 afirma que el “Estado garantizara a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de cultura nacional”, reconociendo la existencia de “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas”, de “grupos participantes del proceso civilizatorio nacional”, de “diferentes segmentos étnicos nacionales”. El artículo 216 dispone que “constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos conformadores de la sociedad brasileña”, determinando en su párrafo quinto que “quedan derribados todos los documentos y los sitios que retienen las reminiscencias históricas de los antiguos quilombos”. Luego reconoce una trayectoria distinta al contexto europeo, respecto a la realidad social y normativa.

Todavía, el texto sugiere que tal diversidad haya sido demarcada por la exclusión y convertida en desigualdad.<sup>17</sup> De ahí que el Estado, para garantizar a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, necesita proteger manifestaciones culturales de grupos específicos, enunciados conforme a una historia de exclusión (populares, indígenas y afro-brasileñas). Para eso, sugiere marcos simbólicos

<sup>17</sup> “Lo que necesitamos saber es lo siguiente: ¿existe o no existe desigualdad socialmente considerada? Abran los datos, existe. Listo. ¿Cómo tratarlas? Cuestión Política. ¿Debemos tratarlas o no? Respuesta: Si, debemos enfrentar el tema”. Jobim, Nelson, *A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira*, conferencia con el ministro Nelson Jobim, presidente del STF, realizada en la Câmara Municipal de São Paulo el 20 de agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

para diferentes segmentos étnicos nacionales, valorización de la identidad étnica regional y de un patrimonio cultural brasileño. Éste no es definido como una identidad brasileña homogénea, al contrario, en los términos del artículo 216:

Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos conformadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresión, II - los modos de crear, hacer y vivir, III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas...

Luego entonces, el actuar del Estado no debe garantizar sólo la libertad de expresión (modelo liberal) o el acceso a formas de una cultura oficial (modelo intervencionista), sino que debe pugnar por el pluralismo de las instituciones integrantes de la promoción de la cultura y la valorización de las matrices culturales no dominantes. El orden constitucional de la cultura integra conceptualmente la complejidad y la especificidad de una sociedad marcada por diferencias, al mismo tiempo que busca neutralizar su conversión en recensores de “marcas” de inferioridad. Dos expresiones, en ese contexto, son decisivas: “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y, las de otros grupos participantes del proceso civilizador nacional” y “la valorización de la diversidad étnica y regional”. La posibilidad de nominación siempre fue negada por un constitucionalismo que, marcado por el racismo, gustaría de ver borrada de nuestra historia la presencia negra. La desaparición se daba por la eliminación física o la eliminación simbólica. A su vez, la expresión “procesos civilizadores” debe su origen a la influencia de Darcy Ribeiro, representando una tentativa de describir las transformaciones de las sociedades humanas, a partir de sus elementos constitutivos y del impacto de fuerzas exógenas.<sup>18</sup> Era una respuesta, bajo la perspectiva relativista, al fracaso, en términos de hegemonía, de las culturas de los pueblos conquistados, y tenía un blanco directo, la concepción evolucionista sobre la sobrevivencia a largo plazo de los patrones culturales. Según el autor, fueron las distinciones tecnológicas, inclusive represivas, como las técnicas bélicas,

<sup>18</sup> Ribeiro, Darcy, *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural*, Petrópolis, Vozes, 1987.

que habrían garantizado la supremacía de determinadas civilizaciones, independientemente de cualquier patrón cualitativo. En otras palabras, era una insurgencia contra la naturalización de la supresión de las diferencias presentes en el concepto de civilización. Otro elemento importante del texto es la expresión “formas de vida”. Si la idea de preservar presupone la de conocer, una lectura conservadora de esa dinámica tenderá a reconstruir una memoria estática de lo nacional, en vez de considerarla como una memoria viva de las resistencias populares y de la dinámica propia de una Constitución ciudadana. Para esa lectura estática, el lugar de la memoria son los repositorios estatales creados para el registro de las hazañas del Imperio Portugués, guardados “literalmente” en la Torre del Tombo. Al contrario, para una lectura procedimental, vinculada a la construcción de un espacio público en sociedades periféricas, es la ampliación de la memoria constitucional de las luchas sociales por la consolidación de derechos de grupos excluidos de las esferas de poder.

A pesar de la reglamentación de la cuestión indígena, se inserta de un modo más destacado en un proceso de reconocimiento de derechos negados; el caso de las poblaciones negras no es menos significativo para reflexionar sobre la complejidad de las demandas que el recurso a las nuevas memorias constitucionales trajo.<sup>19</sup>

En primer lugar, la imposibilidad de proscribir el racismo —porque además de ser una pauta constitucional criminalizadora de determinados comportamientos— se vincula directamente a la memoria constitucional. El hecho de que no se puede proscribir no es sólo lo que puede ser castigado en cualquier tiempo, en cualquier futuro, sino también lo que no puede ser olvidado. No se puede proscribir una memoria social que re-actualiza las experiencias del pasado para reconocer que se tiene un compromiso inevitable contra la discriminación racial. Luego, solamente es justificable delante de la gravedad y del impacto social negativo que, por repercusión, tales acciones pueden provocar. La imprescriptibilidad induce la comprensión de la intencionalidad de activar formas estatales de preservación de grupos sociales amenazados en su historia. Algo que se pretenda ver sin proscripción es algo que puede en los hechos sobrevivir, como espacio de intervención simbólica, a la actividad humana cotidiana, inclusive del le-

---

<sup>19</sup> Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 822.



gislador común en la práctica política ordinaria. A su vez, la imposibilidad de proscripción del racismo retoma la idea de esclavitud como un crimen contra la humanidad, tema recurrente de la retórica abolicionista.<sup>20</sup>

En segundo lugar, el artículo 68 del ADCT dispone que “A los remanentes de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras es reconocida la propiedad definitiva, debiendo al Estado emitirles los títulos respectivos”. Tal dispositivo se vincula al artículo 216, párrafo quinto, según el cual “Quedan abolidos todos los documentos y los sitios detentores de reminiscencias históricas de los antiguos quilombos”. Además del debate jurídico sobre la titularidad del poder de definición de lo que sea quilombo, es innegable que las normas se refieran a la imagen de resistencia negra, como símbolo de la libertad o como lucha por la tierra, y en este caso, por la sobrevivencia material en la redefinición de un espacio físico por medio de tradiciones. Los quilombos siempre fueron negados, inclusive por la historiografía que incorporó al negro a la imagen del nacional, porque ellos representaban al mismo tiempo la continuidad y permanencia de una referencia, en el presente, y proyección a futuro de una identificación con grupos negros. La abolición arriba referida es el único caso determinado por la Constitución.<sup>21</sup> Se demuestra la urgencia, en la medida en que no se puede esperar la valoración o no de los quilombos por las instituciones, e imperatividad, en la medida en que se substraen de los órganos administrativos y legislativos la posibilidad de un juicio sobre la importancia de los quilombos en la formación del patrimonio cultural brasileño. El dispositivo se sitúa en el “Acto de las disposiciones constitucionales transitorias” que hiciera un acierto de cuentas con las prácticas autoritarias de momentos de nuestra trayectoria política. Asume, en ese contexto, el carácter de indemnización, de reparación histórica. De forma concreta, no es el duque de Caxias que es rememorado en términos normativos constitucionales, sino el quilombo de Manuel del Congo contra el cual el comandante Luis Alves de Lima y

<sup>20</sup> Sobre el carácter ideológico de la discriminación, Andrade, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 1997. Supremo Tribunal Federal (STF), *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus no. 82.424/RS*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2004.

<sup>21</sup> Sobre la abolición, Silva, José Afonso da, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros, 2001.

Silva emprendió violenta represión en 1839.<sup>22</sup> De ese modo, el constituyente originario inscribió la historia de las resistencias negras de los quilombos en la memoria constitucional, vale decir, la lucha de los quilombos es un elemento de comprensión de la historia dada por la interpretación jurídica. La historia de la esclavitud, desde el punto de vista constitucional, no es la historia de una lenta acomodación de los negros a una condición de subalternidad o de formación de una nueva raza mística, sino una historia que debe considerar las luchas por la libertad e igualdad negadas por la historia oficial.

En tercer lugar, hay cuestiones culturales que representan aciertos de cuentas con el pasado, teniendo en vista las acciones negativas del Estado brasileño. En el capítulo constitucional dedicado al deporte está el fomento de prácticas desportivas “formales” e “informales” como derecho de cada uno (artículo 217) y la “protección y el incentivo a las manifestaciones deportivas de creación nacional” (inciso IV). El acceso de cualquier individuo al deporte exige que se reconozca la importancia de formas deportivas que son creadas por determinados grupos sociales. Se rompe con una trayectoria de represión a las manifestaciones de creación nacional, específicamente la capoeira que, en el periodo republicano, llegó a ser objeto de criminalización e identificada con la desviación.<sup>23</sup> De manera semejante, “la libertad de conciencia y de creencia se libra del fantasma del «orden público» y de las «buenas costumbres» de las constituciones anteriores”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Grinberg, Keila *et al.*, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, en Grinberg, Keila y Salles, Ricardo (orgs.), *O Brasil imperial vol. I (1808-1831)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009, pp. 255 y 256.

<sup>23</sup> Sobre la represión al capoeira: Duarte, Evandro C. Piza, *Criminologia & racismo - introdução à criminologia brasileira*, Curitiba, Juruá, 2002; Frigerio, Alejandro, “Capoeira: da arte negra a esporte branco”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, jun. 1989, pp. 85-98; Soares, Carlos Eugênio Libano, *A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*, Campinas, Unicamp, 2002.

<sup>24</sup> Silva, Jorge da, *Direitos civis e relações raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Luam, 1994, p. 132. Sobre la represión a las religiones de matriz africana, Augras, Monique, “A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de «motivos nacionais»”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, fev. 1993, pp. 90-103; Carneiro, Edson de Souza, “Os Cultos de origem africana no Brasil”, en Carneiro, Edson de Souza, *Candomblés da Bahia*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Conquista, 1961; Carneiro, Sueli y Cury, Cristiane Abdon, “O candomblé”, *Terceiro congresso de cultura negra das Américas*, São Paulo, 1982, pp. 176-191; Rodrigues, Ana Maria, *Samba negro, espoliação branca*, São Paulo, HUCITEC, 1984.

La paradoja aparente es que la libertad religiosa para las religiones de matrices africanas e indígenas solamente encontró posibilidad de realización plena en la medida en que la Constitución les atribuyó un valor positivo específico como patrimonio cultural.

En cuarto lugar, el artículo 242, en su párrafo primero, dispone que “La enseñanza de la Historia de Brasil llevará en cuenta las contribuciones de las diferentes culturas y etnias para la formación del pueblo brasileño”. El dispositivo se opone, en nombre del pluralismo, al monopolio de las instituciones reproductoras de la historia por el Estado nacional. La regla indica una ruptura epistemológica que es esencialmente una ruptura de prácticas institucionales (tales como la selección, entrenamiento de personal, nuevas líneas de financiamiento e investigaciones). La referencia a una historia plural solamente puede emerger de un espacio en que la ausencia de pluralidad no sea una constante.<sup>25</sup> Las expresiones “Brasil” y “pueblo brasileño” sugieren que no se debe interpretar el dispositivo para concebir las contribuciones de las diferentes culturas y etnias, no constantes en las narrativas oficiales, como una particularidad (histórica secundaria) cuya construcción sería tarea específica de determinados grupos, o hasta de una actividad voluntaria dentro de las instituciones de enseñanza e investigación. Al contrario, la historia del pueblo de Brasil es plural, dependiendo de su efectuación de reconocimiento de la desigualdad producida por la negación de determinadas narrativas. Historias de las diferentes culturas y etnias solamente tienen razón de ser cuando se reconoce un doble espacio de pluralismo: aquel que constituye al pueblo y aquel que es negado en la homogeneidad de la historia producida en las instituciones. El pluralismo corresponde a un doble movimiento. Eso ocurre porque historias dominantes concebidas como universales son narrativas universalizantes de particularismos dominantes, o sea, la historia dominante es la historia de grupos que alcanzaron poder institucional suficiente para construir su narrativa. Luego, el pluralismo corresponde a un modelo estructural para la narrativa, pero sobre todo, al reconocimiento de la existencia de narrativas que fueron descolocadas para el silencio o para la imagen del particularismo y que deben ser reinsertadas desde el punto de vista institucional.

Finalmente, el pluralismo, como principio en la Constitución, no se sitúa fuera de una referencia al contexto plural donde podría ser reelaborado. Indica una concepción procedimental que reconstruye una memoria cons-

<sup>25</sup> Carvalho, José Jorge, *Inclusão étnica racial no Brasil*, São Paulo, Attar, 2006.

tucional de igualdad y de libertad negadas. Establece un ámbito mínimo de normatividad capaz de acoplar el texto a las demandas políticas que no eran satisfechas por los mecanismos tradicionales de funcionamiento de la política, tales como los partidos políticos u otros sindicatos, abriendo espacio para una política de reconocimiento, sobre todo a partir de las reglas diferentes al orden constitucional de la cultura.

Entretanto, la decisión sobre la constitucionalidad de las cuotas raciales —sobre todo porque en este punto podría tener repercusión en futuros debates constitucionales sobre la regulación de la propiedad privada y de las tierras de los quilombos— evitó pasar en revista nuestra historia de discriminaciones y potencializar los dispositivos expresos sobre la cultura. Al revés, hizo referencias genéricas a la esclavitud y sus efectos inerciales sobre la población negra, prefiriendo centrarse en las desigualdades sociales del presente. Por lo tanto, más allá de que se afirme la vialidad de la reivindicación, ellas fueron, tendencialmente, desacopladas de la narrativa histórica que construyó una identidad a partir de narrativas de resistencias y luchas.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cuáles serían las posibles contribuciones del nuevo constitucionalismo para el debate sobre el reconocimiento de derechos de grupos sociales excluidos de la memoria oficial a partir del debate constitucional sobre las cuotas raciales?

Según Habermas, son conocidas dos alternativas para la cohesión entre grupos humanos que encontraron otrora cohesión y sentido de pertenencia en las sociedades estamentales: una solución en la esfera de la cultura o una solución en la esfera de las instituciones de una homogeneidad nacional como condición necesaria del poder democrático.<sup>26</sup> Todavía, los procedimientos ofrecen, a partir del reconocimiento de nuevos sujetos constitucionales, solución para la lectura de nuevos contenidos que no hacen parte del rol de derechos comúnmente encontrados en las Constituciones occidentales. Sugiere la posibilidad de soluciones temporales y siempre pasables de reconstrucciones para la tensión entre universalismo y particularismo vivenciado por las sociedades periféricas. Los “nuevos” derechos son al mismo tiempo universales y locales, pues si es el modelo constitucional de derecho

<sup>26</sup> Habermas, Jürgen, *A Inclusão do outro*, São Paulo, Loyola, 2002, p. 152.

como integridad —como igual respeto y consideración, la tensión entre libertad e igualdad— lo que le da dinamismo, es la experiencia fundante de la modernidad en su contenido negativo —la fractura constitutiva de ese ambiente social local, pero en relación con formas sociales universalizantes— el elemento de aproximación entre vida social y sistema jurídico. En otras palabras, si fue la pretensión de universalidad la que permitió ocultar las diferencias y reproducirlas como formas de desigualdad, es esta misma pretensión (aliada a las luchas sociales) la que permite contradictoriamente reconocer sus límites y, por lo tanto, la necesidad de reconocimiento de las diferencias para su realización. Conforme a Marramao: “el nuevo universal de la esfera pública planetaria que somos llamados a construir o será fruto de una mayéutica relacional, de un verdadero y propio experimento de «traducción» recíproca entre las diversas experiencias culturales, o, simplemente, no lo será”.<sup>27</sup>

En este contexto, la libertad, como lucha democrática por la ampliación y creación de nuevos derechos, es constitutiva también de las nuevas demandas por igualdad. Se trata de la libertad no como un derecho subordinado a la igualdad, sino en tensión productiva, capaz de refundar el orden social establecido. Libertad que no puede más ser leída como libertad dividida y confinada o disciplinada, sino como libertad ciudadana capaz de redimensionar el espacio público o privado y el espacio “estatal”. Libertad que también justifica la necesidad de reconocimiento de nuevos (pero históricamente viejos) sujetos organizados en torno de situaciones concretas de desigualdad social y marginalización, reconstructores de una identidad negada, despojada y humillada; redefinidores de esa misma identidad en nombre de la pretensión de dignidad humana como agentes constructores de las políticas públicas y no sólo clientes u objetos de intervención del Estado asistencial.

La perspectiva del romance en cadena demuestra la necesidad de comprender la identidad de la historia constitucional como un proceso en continua reconstrucción. Conferir dignidad a la historia constitucional es reconocer su carácter intrínsecamente incompleto, y, muchas veces, negativo del pasado. De modo directo, si la memoria oficial festeja la acción de un Estado que fue capaz de garantizar la reproducción de las desigualdades raciales, con-

---

<sup>27</sup> Marramao, Giacomo, *O Mundo e o ocidente hoje – o problema de uma esfera pública global*, trad. de Flaviane de Magalhães Barros, texto presentado en el seminario “Direito, Política e Tempo na Era Global”, promovido por el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC Minas, los días 06 y 07 de junio de 2007.

ferir legitimidad a acciones racistas y negar el derecho a la ciudadanía a los negros, una reconducción de esa memoria es la búsqueda por la realización, en el presente, de lo que se negó en el pasado, de igualdad y de libertad. La reconstrucción constitucional no cambia toda la sociedad, sólo señala que una comunidad idealizada<sup>28</sup> a partir de valores universales no puede ser tolerante con formas comunes de naturalización de las desigualdades y del racismo. Reconstruye la comunidad y repara no una deuda histórica para con los negros, sino, sobre todo, consigo misma. El mensaje propuesto es: “No queremos ser racistas. No toleramos las desigualdades raciales. No podemos ser indiferentes frente a la falta de respeto en relación con los negros en nuestra comunidad. Por tales razones, somos una comunidad que pretende ser integrada racialmente. Una comunidad de ciudadanos”. La respuesta es la comunidad fraterna y, por lo tanto, plural.

Finalmente, la apertura del sujeto constitucional a nuevos contenidos significa también una nueva forma de lidiar con los problemas sociales en los cuales los sujetos son constructores de políticas públicas y, al mismo tiempo, una posibilidad de rever, por medio de la inclusión, las narrativas dominantes que representan violaciones a los derechos fundamentales. Es ese modelo de raciocinio que justifica la estructura y el uso democrático de las nuevas políticas públicas de reconocimiento.

Toda decisión jurídica es un acontecimiento, pero no todo acontecer pasa a integrar la memoria social en su dimensión difusa o institucional. Toda acción de recordar importa olvidar. Recordar representa un esfuerzo de selección. En las sociedades humanas la memoria se estableció como una dimensión de poder social. El acontecimiento se convierte en historia en la medida en que se convierte en discurso validado con ese poder. La decisión acontecimiento es un discurso que se construyó como discurso histórico. De hecho, una de las estrategias para dar racionalidad a la decisión es suponer que ella resulta de una red casual de decisiones precedentes. Todavía, *grosso modo*, si en la historia la causa solamente existe como atribución discursiva, como interpretación, a lo que parece, historia y derecho son, para las personas, una producción simbólica, o mejor, solamente adquieren sentido en la esfera de lo simbólico.

---

<sup>28</sup> “Las personas divergen sobre las fronteras de las comunidades políticas, particularmente en condiciones coloniales, o cuando las divisiones existentes entre las naciones ignoran importantes identidades históricas, étnicas o religiosas. Estos, sin embargo, pueden ser tratados como problemas de interpretación y de cualquier modo, no ocurren en los países de los cuales nos ocupamos en el presente”. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 251.

A su vez, los desafíos propuestos por la historia que rompió con el paradigma de las grandes narrativas y de las causas fundamentales son muy semejantes a aquellos vividos por un paradigma jurídico que pretende romper con las visiones tradicionales de sujeto de derechos. No basta sólo aceptar la falsedad de la historia única del Estado nacional, se hace necesario aceptar que toda historia es precaria. La constitución de nuevos sujetos y el reconocimiento de nuevos derechos no suspenden la historia. No impiden que ella sea una inclusión-exclusión y que nuevos-otros olvidados o desconocidos resurjan para permitir nuevas reinterpretaciones de los derechos y del pasado. Paradójicamente, siempre hay nuevas o viejas historias de libertad y de igualdad para ser contadas.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- AUGRAS, Monique, “A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de «motivos nacionais»”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, fev. 1993.
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 1997.
- CARNEIRO, Edson de Souza, “Os Cultos de origem africana no Brasil”, en CARNEIRO, Edson de Souza, *Candomblés da Bahia*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Conquista, 1961.
- CARNEIRO, Sueli y CURY, Cristiane Abdon, “O candomblé”, *Terceiro congresso de cultura negra das Américas*, São Paulo, 1982.
- CARVALHO, José Jorge, *Inclusão étnica racial no Brasil*, São Paulo, Attar, 2006.
- DUARTE, Evandro C. Piza, *Criminologia & racismo - introdução à criminologia brasileira*, Curitiba, Juruá, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *O Império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- FRIGERIO, Alejandro, “Capoeira: da arte negra a esporte branco”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, jun. 1989.
- GADAMER, Hans-Georg, *Hermenêutica em retrospectiva - a virada hermenêutica*, Rio de Janeiro, Vozes, 2007.



- GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método 2 - complementos e índices*, Rio de Janeiro, Vozes, 2004.
- GRINBERG, Keila *et al.*, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, en GRINBERG, Keila y SALLES, Ricardo (orgs.), *O Brasil imperial vol. I (1808-1831)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *A Inclusão do outro*, São Paulo, Loyola, 2002.
- JOBIM, Nelson, *A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira*, conferencia con el ministro Nelson Jobim, presidente del STF, realizada en la Cámara Municipal de São Paulo el 20 de agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712, 2004.
- “Manifesto em Favor das Cotas”, disponible en: <https://www.geledes.org.br/confira-a-integra-do-manifesto-a-favor-das-cotas/> (acceso en 26 fev. 2019).
- MARRAMAO, Giacomo, *O Mundo e o ocidente hoje – o problema de uma esfera pública global*, trad. de Flaviane de Magalhães Barros, texto presentado en el Seminario “Derecho, Política e Tempo na Era Global”, promovido por el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC Minas, los días 06 y 07 de junio de 2007.
- POULANTZAS, Nicos, *O Estado, o poder, o socialismo*, Rio de Janeiro, Graal, 1981.
- RIBEIRO, Darcy, *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural*, Petrópolis, Vozes, 1987.
- RODRIGUES, Ana Maria, *Samba negro, espoliação branca*, São Paulo, HUCITEC, 1984.
- ROSENFELD, Michel, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- SANTOS, Milton, *O Espaço do cidadão*, São Paulo, Studio Nobel, 2002.
- SILVA, Jorge da, *Direitos civis e relações raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Luam, 1994.
- SILVA, José Afonso da, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- SOARES, Carlos Eugênio Líbano, *A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*, Campinas, Unicamp, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus no. 82.424/RS*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *ADPF no. 186, do Distrito Federal*, 2012, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> (acceso en 26 fev. 2019).

VEYNE, Paul, *O Inventário das diferenças*, São Paulo, Brasiliense, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, São Paulo, Alfa Omega, 1997.

C

*Fecha de recepción:* 14 de noviembre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 13 de febrero de 2019.



## Derecho humano al gentilicio. Caso: Ciudad de México

### *Human right to demonym. Case: Mexico City*

Víctor Amaury SIMENTAL FRANCO\*

**RESUMEN:** Se propone un nuevo integrante al conjunto de los derechos humanos: “el derecho humano al gentilicio”; se justifica la inclusión de este derecho en el conjunto antes indicado con base en la esencia axiológica de los derechos humanos: la dignidad. Por ello, se realiza un estudio casuístico que sustenta la necesidad de reconocer el gentilicio (como derecho humano) a las personas originarias de la Ciudad de México.

**Palabras clave:** derechos humanos, gentilicio, Ciudad de México.

**ABSTRACT:** *A new member is proposed to the whole of the human rights: “the human right to the demonym”; It is justified the inclusion of this right in the aforementioned set, based on the axiological essence of human rights: dignity. A casuistic study is carried out that supports the need to recognize the demonym (as human right) to people originating in Mexico City.*

**Keywords:** *Human rights, demonym, Mexico City.*

---

\* Investigador en la Universidad del Valle de México San Ángel, México, Licenciado, maestro y doctor en derecho por la UNAM. Investigador nacional nivel 1; [simental\\_franco@yahoo.com.mx](mailto:simental_franco@yahoo.com.mx).

SUMARIO: I. *Marco teórico conceptual*. II. *Necesidad del reconocimiento al derecho humano al gentilicio*. III. *Caso paradigmático: Ciudad de México*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

### 1. *Derechos humanos*

Los derechos humanos son un concepto jurídico caracterizado por manifestar las mínimas condiciones que permiten la realización plena de las personas. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas los define del modo siguiente:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.<sup>1</sup>

La nota más característica de los derechos humanos, como un conjunto distintivo dentro del incommensurable catálogo de los derechos subjetivos, es el relativo a la *dignidad*.<sup>2</sup>

Junto con el desarrollo de los derechos humanos va el de la dignidad, pues es precisamente en relación con la tutela, protección y promoción de la dignidad humana en los ámbitos jurídico y político que los derechos humanos tienen sentido y alcanzan una dimensión moral, por eso el desarrollo doctrinal de la teoría de los derechos humanos atribuyéndoles como fundamento y razón de su existencia precisamente a la dignidad de la persona o a alguno de sus atributos.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

<sup>2</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.

<sup>3</sup> Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67.

Hoy entendemos a los derechos humanos no sólo como la expresión ética más acabada del derecho, sino como la expresión jurídica de la dignidad humana. Esto es, los derechos humanos, originalmente concebidos como instrumento para defender al individuo de las acciones de la autoridad que pudieran afectar o agredir a su dignidad, hoy día en las sociedades contemporáneas tienen el carácter de paradigma ético y regla moral.<sup>4</sup>

Los derechos humanos no solamente deben ser vistos en cuanto a su perspectiva activa, sino también en cuanto al papel “pasivo” de los Estados, que están *obligados* a garantizarlos.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. En el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.<sup>5</sup>

Se ha discutido mucho en torno a la naturaleza de los derechos humanos, pudiendo resumirse en dos grandes ópticas: en una se afirma que los derechos humanos son los que el Estado *concede*. La otra posición indica que el Estado únicamente *reconoce* los derechos. Es evidente que la primera postura corresponde al pensamiento ius positivista, mientras que la otra perspectiva está relacionada con el derecho natural. Carpizo, al respecto, indica:

En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales. En cambio, en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza

---

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos.<sup>6</sup>

Las concepciones de derecho natural coinciden entonces en este tronco común de pensamiento y a partir de él toman derroteros muy diversos. Por ejemplo, algunos escritores piensan que la persona tiene una dignidad intrínseca por el hecho de estar en relación directa con lo absoluto. Otros, entre los que me incluyo, consideramos que no es correcto plantear el problema en esta forma, sino que la base de los derechos humanos se encuentra en la dignidad de la persona, y nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de esos derechos. El hombre sólo puede realizarse dentro de la comunidad social, y esta comunidad no tiene otro fin que servir a la persona. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común, y ésta consiste en que cada hombre viva como persona; es decir, con dignidad humana.<sup>7</sup>

Puede afirmarse, con base en la evidencia empírica, que los derechos humanos, en su concepción moderna y contemporánea, han significado la inclusión dentro del derecho positivo de elementos que originalmente estaban destinados al *derecho natural*, pero que, ante el surgimiento de los regímenes totalitarios, tanto de derecha como de izquierda, que podían justificar realizar actos totalmente contra la humanidad con base en que el orden jurídico del Estado los contemplaba, mostraron la necesidad de “positivar” al derecho natural.

#### A. *Situación constitucional de los derechos humanos en el Estado mexicano*

Aunque en México se puede afirmar que desde sus orígenes constitucionales (Constitución de Apatzingán) se encuentra el reconocimiento pleno a ciertos derechos humanos y que además a nuestro país le corresponde el honor de haber sido origen de la *segunda generación de derechos humanos*, con la promulgación de la Constitución de 1917, la realidad es que la implementación de los derechos humanos de manera plena en el entramado constitucional del Estado mexicano ha pasado por un largo recorrido que puede afirmarse culminó con la *reforma constitucional*

---

<sup>6</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*

<sup>7</sup> *Idem.*

de junio de 2011, pero que aun debe pasar por la implementación en la legislación secundaria y, sobre todo, la aplicación efectiva y eficiente de los operadores jurídicos.

Es ampliamente reconocido que la integración al orden jurídico nacional de los derechos humanos se dio a través de la influencia directa e indirecta del derecho internacional, ya sea mediante la asignación de tratados internacionales por el Estado mexicano y también por el impacto que han tenido en la doctrina nacional los trabajos desarrollados por teóricos de otras latitudes (especialmente Europa).

Ahora bien, siguiendo el modelo nórdico, en los años ochenta del siglo pasado se consideró necesario dotar de una estructura formal que tutelara a los derechos humanos, de tal manera que se dio inicio a su institucionalización, misma que se describe sucintamente en los párrafos siguientes.

Respecto de los antecedentes directos de la CNDH, el 13 de febrero de 1989, dentro de la Secretaría de Gobernación, se creó la Dirección General de Derechos Humanos. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial una institución denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un Organismo desconcentrado de dicha Secretaría. Posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un Organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dándose de esta forma el surgimiento del llamado Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos.<sup>8</sup>

Finalmente, por medio de una reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de septiembre de 1999, dicho Organismo Nacional se constituyó como una Institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Esta reforma constituye un gran avance en la función del Ombudsman en México, ya que le permite cumplir con su función de proteger y defender los Derechos Humanos de todos los mexicanos.<sup>9</sup>

En junio de 2011 (6 y 10) se realizaron sendas reformas constitucionales de alto impacto en lo tocante a los derechos humanos, ya que se les dio pleno

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/Antecedentes>.

<sup>9</sup> *Idem*.



reconocimiento y se integraron al entramado de la estructura constitucional del Estado mexicano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resume las dos reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, antes aludidas, que vienen a reforzar la implementación de este constructo jurídico en el orden jurídico nacional:

El 6 y 10 de junio de 2011, se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que impactan directamente en la administración de justicia federal.<sup>10</sup>

La primera de ellas concierne fundamentalmente al juicio de amparo, institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia, el cual se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; con la introducción de figuras como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; la declaratoria general de inconstitucionalidad cuyos alcances y condiciones se determinarán en la ley reglamentaria; la creación de los Plenos de Circuito; y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”; entre otras.<sup>11</sup>

La segunda, en íntima relación con la anterior, evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Así, la ampliación de los derechos que significa la concreción de algunas cláusulas constitucionales, como aquella relativa a los migrantes o a la suspensión de garantías, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, miran hacia la justiciabilidad y eficacia de los derechos que, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.<sup>12</sup>

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (después de las reformas de junio de 2011) quedó del modo siguiente:

---

<sup>10</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Idem*.

## Título Primero

### Capítulo I

#### De los Derechos Humanos y sus Garantías

#### *Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011*

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

*Párrafo reformado DOF 10-06-2011*

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

*Párrafo adicionado DOF 10-06-2011*

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

*Párrafo adicionado DOF 10-06-2011*

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

*Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011*

*Artículo reformado DOF 14-08-2001*

### *B. Impacto jurisprudencial de la reforma constitucional de junio de 2011*

Los cambios implementados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la citada reforma de 2011 significan una modifica-

ción sustancial al entramado constitucional mexicano, porque implican la implantación de los derechos humanos como eje tutelar del orden jurídico mexicano; se determina un sistema de interpretación de la normatividad que premia a los derechos humanos, ya sea que estén considerados en la propia Constitución o en tratados internacionales: *interpretación conforme y pro homine*, impone los correlativos deberes del Estado ante los derechos humanos y prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra la *dignidad humana*.

Por supuesto que todos estos cambios tuvieron un impacto trascendente en la impartición de justicia, lo cual se vio reflejado en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial, de tal modo que en la búsqueda del constructo *derechos humanos* en la plataforma electrónica del *Semanario Judicial de la Federación*, en el periodo de 2011 a 2017 (último año de la Novena Época y lo que va de la Décima Época), arroja 344 tesis y jurisprudencias que en el rubro contienen la expresión indicada, lo que es palpable del notorio impacto que tuvo la reforma de 2011.

Son de destacarse las siguientes jurisprudencias para los fines de este estudio, y es de resaltarse que en ninguna jurisprudencia ni tesis aislada se encuentra alguna definición que acote el concepto de derechos humanos:

Época: Décima Época, Registro: 2008935, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.), Página: 240.

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),\* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una res-

tricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Época: Décima Época, Registro: 2007981, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CDV/2014 (10a.), Página: 714.

DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO. La interpretación del contenido de los derechos humanos debe ir a la par de la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida, pues los textos que reconocen dichos derechos son “instrumentos permanentes” a decir de esta Suprema Corte de Justicia, o “instrumentos vivos” de acuerdo con la jurisprudencia interamericana. Dicho de otra manera, el contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de la norma donde se reconoce dicho derecho, sino que se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas fundamentales, así como con la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica.

Época: Décima Época, Registro: 2003350, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), Página: 2254.

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

ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se “suspenden”, pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

## 2. *Gentilicio*

El diccionario de la Real Academia Española define al gentilicio como:

Del lat. *gentilicius*, der. de *gentilis* «que pertenece a una misma nación o a un mismo linaje».

1. adj. Dicho de un adjetivo o de un sustantivo: Que denota relación con un lugar geográfico. U. t. c. s. m.

2. adj. Pertenciente o relativo a las gentes o naciones.
3. adj. Pertenciente o relativo al linaje o familia.

Los gentilicios son los nombres y adjetivos que indican de dónde son las personas. Morera refiere que los gentilicios designan de forma mostrativa o identificadora, mediante un adjetivo de relación derivado del nombre propio del lugar en que nacieron.<sup>13</sup> Se utilizan para designar a las personas o gentes de un país, región o ciudad. Por extensión, se aplican también a animales, plantas y cosas.<sup>14</sup>

Sea adjetivo o sustantivo, el gentilicio denota el origen de las personas o de las cosas, no su residencia o ubicación. Una persona conservará su gentilicio no importa dónde viva; digamos que es un signo más de identificación de la persona; podríamos atrevernos a decir que, aun cuando no está legislado al respecto, incluye junto al nombre, patrimonio, domicilio, nacionalidad y estado civil, un atributo de la personalidad.

El gentilicio actúa, pues, como una especie de archivo que contiene todos los datos de la gente, los animales, las plantas, los fenómenos naturales, etc., del lugar a que se refiere, y de todas las cosas pertenecientes o relativas a ellos, reales o atribuidas, insistimos.<sup>15</sup>

Hasta tal punto es así, que se puede decir que el gentilicio es la palabra que mejor define al hombre como miembro de una colectividad. Es lo que explica la sensación de carencia o manquedad que se siente cuando un determinado pueblo, por las razones que sean, no ha actualizado el gentilicio que le corresponde.<sup>16</sup>

Como ya se indicó, gentilicio deriva del latín *gentilitius*, un vocablo que a su vez proviene de *gens*, que significa familia o tribu. En general, el nombre de la localidad de nacimiento es lo que determina normalmente el gentilicio.

Sin embargo, no siempre hay una correlación entre la toponimia y el gentilicio, tal y como sucede con los casos siguientes: en España, los del

---

<sup>13</sup> Morera, Marcial, “Gentilicios y pseudogentilicios: mostración vs. descripción”, *Revista de Lexicografía*, XVIII, 2012, p. 103.

<sup>14</sup> Cuervo Álvarez, Benedicto, *Textos literarios. Gramática, sintaxis y ortografía (1/3)*, disponible en: <http://www.mailxmail.com/curso-textos-literarios-gramatica-sintaxis-ortografia-1-3/gramatica-gentilicios>.

<sup>15</sup> Morera, Marcial, *op. cit.*, p. 111.

<sup>16</sup> *Idem*.

pueblo de Andújar son iliturgitanos, los de Almuñécar son sextitanos, los de Huelva son onubenses; en Colombia, a los de Medellín y los del departamento de Antioquía se les conoce como paisas.<sup>17</sup>

Aunque si bien se carece de una regla explícita para la creación de los gentilicios, lo más común es que el nombre del lugar de nacimiento (su topónimo) determina el nombre que se les da a sus habitantes.

El uso de los gentilicios cambia según el contexto de la comunicación. La procedencia geográfica de las personas es el factor determinante para la formación de un gentilicio, de tal forma que las personas pueden ser agrupadas por continentes, países, regiones, ciudades e incluso por barrios.<sup>18</sup>

Casos raros y otros que generan cierta confusión. Hay gentilicios totalmente obvios, como caboverdiano, asturiano, gallego o italiano. En cambio, algunos son bastante curiosos y raros, como malgache para referirse a los habitantes de Madagascar y ceilandés para los que son de Sri Lanka. En ocasiones se pueden dar confusiones derivadas de la similitud entre el nombre de dos países (austriaco es el gentilicio de Austria y australiano de Australia).<sup>19</sup>

José Guadalupe Moreno de Alba, posiblemente la máxima autoridad filológica de México durante el siglo XX y parte del XXI, opina en sentido contrario, y considera que sí existen reglas gramaticales para fijar un gentilicio, lo que exponía del modo siguiente:

La gramática explica que el adjetivo gentilicio es aquel que denota la procedencia geográfica de las personas o su nacionalidad. Los gentilicios pertenecen a la clase de palabras llamadas “derivadas”. Constan éstas de una raíz y de un sufijo (*mexicano*: *mexic-* [raíz] + *-ano* [sufijo]). En el caso de los gentilicios, en la raíz está la información del lugar; el concepto ‘originario, procedente de’ está en el sufijo (*mexicano*: ‘originario, procedente de México’). Los gentilicios, como cualquier otro tipo de palabras derivadas, se estudian en la morfología (una de las partes de la gramática). No toda palabra que designa procedencia u origen es un gentilicio. Para que un adjetivo pueda llamarse gentilicio se requiere que esté formado precisamente mediante una derivación: *mexicano* procede de *México*; *madrileño*, de *Madrid*; *aguascalentense*,

<sup>17</sup> Cfr. <https://www.definicionabc.com/geografia/gentilicio.php>.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Idem*.



de *Aguascalientes*... Hay en español muchas palabras que, sin ser derivadas, designan procedencia u origen. No conviene llamarlas gentilicios, pues al no ser derivadas, no constan de raíz y sufijo, como se exige que estén formados los gentilicios.<sup>20</sup>

Es importante traer a colación la importante distinción que hace Alemán Ocampo entre gentilicio y apodo colectivo,<sup>21</sup> quien al respecto indica lo siguiente:

Como principio metodológico, establezcamos que los apodos colectivos no se han incluido, como categoría denominativa, en las clasificaciones de los nombres, propios o comunes, ni en las formas adjetivas en la gramática española.<sup>22</sup>

Los gentilicios son palabras derivadas en las que participan la raíz con el nombre del lugar y el componente morfológico, de diferente composición, que indica pertenencia a un lugar. Los estudios morfológicos establecen una cantidad respetable de morfemas utilizados en lengua española, muchos de los cuales son de uso corriente en Nicaragua. Incluido el -ense de origen directamente latino, usado para nuestro gentilicio nacional: nicaragüense.<sup>23</sup>

Cuando me refiero a la existencia o no de un gentilicio, me refiero al uso que le da corrientemente la gente y no a las pretensiones de profesores de gramática que, con afán normativo, inventan gentilicios donde no los hay.<sup>24</sup>

Los apodos, nos dice Alemán Ocampo, “de acuerdo con la Gramática Descriptiva son nombres que indican una nota particular en un individuo, nosotros agregamos, además grupo de individuos, que puede ser más o menos numeroso, por ejemplo: tan grande como yanki o gringo para referirnos a los norteamericanos o estadounidenses”.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Moreno de Alba, José Guadalupe, *Minucias del lenguaje*, México, Fondo de Cultura Económica, disponible en: <https://www.fondodeculturaeconomica.com/obra/suma/r2/buscar.asp?word2=chilango>.

<sup>21</sup> Morero alude a este concepto bajo la denominación de “seudogentilicio”; *cfr.*, Morera, Marcial, *op. cit.*, p. 121.

<sup>22</sup> Alemán Ocampo, Carlos, *No confundamos apodos colectivos con gentilicios*, disponible en: <http://www.elcastellano.org/artic/gentilicios.htm>.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Alemán Ocampo, Carlos, *op. cit.*

Los apodos pueden ser cariñosos, ofensivos, despectivos, pero siempre se originan a partir de rasgos particulares. En algunos casos se los cargan los vecinos del otro lado de la frontera y en otros se los cargan los mismos que los llevan. Y que no tiene el aspecto morfológico requerido para que gramaticalmente conformen las reglas establecidas para que se integre un gentilicio.<sup>26</sup>

A estos apodos, dichos con la intencionalidad de señalar defectos o virtudes, que no son verdaderos gentilicios, se les debe llamar simplemente como “apodos colectivos”.

Algunos ejemplos de apodos colectivos son:

- Para los guatemaltecos, chapín.
- A los salvadoreños se les llama cuzcatlecos.
- Para los hondureños se usa el de catrachos.
- A los nicaragüenses se les llama simplemente nicas.
- Para los costarricenses existe el tico.
- A los nacidos en la Ciudad de México, chilangos.

### *Nacionalidad y gentilicio*

La nacionalidad es generalmente definida ya sea como el vínculo jurídico y político existente entre un Estado y los miembros del mismo, o como el estatus civil de la persona que le vincula a un Estado, ya sea por causa de nacimiento, por lazos de sangre paterna o materna, o por un proceso jurídico-político de naturalización.

Batiffol la define como “la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado”.<sup>27</sup>

Hauriou indica que “la nacionalidad implica, ante todo una «mentalidad» creada por la confluencia de uno o varios factores (historia, raza, lengua, religión, condicionamientos geográficos u otros)”.<sup>28</sup>

Para Niboyet, “la nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado. La nacionalidad ha de considerarse

---

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Citado por Perezniето, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1994, p. 33.

<sup>28</sup> Citado por Pérez, Elisa, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1990, t. I, p. 157.

siempre desde el punto de vista puramente político, de la conexión de los individuos con un Estado determinado.<sup>29</sup>

La Corte Internacional de Justicia se refiere a la nacionalidad como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”.<sup>30</sup> Arlettaz indica, atinadamente, que “la nacionalidad sigue siendo uno de los elementos fundamentales para la definición del Estado. Si el territorio determina los límites geográficos de la soberanía estatal, la nacionalidad determina sus límites humanos. Más allá de estos límites hay territorio extranjero, soberanía extranjera y extranjeros”.<sup>31</sup>

Las similitudes entre nacionalidad y gentilicio son notorias, pues ambos conceptos relacionan a los individuos con su origen nacional (aunque el gentilicio puede ser, de hecho es, mucho más restrictivo, vinculando al sujeto con una ciudad); en ambos casos, el reconocimiento jurídico puede ser hasta secundario, pues para el individuo es más trascendente su vinculación emotiva, su sentido de pertenencia. La nacionalidad, por otro lado, es un concepto de impacto internacional, referente necesario para viajar de un Estado a otro; el gentilicio en este supuesto es secundario, aunque no sé de ningún caso en el que haya nacionalidad sin gentilicio.

En tanto que la nacionalidad es motivo de una amplia tutela jurídica, tanto al interior de los Estados como en las relaciones internacionales, el gentilicio no había sido considerado, ni por la teoría, mucho menos por la legislación.

## II. NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO AL DERECHO HUMANO AL GENTILICIO

La Convención Americana sobre Derechos Humanos indica, en su artículo 20, lo siguiente:

---

<sup>29</sup> Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, México, Ed. Nacional, 1965, p. 77.

<sup>30</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955, p. 23, citado por Arlettaz, Fernando, “La nacionalidad en el derecho internacional americano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 415.

<sup>31</sup> Arlettaz, Fernando, *op. cit.*, p. 415.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad.

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar.

Igualmente, la mencionada Convención protege, en el artículo 11, la honra y la dignidad.

Aunque no existe disposición expresa en ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional que aluda al derecho humano al gentilicio, la realidad es que múltiples ordenamientos constitucionales (nacionales e internacionales) aluden a ello directa o indirectamente. La misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo hace al mencionar el gentilicio mexicano (sobre todo en su versión en plural) en 288 ocasiones.

Ya se indicó, en el apartado correspondiente, que la esencia de los derechos humanos gira en torno al concepto de dignidad, y en el correspondiente al gentilicio, se advirtió el reflejo entre persona y su identidad nacional, manifestada a través del gentilicio. Morera expresa con enorme pulcritud la importancia del gentilicio: “Es decir, que esas palabras que llamamos gentilicios constituyen la raíz y el arranque del ansia que manifiestan los pueblos del mundo —sin distinción de tamaños— a la libertad y la independencia”.<sup>32</sup>

Si bien es cierto que el mundo atraviesa por un proceso de integración global, al cual se le ha llamado *globalización*, la evidencia empírica muestra que las nacionalidades y los regionalismos siguen vigentes, de tal manera que exceptuando a la Unión Europea (entre los comunitarios europeos), que es la única región sin fronteras (parcialmente hablando), el resto del mundo las sigue teniendo; actualmente, la única mercancía que no tiene nacionalidad es el capital financiero; de ahí que ni las personas ni las mercancías están exentas del vínculo con su nación de origen.

Por ello, mientras el mundo no cambie, las personas deben ser protegidas en su espectro máximo, siguiendo los parámetros enunciados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, instrumento político que recoge lo mejor de la teoría sobre los derechos humanos, de tal manera que éstos son concebidos de una manera integral y aplicados de un modo amplificado, no restrictivo, en aras de alcanzar la mejor expresión de la dignidad humana.

<sup>32</sup> Morera, Marcial, *op. cit.*, p. 109.

### *Por qué el gentilicio debería ser reconocido como derecho humano*

La historia evidencia claramente la resistencia a los cambios; el *statu quo*, el conservadurismo, siempre han sido mayoría; sin embargo, la dinámica social, las revoluciones, la mutación, son la constante en el mundo natural y en el devenir humano.

Si el pensamiento estático hubiese imperado, los derechos humanos se hubiesen quedado en la primera generación, o, más aún, nunca se hubieran gestado, basándose en que el derecho natural ya los contiene, manteniendo la separación entre derecho positivo y aquél. Sin embargo, las nuevas ideas siempre se abren camino; ante el escepticismo de considerar derechos humanos que no se enfocaran en el individuo, sobrevivió y se impuso la idea de la existencia de los derechos humanos sociales y colectivos, y después el advenimiento de las últimas generaciones de derechos humanos,<sup>33</sup> en las cuales se ha llegado al extremo de discutir si éstos deben estar reservados exclusivamente a los humanos.<sup>34</sup>

La opinión de Ortiz Millán demuestra claramente lo acertado de la crítica sustentada en falacias sobre la admisión o no de “nuevos” derechos:

...muchos piensan hoy en día que la atribución de los derechos de los animales es una cara más de la inflación que ha habido últimamente en el discurso de los derechos: se abusa del concepto y proliferan supuestos nada más porque la gente quiere proteger algo que considera valioso. Esto sólo debilita los derechos humanos...<sup>35</sup>

El mismo Ortiz Millán refuta lo anterior, al decir que los derechos de los animales (su reconocimiento) está moralmente justificado, al tratarse de una subespecie de los derechos morales, de los que los derechos humanos son otra subespecie, y que si están justificados, no existe ninguna razón para

---

<sup>33</sup> Cfr. Guerrero Pino, Samir Hendrix e Hinestroza Cuesta, Lisneider, “El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, núm. 20, vol. 40, 2017, pp. 27-41.

<sup>34</sup> Cfr. Ortiz Millán, Gustavo, “¿Tienen derechos los animales?”, en Larrañaga Monjaraz, Pablo *et al.* (coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-IICQ-ITAM, 2017, t. I, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4588-entre-la-libertad-y-la-igualdad-ensayos-criticos-sobre-la-obra-de-rodolfo-vazquez-tomo-i>.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 385.

negarles reconocimiento jurídico.<sup>36</sup> Es oportuno resaltar: reconocimiento de los derechos *animales*. Lo mismo se empieza a discutir sobre “seres” no biológicos; el Estado Saudí Árabe, por ejemplo, le ha reconocido ciudadanía a una “robot”.<sup>37</sup>

Es muy cierto que el “catálogo” de los derechos humanos es cada vez más extenso y que, coincido, lo ideal sería exclusivamente atender a los principios y que no hubiese necesidad de ampliar este listado que parece ser inagotable, pero en México la realidad práctica muestra que ante la falta de expresión de un derecho en la normatividad, se considera como si no existiera y se niega por supuesto la eficacia ante un caso específico; por otro lado, la realidad nos muestra que la gente requiere, como algo natural, puntos de referencia, elementos de identidad, sentido de pertenencia, abundar en los elementos psicológicos, antropológicos, históricos y sociológicos; esto supera con creces los parámetros de este trabajo, pero el discutirse en la arena política<sup>38</sup> este tema es muestra efectiva de que la sociedad lo considera importante,<sup>39</sup> y por tanto es menester que sea abordado en la teoría, y una vez demostrada la pertinencia de ser incluido explícitamente el derecho humano al gentilicio, que se legisle al respecto.<sup>40</sup>

### III. CASO PARADIGMÁTICO: CIUDAD DE MÉXICO

#### 1. *Mexicanos, gentilicio de un país*

La Ciudad de México, nos dice la historia (con mucho de leyenda), fue fundada el 20 de junio de 1325; el nombre originario de la ciudad fue el de Mexico-Tenochtitlan (Mexico, palabra grave, no esdrújula como en la actualidad, pronunciándose la “x” como “sh”, no como la “j” actual), erigiéndose como la capital del pueblo mexicana (o azteca). Dos siglos más tar-

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>37</sup> Cfr. <https://www.excelsior.com.mx/global/2017/10/26/1197432>; <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41803576>, y <https://www.lanacion.com.ar/2076584-arabia-saudita-es-el-primer-pais-en-otorgarle-la-ciudadania-a-un-robot>.

<sup>38</sup> Cfr. <http://www.milenio.com/estados/como-llamar-a-los-habitantes-de-la-ciudad-de-mexico>.

<sup>39</sup> Cfr. <http://www.academia.org.mx/esp/respuestas/item/gentilicio-de-ciudad-de-mexico>.

<sup>40</sup> Cfr. <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/metropoli/cdmx/2017/07/15/resistencia-al-nuevo-gentilicio>.

de, los españoles lograrían el sometimiento de los mexicas, conquistando plenamente su ciudad capital el 13 de agosto de 1521; durante tres siglos, el Imperio Español tuvo como colonia (o virreinato) a la mayor parte del actual Estado mexicano, bajo la denominación de *Nueva España*; la capital del territorio español más importante de ultramar lo sería la Ciudad de México, erigida sobre las ruinas de la antigua Mexico-Tenochtitlan. El 21 de septiembre de 1821 se lograría la independencia de México respecto de España, y desde entonces el nombre que se le da al nuevo país es el de México (teniendo diferentes denominaciones oficiales a lo largo del tiempo: Imperio Mexicano, República Mexicana; actualmente, Estados Unidos Mexicanos).

Como fácilmente puede apreciarse, la capital del pueblo mexicana fue el origen del nombre que a la postre tendría todo el país.

Con el nombre del país, se dio paso al gentilicio que identifica a los nacidos en México: mexicanos.

Es importante tener presente este dato: la *ciudad de México* (es decir, Mexico-Tenochtitlan) existió 500 años antes que el país (y, en consecuencia, que el gentilicio mexicano, referido a los nacidos en el país México).

También es oportuno hacer referencia al eslogan publicitario con el cual, de manera falaz, el gobierno de la Ciudad de México “vendió” el que se haya aprobado la última *reforma política de la Ciudad de México* (modificación constitucional del 29 de enero de 2016) diciendo: “Hola Ciudad de México, adiós Distrito Federal”. La realidad es que desde el 25 de octubre de 1993 el artículo 44 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indicaba:

Artículo 44. La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General.<sup>41</sup>

En consecuencia, ni en el contexto histórico, como tampoco en el constitucional-legal, la Ciudad de México es un *producto nuevo*; esto es notoriamente una falacia producto de la ignorancia de la clase política.

---

<sup>41</sup> Artículo que también adolecía de múltiples imprecisiones: la ciudad por definición se refiere a un ambiente *urbano*; el territorio que ocupa el Distrito Federal en un 56% es *rural*; por otro lado, geográficamente el Distrito Federal-Ciudad de México, no está asentado en un valle, sino en una *cuenca*.



Como simple corolario, en un estado federal, la sede de los poderes de este nivel siempre será un distrito federal, llámesele como se le llame.

## 2. *¿Mexica, mexicalino, mexiqueño o chilango?*

Pues bien, los nacidos en la Ciudad de México no tenemos un gentilicio; cuentan las personas de más de sesenta años que antes, en el interior del país, a la gente originaria de la capital se les decía “mexicanos”, a sabiendas de que todos eran mexicanos, pero como distintivo de los nacidos en otras regiones; sin embargo, esto fue más bien un uso que no tuvo consecuencias oficiales, en cuanto hace a un gentilicio plenamente enfocado a la gente de México (la ciudad), ya que también, cuando se aludía a la capital, se le decía simplemente México, sin el complemento “Ciudad”; esta denominación sólo se daba en los discursos oficiales.

Desde los años ochenta del siglo pasado fue tema de debate entre la clase intelectual definir el gentilicio para los originarios de la Ciudad de México, debido especialmente a la generalización de *chilango* (palabra que inicialmente se refería a las personas migrantes que llegaban a la capital y la escogían como su lugar de residencia permanente), que con el tiempo se fue utilizando más y más en amplias regiones del país para referirse a los nacidos en la capital mexicana, siempre bajo un tamiz peyorativo. Es más que oportuno traer a colación el pensamiento de Moreno de Alba, filólogo que tuvo como objeto de estudio discernir si “chilango” podría ser el gentilicio de la gente de la Ciudad de México:

En la edición de la *Ortografía* académica (Espasa) del año 1999 aparecía, en el apéndice 2 (“Nombres de los países reconocidos por los organismos internacionales, con sus capitales y gentilicios”), *chilango* como gentilicio de “México, D. F., capital de México”. Asimismo, en el DRAE de 2001, *chilango* tiene dos acepciones, ambas con la nota de “coloquial”: 1) Natural de México (¿país, ciudad?); 2) Pertenciente o relativo a esta ciudad (aquí se aclara que es «ciudad») o a “este Distrito Federal, en México” (?). No deseo entrar, en esta nota, en el espinoso asunto de la etimología y origen de la voz *chilango*. Mejor debería decir: no *puedo* entrar, sobre todo porque no tengo la menor idea sobre la historia o procedencia de esa palabra. Las diversas hipótesis que sobre este tema he leído me parecen inaceptables.

Lo que resulta indiscutible es que los registros escritos de la voz son muy recientes: fines del pasado siglo XX.<sup>42</sup>

Quiero detenerme en las marcas que lleva la voz en cada una de las dos obras citadas: por una parte, la marca de “gentilicio” (en la *Ortografía*) y, por otra, la de “coloquial” (en el DRAE). La gramática explica que el adjetivo gentilicio es aquel que denota la procedencia geográfica de las personas o su nacionalidad. Los gentilicios pertenecen a la clase de palabras llamadas “derivadas”. Constan éstas de una raíz y de un sufijo (*mexicano*: *mexic-* [raíz] + *-ano* [sufijo]). En el caso de los gentilicios, en la raíz está la información del lugar; el concepto ‘originario, procedente de’ está en el sufijo (*mexicano*: “originario, procedente de México”). Los gentilicios, como cualquier otro tipo de palabras derivadas, se estudian en la morfología (una de las partes de la gramática). No toda palabra que designa procedencia u origen es un gentilicio. Para que un adjetivo pueda llamarse gentilicio se requiere que esté formado precisamente mediante una derivación: *mexicano procede de México; madrileño de Madrid; aguascalentense, de Aguascalientes*. Hay en español muchas palabras que, sin ser derivadas, designan procedencia u origen. No conviene llamarlas gentilicios, pues al no ser derivadas, no constan de raíz y sufijo, como se exige que estén formados los gentilicios.

En México y en otras partes de América se emplea en ocasiones el adjetivo, evidentemente despectivo, *gachupín*, para designar, en general, a los españoles. ¿Quiere decir que *gachupín* es un gentilicio? De ninguna manera, pues no se trata de una voz derivada. Es probable que, hace siglos, a cierto tipo de españoles establecidos en América, por determinadas razones, se les llamara gachupines (o algo semejante). Poco a poco esa designación fue extendiéndose a otros españoles no radicados en América, y el vocablo acabó por ser, en alguna medida, y dentro de determinados dialectos, contextos y registros, sinónimo de *español*. El despectivo *gachupín*, por tanto, designa hoy procedencia u origen, pero no es un gentilicio, pues no es fragmentable en raíz y sufijo, como todo gentilicio. Lo mismo sucede con otros adjetivos, no necesariamente despectivos, como *jarocho* (“originario del puerto de Veracruz”) o *tapatío* (“de Guadalajara”). Ni *jarocho* ni *tapatío* tienen, en su estructura, una raíz que remita a la ciudad de Veracruz o de Guadalajara. No son, por tanto, gentilicios, aunque signifiquen procedencia u origen. A este tipo de voces pertenece *chilango* (sin ser gentilicio, refiere a un origen o procedencia). Resulta por tanto inconveniente su inclusión en la lista de gentilicios que aparece en la *Ortografía*.

<sup>42</sup> Moreno de Alba, José J., *Minucias del lenguaje*, Fondo de Cultura Económica, México.

Ahora bien, en el DRAE, *chilango* tiene la marca de *coloq.* (coloquial). En el mismo *Diccionario* se nos aclara que coloquial es lo “propio de una conversación informal y distendida”. Creo que, por ejemplo, *jarocho* o *tapatío* podrían merecer en efecto esa marca (coloquial), aunque bien pueden no llevarla. En la nota biográfica de un personaje importante, tal vez no se anotaría “destacado político *jarocho*”, sino *veracruzano*; pero cualquiera diría “me gusta el buen humor de los *jarochos*”. La marca que no podría llevar ni *tapatío* ni *jarocho* es la de *despectivo*. Por sí mismas estas voces no resultan ofensivas. En el otro extremo estaría el vocablo *gachupín*. En efecto, la sola voz y no necesariamente el contexto manifiesta cierta idea de menosprecio.

En mi opinión, *chilango* está más cerca de lo despectivo (como *gachupín*) que de lo meramente coloquial, como podría ser *jarocho*. En el CREA (*Corpus de referencia del español actual*), hay sólo ocho apariciones de *chilango*. La más antigua es apenas de 1987, y procede de *Cristóbal Nonato*, de Carlos Fuentes. En todos estos textos *chilango* tiene, en mayor o menor medida, un evidente valor despectivo. Resulta particularmente revelador un texto procedente de un diario de Yucatán en el que se discute precisamente el sentido que el autor quiso dar a esta voz. El título del artículo es “Chilangos y chilanguismo”. Copio sólo un breve fragmento:

“Tal altanería, combinada con la idea de que fuera de México todo es Cuautitlán, constituye la infraestructura psicológica del chilanguismo. Agréguese el centralismo irreductible del gobierno y la abyección de los millones que ignoran que «mandatario» significa «mandadero» y no «mandamás», y tendremos la explicación de esa imaginaria superioridad que convierte a algunos capitalinos en chilangos al momento en que salen a la provincia. Huelga decir que mientras más civilizado sea un capitalino, más ajeno es a esa barbarie. Diría el gran Ortega que no es más que una manifestación local de la rebelión de las masas, cuyos entes llegan «al interior del país» a enjuiciarnos sin más criterio que su ignorancia, ni más autoridad que la de venir de la capital. Del odio suscitado por el centralismo en general y por el chilango en particular salió la igualmente odiosa consigna de «Haz patria: mata un chilango»”.

Queda claro que *chilango* no es exactamente una voz coloquial, sino francamente despectiva, por decir lo menos. Con alguna frecuencia se emplea para denigrar o injuriar. Si nos atenemos a la explicación transcrita (del diario yucateco), resulta que *chilango* no sólo no es gentilicio sino que tampoco designa a los naturales de la ciudad de México, ni siquiera coloquialmente. Designa sólo a algunos capitalinos que parecen

hacerse merecedores de calificativos tales como centralistas, abyectos, bárbaros, ignorantes, odiosos... No todos los capitalinos son chilangos. Los chilangos son una clase particular de capitalinos. No dudo de que hoy también, así sea esporádicamente, se emplee el adjetivo *chilango* sin estas claras connotaciones injuriosas y que, al paso del tiempo, pueda llegar a ser un simple sinónimo de *capitalino*. Mientras ello sucede, convendría corregir cuidadosamente la definición del vocablo en los diccionarios.

Aun cuando se pensó que en la Constitución de la Ciudad de México podría definirse oficialmente cuál debería ser el gentilicio en cuestión, finalmente esto no prosperó; aunque el uso de “chilango” cada vez es más generalizado y es aceptado por mucha gente, la realidad es que también para un alto porcentaje de la gente originaria de la Ciudad de México le suena desagradable, más como un apodo, y no pueden reconocerse en un adjetivo que tiene una evidente connotación despectiva.

Hasta antes de la modificación constitucional de 2016 en que convivían como nombres oficiales Distrito Federal y Ciudad de México, se utilizó, sobre todo en medios intelectuales, el gentilicio de *defeño*, pero nunca fue asumido como propio por la población en general, de tal manera que quedó como una propuesta sin éxito, y debido a que “oficialmente”<sup>43</sup> se eliminó al Distrito Federal.

La Real Academia de la Lengua, en su diccionario, refiere que el gentilicio que debe adoptarse para nuestro caso es el de *mexiqueño*.<sup>44</sup>

mexiqueño, ña

1. adj. Natural de México, capital de la república mexicana. U. t. c. s.
2. adj. Perteneciente o relativo a México o a los mexiqueños.

A pesar de que la máxima autoridad institucional del idioma español indica que “mexiqueño” es el gentilicio de los naturales de México (la capital), es un adjetivo que no es usado por la población, de tal modo que no puede aceptarse como válido este “gentilicio”. Moreno de Alba se pronunció al respecto de la manera siguiente:

<sup>43</sup> La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente al 17 de julio de 2017 sigue teniendo SIETE referencias a Distrito Federal en diferentes artículos (sin contar las relativas a los artículos transitorios, lo cual sería perfectamente entendible).

<sup>44</sup> Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=P900Kvu>.

En la vigésima segunda edición del DRAE (2001) hay un artículo dedicado a la voz mexiqueño, que cuenta con dos acepciones (“natural de México” y “pertenciente o relativo a esta ciudad, capital de la República Mexicana”). También el reciente *Diccionario panhispánico de dudas* (2005), en el artículo mexicano, -na, cree necesario aclarar lo siguiente: “No debe confundirse este gentilicio [mexicano] con mexiquense, que es como se denomina a la persona oriunda del Estado de México, uno de los treinta y uno que conforman los Estados Unidos Mexicanos, ni con mexiqueño, que es el gentilicio de los naturales de la capital del país”.<sup>45</sup>

Sin duda el gentilicio mexiqueño está bien formado, pues a la raíz mexic-se añade el sufijo -eño que, entre otros derivados, también forma numerosos gentilicios (acapulqueño, toluqueño, caribeño...). El problema que yo veo no está, entonces, en una morfología defectuosa. No me convence empero el vocablo por la sencilla razón de que, en mi opinión, nadie lo usa. Nunca he oído en boca de un mexicano o de un hispanohablante el adjetivo mexiqueño. Tampoco lo he visto escrito, excepción hecha de los diccionarios mencionados. ¿A qué se debe, entonces, su presencia en las dos obras citada? Tengo entendido que hace algunos años la Academia Mexicana de la Lengua, al percatarse de la inexistencia de un gentilicio referido a la ciudad de México, lo propuso a la Real Academia Española y ésta lo incorporó en su diccionario del año 2001. La propuesta, en sí misma, no es mala. Sin embargo, si pasados cinco años, la voz no parece haber tenido éxito, resultaría mejor suprimirla.<sup>46</sup>

Recientemente, León Portilla, quizá la máxima autoridad en temas de historia prehispánica de México, propuso como opción al gentilicio para la Ciudad de México el de *mexicalino*; en síntesis, estas fueron sus razones:

#### Mexicano capitalino

Las comisiones de Consultas y Lexicografía de la Academia Mexicana de la Lengua estudian el caso y consideran que los vocablos “chilango”, “defeño” y “mexiqueño” tienen que ser descartados por distintas razones, plenamente sustentadas. Con base en la filiación histórica de la ciudad con la nación, se sugiere, tentativamente, que el término “mexicano” que designa genéricamente a las personas con la nacionalidad correspondiente podría ser también un gentilicio que remitiera los moradores de la Ciudad de México así como a todo lo relacionado con ella. Para despejar la ambi-

<sup>45</sup> Moreno de Alba, *op. cit.*

<sup>46</sup> *Idem.*

güedad, se propone añadir el epíteto “capitalino” a “mexicano” de manera sistemática, o a discreción, cuando sea necesario.<sup>47</sup>

#### Mexicapitalino

El binomio “mexicano capitalino”, si bien es preciso, al mantener separados sus componentes no tienen el valor sintéticamente emblemático de un apelativo con carácter genérico. Una forma más entrañablemente gentilicia se podría derivar, sin embargo, de esta locución nominal dando mexicapitalino, fusión de dos términos en una entidad léxica.<sup>48</sup>

#### Mexicalino

El gentilicio mexicapitalino, además de ser algo extenso, mantiene la palabra-concepto “capitalino” de manera transparente en el término. El hecho de que la ciudad-Estado sea también la capital del país no debe reflejarse de manera tan flagrante en el gentilicio, por lo que proponemos una fusión aún más sintética de los componentes que diluya una locución que podría ser superlativa. La palabra gentilicia resultante sería mexicalino, vocablo obtenido a partir de mexicapitalino mediante la exclusión de dos sílabas.<sup>49</sup>

En términos semánticos, el gentilicio náhuatl mexica correspondiente a la etnia indígena que dio su nombre a la ciudad, en tiempos prehispánicos, permanece intacto en la palabra. En cuanto a lino, alude de manera intencionalmente difusa al adjetivo “(capita)lino”. Por otra parte, se percibe, en el palimpsesto de la palabra, el radical cal de calli “casa” en náhuatl o la sílaba ca de “capital”.<sup>50</sup>

En términos fonéticos, la secuencia sonora es eufónica, agradable. Contiene cuatro de las cinco vocales del alfabeto español. Se pronuncia [mejicalino] con una fricativa glotal sorda para la “x”. Se puede pronunciar también a la manera náhuatl: [meshicalino], con una fricativa palatal sorda. Es cromática, por el color de sus cuatro vocales, y además aterciopelada, líquida (por la “l” y la “i”).<sup>51</sup>

La proximidad fonética de Mexicali, ciudad nortea que cuyo gentilicio oficial es, como ya lo expresamos, “mexicalense” (y de manera más coloquial pero más usual: “cachanilla”) podría ser un obstáculo, ya que el sufijo no puede tener en español un valor gentilicio. Sin embargo, con el uso, el tér-

<sup>47</sup> León-Portilla, Miguel, “CDMX: un gentilicio para una ciudad-Estado”, *Proceso*, 9 de marzo de 2016, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/432894/cdmx-gentilicio-una-ciudad>.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Idem*.

mino mexicalino se volvería arbitrario, borrando asimismo, con el tiempo, las huellas sonoras de una semejanza parásita.<sup>52</sup>

La composición del gentilicio mexicalino que propongo para los habitantes de la Ciudad de México, puede parecer algo artificial. Sin embargo, si consideramos que tanto Mexicali: Méxi(co) y Cali(fornia), como la ciudad del otro lado de la frontera, Calexico: Cal(ifornia) y (M)éxico, son montajes silábico-léxicos, el neologismo gentilicio mexicalino podría ser viable.<sup>53</sup>

Por último, el ex comisionado para la reforma política de la Ciudad de México, Porfirio Muñoz Ledo, propuso como gentilicio para la gente de la capital el de *mexica*, lo cual expuso en entrevista en los términos siguientes:

“Mexicas”, la propuesta de Muñoz Ledo para el gentilicio de la CDMX.<sup>54</sup>

El político mexicano recordó que cuando el territorio capitalino se llamaba Distrito Federal, “nos llamábamos defeños”, gentilicio con el que durante años nos reconocieron no sólo a nivel nacional e incluso internacional. Sin embargo, ante la creación de la Constitución y el cambio del nombre de la capital del país, “se perdió identidad”. Es por ello que, durante el foro organizado por el Instituto de la Juventud de la Ciudad de México (Injuve), planteó “rendirle homenaje a nuestros ancestros, a esa tribu que llegó a fundar esta ciudad, y que fueron los mexicas”.

A su vez, negó la posibilidad de otorgar el gentilicio de “chilango”, propuesta, entre otros, del jefe de gobierno de la Ciudad de México, Miguel Ángel Mancera, pues no lo consideró “muy conveniente”. “Llamarnos mexicas sería una forma de que los habitantes de esta capital nos sintamos orgullosos de nuestras raíces históricas”, indicó.<sup>55</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

El concepto de “derechos humanos” es dinámico, y seguramente seguirá afinándose y perfeccionando con el paso del tiempo; posiblemente el aspecto que se vaya ampliando con mayor notoriedad sea el relativo a su contenido: los derechos humanos casuísticamente.

---

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> Disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/propone-munoz-ledo-que-sea-mexicas-como-gentilicio-en-la-cdmx.html>.

<sup>55</sup> *Idem.*



Consideramos que el gentilicio es un caso específico de derecho humano que no había sido considerado por la literatura especializada, posiblemente por su relación con el de nacionalidad, pero evidentemente, con lo explicado en este trabajo, queda claro que el gentilicio responde a demandas distintas que la nacionalidad, y muestra un contenido social, cultural, moral y jurídico distinto al de la nacionalidad.

Probablemente el gentilicio sea una de las manifestaciones más íntimas de la personalidad, por lo cual merece una tutela jurídica.

En el caso de las personas originarias de México (la ciudad capital), se ha menoscabado su derecho a un gentilicio en beneficio de los nacionales de los Estados Unidos Mexicanos; pero la historia muestra que fue la ciudad la que compartió su denominación con el país, lo cual muestra un evidente perjuicio hacia los naturales de la Ciudad de México.

Si bien se han ensayado varias propuestas para elegir el gentilicio de la gente de México, se necesita una fuerte campaña de difusión para involucrar a la población en este tópico que es de suma importancia.

La propuesta de mexicalino, por los argumentos expuestos, parece ser la mejor.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN OCAMPO, Carlos, *No confundamos apodos colectivos con gentilicios*, disponible en: <http://www.elcastellano.org/artic/gentilicios.htm>.
- ARLETTAZ, Fernando, “La nacionalidad en el derecho internacional americano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), *Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955.
- CUERVO ÁLVAREZ, Benedicto, *Textos literarios. Gramática, sintaxis y ortografía (1/3)*, disponible en: <http://www.mailxmail.com/curso-textos-literarios-gramatica-sintaxis-ortografia-1-3/gramatica-gentilicios>.
- GUERRERO PINO, Samir Hendrix e HINESTROZA CUESTA, Lisneider, “El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, núm. 20, vol. 40, 2017.

- LEÓN-PORTILLA, Miguel, “CDMX: un gentilicio para una ciudad-Estado”, *Proceso*, 9 de marzo de 2016, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/432894/cdmx-gentilicio-una-ciudad>.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013.
- MORENO DE ALBA, José J., *Minucias del lenguaje*, México, Fondo de Cultura Económica, disponible en: <https://www.fondodeculturaeconomica.com/obra/suma/r2/buscar.asp?word2=chilango>.
- MORERA, Marcial, “Gentilicios y seudogentilicios: mostración vs. descripción”, *Revista de Lexicografía*, XVIII, 2012.
- NIBOYET, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, México, Ed. Nacional, 1965.
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo, “¿Tienen derechos los animales?”, en LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo *et al.* (coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-IICQ-ITAM, t. I, 2017, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4588-entre-la-libertad-y-la-igualdad-ensayos-criticos-sobre-la-obra-de-rodolfo-vazquez-tomo-i>.
- PEREZNIETO, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1994.
- PÉREZ, Elisa, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1990.

C

*Fecha de recepción:* 25 de julio de 2017.

*Fecha de aceptación:* 08 de octubre de 2018.



## El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación

### *The Control of Conventionality and Judicial Dialogue in front of the Environment as a Subject of Protection and Reparation*

Sergio Hernando CASTILLO GALVIS\*  
Magda Ligia D'JANON DONADO\*\*  
Alfredo RAMÍREZ NÁRDIZ\*\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto el control de convencionalidad y su ejercicio por los jueces administrativos, pretendiendo en este caso efectuar un análisis del control de convencionalidad y la doctrina conocida como diálogo interjurisdiccional que propenda por una concepción de mayor garantía del medio ambiente como sujeto de protección y reparación. Para ello, se utilizó un marco metodológico de carácter cualitativo con la técnica de análisis de discurso —de carácter jurisprudencial— sobre múltiples providencias de altas cortes colombianas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de reconocidos doctrinarios, que permitan fortalecer la propuesta, concluyendo que este diálogo sea activo con una modificación de la dirección en que se efectúe y que podrían ser las altas cor-

**ABSTRACT:** This article to control conventionality and its exercise by administrative judges, intending in this case to carry out an analysis of conventionality control and the doctrine known as interjurisdictional dialogue that encourages a conception of greater guarantee of the environment as subject of protection and repair. To this end, a qualitative methodological framework was used with the discourse analysis technique —of a jurisprudential nature— on multiple measures of the Colombian High Courts and the Inter-American Court of Human Rights, as well as recognized doctrines that allow strengthening the proposal, concluding that this dialogue will be active with a modification of the direction in which it takes place, which could be the High National Courts that set precedents that the Inter-American Court can take as a relevant

\* Magister en derecho administrativo de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, Colombia, docente de pregrado y posgrado de la Universidad Simón Bolívar; [s.castillo@unisimonbolivar.edu.co](mailto:s.castillo@unisimonbolivar.edu.co).

\*\* Magister en derecho administrativo de la Universidad Libre Bogotá, Colombia, profesora de pregrado en derechos humanos y derecho internacional humanitario, profesora de posgrado, candidata a doctor en ULB; [magdadjanon-1@hotmail.com](mailto:magdadjanon-1@hotmail.com).

\*\*\* PhD en Derecho, Universidad de Alicante, España, docente de grado y posgrado de la Universidad Libre en Colombia y de las universidades de Alicante y Católica de Murcia en España; [aramirez@unilibrebaq.edu.co](mailto:aramirez@unilibrebaq.edu.co).

tes nacionales las que fijen precedentes que la Corte Interamericana pueda tomar como criterio hermenéutico relevante que tengan por fin la conformación de un *ius commune* interamericano en favor del medio ambiente como sujeto autónomo de protección y reparación.

**Palabras claves:** Medio ambiente, control de convencionalidad, diálogo judicial, sujeto de protección.

*hermeneutical criterion that have as their purpose the conformation of an inter-American ius commune in favor of the environment as an autonomous subject of protection and repair.*

**Keywords:** *Environment, Control of Conventionality, judicial dialogue, Subject of protection.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo.* III. *Discusión.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces administrativos en el distrito judicial de Cúcuta (Colombia) respecto a procesos de reparación integral, y la determinación de responsabilidad estatal por violación a los derechos humanos. No obstante, para efectos de este producto, el objeto de estudio propuesto es el control de convencionalidad —como mecanismo de creación jurisprudencial interamericana— y el diálogo judicial propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un número importante de estudiosos del derecho que conciben la efectividad de los derechos y garantías de la persona a partir de “líneas de cooperación” entre sistema interamericano y nacional, ello específicamente para la protección del medio ambiente como sujeto de derechos, partiendo de la reciente sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana en que reconoce tal categoría al río Atrato, sus cuencas y afluentes, concluyendo con el diseño y conformación de una Comisión de Guardianes sobre esta fuente hídrica.

Se propone como desarrollo temático el siguiente: *i)* el sistema interamericano de derechos humanos y el control de convencionalidad frente a la protección al medio ambiente; *ii)* los avances en el ordenamiento jurídico colombiano en materia del medio ambiente como sujeto de protección y reparación; *iii)* la Sentencia T-622 de 2016 como hito en materia de protección al medio ambiente, teniendo en cuenta que con esta providencia, emitida por la Corte Constitucional Colombiana, declaró al río Atrato como

una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas; iv) conclusiones, y v) se efectuará una propuesta que busque materializar el denominado “diálogo judicial” entre la Corte Interamericana y la Constitucional Colombiana con un carácter bidireccional, bajo el entendido de que en materia de protección al medio ambiente la segunda resulta de mayor garantía, y denota el carácter progresivo en el reconocimiento y efectividad de derechos previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y el precedente fijado por la Corte IDH.

## II. DESARROLLO

### 1. *El sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad y el medio ambiente*

En la garantía y protección de los derechos humanos el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH) ha representado la *ultima ratio* —sin que esto pueda llegarse a entender como instancia— para su defensa; está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), con fechas de creación, naturaleza y funciones diferentes, pero con un fin en común: la efectividad de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y demás instrumentos internacionales adicionales que reconocen libertades y garantías, así como el carácter progresivo en su reconocimiento.

En el presente acápite se abordará la concepción del medio ambiente por parte del SIDH, así como el control de convencionalidad en relación con éste; se propone: i) principales instrumentos interamericanos respecto al medio ambiente; ii) la CIDH y la Corte IDH frente al medio ambiente, y iii) el control de convencionalidad como herramienta para su concepción como sujeto de protección y reparación.

Desde el punto de vista interamericano,<sup>1</sup> el medio ambiente encuentra íntima relación con el artículo 4o. de la CADH referente al derecho a la vida;

---

<sup>1</sup> La CIDH, en el informe del 31 de diciembre del 2015, manifestó que “El vínculo crucial entre la subsistencia del ser humano y el medio ambiente también ha sido reconocido en otros tratados e instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

específicamente éste respecto al derecho al agua, que como lo ha dicho la Corte Constitucional Colombiana, “la falta de acceso impide la consecución de una existencia digna o en condiciones de bienestar”.<sup>2</sup> Además, con el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, que en su artículo 11 establece el derecho que tiene toda persona a vivir en un medio ambiente sano; adicionalmente, luego de más de 15 años desde el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fue aprobada el pasado 14 de junio de 2016, y prevé en su artículo 19 el derecho a la protección del medio ambiente sano reconociendo los derechos e interdependencia en la relación entre las comunidades étnicas y tribales respecto a los recursos naturales que gozan de significado espiritual y cultural. Finalmente, la Carta Democrática Interamericana reconoció el carácter indispensable de un medio ambiente sano, y en su artículo 15 estableció la necesidad de que los Estados implementen políticas para su protección con el objetivo de lograr un desarrollo sostenible.

En lo que tiene que ver con la CIDH, ésta ha emitido importantes informes en esta materia; por ejemplo, el 31 de diciembre del 2015 con el desarrollo temático de “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, que aborda el tema del medio ambiente respecto a la “relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas, y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física”,<sup>3</sup>

---

y Culturales; el Tratado de Cooperación Amazónica; la Carta Mundial de la Naturaleza; la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica”. A nivel interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que ha sido firmado o ratificado por varios países de la región y entró en vigor en noviembre de 1999, recoge en su artículo 11, el derecho a un medio ambiente sano al establecer que: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-139. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente: T-5.245.781, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-139-16.htm>.

<sup>3</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriaseextractivas2016.pdf> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2018).

acudiendo para tal fin a su informe<sup>4</sup> emitido en 1997 respecto a la situación de los derechos humanos en Ecuador, donde menciona que “El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos”. Igualmente, en el séptimo informe emitido por la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Cuba en 1983, recomendó al Estado adoptar las medidas necesarias para “proteger el medio ambiente con miras a cumplir sus obligaciones de derechos humanos atinentes al derecho a la salud, explicando que un medio ambiente es esencial para una población sana”.<sup>5</sup>

Por su parte, la Corte IDH ha emitido pronunciamientos relacionados con la protección del medio ambiente sano, derivado en la inobservancia del artículo 11 del Protocolo de San Salvador. En otros casos no han llegado a tal instancia, al tomar en cuenta los principios de subsidiariedad y complementariedad del SIDH, o en su defecto, se ha alcanzado una solución amistosa de la petición, verbigracia *Mercedes Julia Huenteao Beroiza vs. Chile* en 2004<sup>6</sup> por parte de la CIDH. No obstante, analizando parte de la jurisprudencia emitida por este tribunal, se observa que la protección al medio ambiente ha encontrado como génesis la afectación a derechos y garantías previstas en la CADH o cualquiera de sus protocolos adicionales (como la vida, la salud, la propiedad) en contra de comunidades étnicas, indígenas o tribales cuya actuación estatal ha configurado un hecho ilícito internacional que requiere la intervención del tribunal interamericano, tal como lo señalaron Oliveira y Moreira en 2015:

De hecho, la gran mayoría de los casos ambientales del sistema interamericano surgen del uso constante de las zonas forestales y de las zonas rurales

---

<sup>4</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 1997, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ecuador-sp/Capitulo%209.htm> (fecha de consulta: 03 de enero de 2019).

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1983), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Cuba83sp/indice.htm> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2018).

<sup>6</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 30/04. Petición 4617/02. *Solución amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza vs. Chile*, 2004, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/chile.4617.02.htm>.



en la búsqueda de materias primas, alimentos, agua, combustible y el uso de zonas de disposición de basura. En este contexto, los más vulnerables a la desregulada explotación económica de los recursos naturales han sido los indígenas, los pueblos cimarrones y las comunidades campesinas de las Américas.<sup>7</sup>

Lo anterior es posible observarlo en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en la sentencia emitida por la Corte IDH en 2001, en donde encontró la responsabilidad internacional del Estado por la afectación a la disposición prevista en el artículo 21 de la CADH, referente a la propiedad privada, respecto al uso y goce de sus bienes y territorios, “toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados”,<sup>8</sup> por lo que es posible inferir que el medio ambiente —sin mayor mención en la providencia— fue sujeto de protección y reparación desde una perspectiva antropocéntrica de carácter pluricultural.

En observancia de la posible afectación al derecho a la vida, la Corte IDH resolvió el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, en virtud del cual encontró su responsabilidad respecto a “miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna”, soportado en que, como bien lo afirma el tribunal,

En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Oliveira, Valerio de y Moreira, Gustavo, “La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Ecuador, vol. 4 (2014/2015), enero-agosto de 2015, pp. 193-226, p. 221.

<sup>8</sup> OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001, p. 153.

<sup>9</sup> OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [Informe núm. 30], 2005, p. 167.

Recientemente, en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, en 2014, la Corte IDH encontró nuevamente la responsabilidad del Estado por vulneración al artículo 21 de la CADH en relación con su obligación de delimitar, demarcar y titular sus territorios. En su parte considerativa, el tribunal recordó que:

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.<sup>10</sup>

De lo anterior se infiere que la protección al medio ambiente y los recursos naturales es dependiente de la afectación a derechos y garantías previstas en *el corpus iuris interamericano*, especialmente respecto a comunidades indígenas, étnicas o tribales y en lo que tiene que ver con el “uso y goce” de sus bienes y territorios, como acertadamente lo afirman Oliveira y Moreira:

...la protección del medio ambiente en el sistema interamericano ocurre por una vía refleja, indirecta, ejercida por la estricta observancia de los dispositivos de la Convención Americana. Su tutela surge del ejercicio de “escribir recto en renglones torcidos”, es decir, no surge de la preocupación ambiental en sí misma, sino de la necesidad pragmática de proteger las disposiciones de la Convención Americana.<sup>11</sup>

En materia de control de convencionalidad, entendido éste como el mecanismo o instrumento de creación jurisdiccional que busca determinar la compatibilidad de las normas y prácticas internas frente a las disposiciones de la CADH<sup>12</sup> y la interpretación que de ésta realiza la Corte IDH propen-

<sup>10</sup> OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, 2014, p. 112.

<sup>11</sup> Oliveira, Valerio de y Moreira, Gustavo, *op. cit.*, pp. 193-226.

<sup>12</sup> Cuyo espectro es posible ampliarlo a los instrumentos interamericanos que reconocen el carácter jurisdiccional de la Corte IDH.

diendo por la efectividad de los derechos, así como la conformación de un *ius commune* internacional,<sup>13</sup> es necesario establecer la principal tipología de control de convencionalidad: *i*) desde la sentencia del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2002, se entiende la existencia de un control de convencionalidad concentrado, ejercido de forma exclusiva por la Corte IDH; *ii*) desde la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, se concibe que por regla general debe existir un control de convencionalidad en sentido difuso, es decir, todos los jueces de la República se encuentran obligados a ejercer el estudio de compatibilidad entre el orden interno y lo previsto por el *corpus iuris* interamericano, que incluye, desde toda perspectiva, la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por lo anterior, a efectos de este artículo, podría catalogarse como herramienta importante para el reconocimiento y aplicación del precedente fijado por la jurisprudencia interamericana frente a la relación que posee el medio ambiente y los recursos naturales desde la perspectiva de: *a*) la propiedad de bienes y territorios indígenas;<sup>14</sup> *b*) la vida y la salud;<sup>15</sup> *c*) garantías judiciales

---

<sup>13</sup> Se acostumbra asumir que el control de convencionalidad surge con la sentencia de la Corte IDH, *Myrna Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre del 2003, en la que el juez Sergio García Ramírez emitió el siguiente voto razonado: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”; Corte IDH, *Caso Myrna Chang vs. Guatemala* (25 de noviembre del 2003), Fondo, Reparaciones y Costas. Esta sentencia sería complementada tres años más tarde con la sentencia del *Caso Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, que indicó: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana”; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre del 2006), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Quedó así configurado el control de convencionalidad tanto en su modalidad concentrada como difusa.

<sup>14</sup> Véase Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001).

<sup>15</sup> Véase Corte IDH, *Caso Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006).

y protección judicial,<sup>16</sup> entre otros. Sin embargo, para garantizar la protección del medio ambiente y los recursos naturales en sí mismo, desde una visión ecocéntrica-antrópica,<sup>17</sup> resulta insuficiente el mecanismo interamericano que bajo otras perspectivas se concibe como herramienta para prevenir la configuración de un hecho ilícito internacional, razón por la cual, en las próximas líneas, se expondrán los principales avances desarrollados en el ordenamiento jurídico colombiano que han llegado al punto de declarar a un río, sus cuencas y afluentes, como entidad sujeto de derechos, proponiendo la inversión en el diálogo interjurisdiccional hasta la fecha propuesto en el control de convencionalidad.

Recientemente, el Estado colombiano activó la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la presentación de una consulta con indicativo OC-23 de 2017, en la cual se establecieron cuatro categorías a resolver, pero teniendo como gran eje la concepción de una posible afectación a derechos y garantías humanas como resultado de un daño ambiental, para lo cual aborda aspectos como la extraterritorialidad como criterio de responsabilidad internacional del Estado, pero estableciendo *prima facie* la concepción que el único sujeto destinatario de la protección de derechos humanos en estos casos es, de forma directa, la persona humana, por lo que, a diferencia de Colombia (y razón por la cual se sustenta la propuesta de este documento), no se concibe al medio ambiente como *sujeto autónomo de protección constitucional*.

Para efectos de la hipótesis propuesta en este documento, la OC-23 tiene dos elementos importantes a tener en cuenta. En primer lugar, acerca del control de convencionalidad, en el acápite correspondiente a los requisitos de admisibilidad, aduce que las opiniones consultivas emitidas por la Corte se comprenderán como *material controlante* para su ejercicio en los siguientes términos:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de

---

<sup>16</sup> Véase Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (2014).

<sup>17</sup> Como propone la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicado núm. AHC4806-2017.

derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.<sup>18</sup>

Lo anterior denota que no ha resultado suficiente la discusión acerca del concepto, evolución y ejercicio del control de convencionalidad, teniendo presente que como criterio de su activación responde a “*el corpus iuris interamericano*” entendiéndose que de él igualmente hacen parte las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, partiendo de su concepción como intérprete natural y autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que resulta supremamente innovador que este tribunal incluya dentro de dicho *material controlante* las opiniones consultivas que éste emita.

En un segundo momento, la Corte IDH hace relación a las obligaciones frente a daños fronterizos, ratificando la obligación de protección al medio ambiente en razón a las afectaciones a derechos y garantías que se puedan generar contra las personas; por ejemplo, señala en su párrafo 101:

La Corte considera que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio. A efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio.<sup>19</sup>

Por lo anterior, la propuesta de este documento es la concepción del control de convencionalidad como una materialización de una teoría del diálogo judicial con la Corte Constitucional (como ha sido señalado en este artículo), por multiplicidad de sentencias en que ha reconocido el carácter de sujeto autónomo de protección, entendiéndose la construcción de un gran *bloque de convencionalidad* que integre a los tratados que ratifican la competencia

---

<sup>18</sup> OEA, Corte IDH, 2017, 15 de noviembre, Opinión Consultiva OC-23. Solicitada por la República de Colombia (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>19</sup> *Idem*.

jurisdiccional de la Corte, la jurisprudencia de la Corte IDH, sus opiniones consultivas, y que además incluya como criterio relevante de interpretación las sentencias de máximos órganos jurisdiccionales de los Estados parte; se propone entonces que pueda adaptarse la figura del medio ambiente como sujeto de protección, derivado de la concepción ecocéntrica-antrópica que es un paradigma entre la concepción utilitarista del medio ambiente y la potencialmente ecológica, para entender que el ser humano es el responsable sobre su prevención y protección.

Un aspecto intermedio a tener en cuenta es la garantía jurisdiccional directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, la cual se ha exigido en los últimos tiempos, y prueba de ello es el voto razonado propuesto por Eduardo Ferrer McGregor que señala que estos derechos, de los cuales hace parte el medio ambiente,<sup>20</sup> no son *de buenas intenciones*, sino que establece algunos elementos de relevancia para efectos de este artículo:

50. Así, los avances realizados en el caso Lagos del Campo en materia del derecho al trabajo (estabilidad y asociación laboral), y en materia de la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y conglobado de los derechos (económicos, sociales, culturales, ambientales, civiles y políticos), permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana. En este sentido, la región interamericana se dirige hacia la misma dirección de lo que recientemente diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los Objetivos del Desarrollo Sostenible para el año 2030.<sup>21</sup>

Lo anterior denota el gran avance que se tiene en la efectividad directa de los denominados DESCAs, que incluye al medio ambiente, por lo que se tiene un gran avance frente a la justiciabilidad hacia su protección, que no dependa exclusivamente de la afectación a derechos y garantías humanas, sino que en sí mismos se constituyen como sujetos de protección; Ferrer McGregor aduce en su voto razonado que:

---

<sup>20</sup> OEA, Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 11: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

<sup>21</sup> OEA, Corte IDH, 2017, 31 de agosto, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*.

52. A partir de ahora, el Tribunal Interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de los DESCAs en los derechos civiles y políticos; sino teniendo una visión social más amplia de las violaciones que se presenten en los futuros casos. Advierto que la cuestión reviste especial importancia en la región latinoamericana, que mantiene altos índices de inequidad, desigualdad, pobreza y exclusión social. Estoy convencido que esta nueva visión de los derechos sociales interamericanos, permitirá el análisis más detallado y comprensivo de los derechos y obligaciones comprometidos en un caso, permitiendo el desarrollo de criterios jurídicos y estándares, que aborden de modo más propio y puntual asuntos de hondo impacto en la vigencia de los derechos humanos en la región.<sup>22</sup>

## 2. *Avances en el ordenamiento jurídico colombiano en materia del medio ambiente como sujeto de protección y reparación*

En el ordenamiento jurídico colombiano se han presentado modificaciones importantes en su estructura sociopolítica y en la cosmovisión que del Estado se tiene, materializado como el fundamento<sup>23</sup> ético del estado en la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos. No obstante, luego de abordar la temática del medio ambiente desde el sistema interamericano de derechos humanos, y específicamente del control de convencionalidad —como mecanismo que tiene por fin construir un *ius commune internacional*—, se pretende reseñar los principales avances que se han presentado en Colombia de acuerdo con la concepción que se tiene del medio ambiente como sujeto de protección y de reparación; para ello se proponen tres subtemas: *a)* desarrollo jurídico previo a la Constitución de 1991; *b)* la protección al medio ambiente desde instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y *c)* la doctrina de la Constitución ecológica o Constitución verde como evolución jurídica de origen jurisprudencial.

Como bien lo ha sabido denominar la Corte Constitucional, la cuestión ambiental, previo a la Constitución de 1991, se soportaba en la sanción y promulgación de cuerpos normativos de carácter legal y/o sublegal que como respuesta a la Conferencia en Estocolmo otorgaron una categoría de

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> Sentencia T-622 (2016) en que manifiesta la Corte Constitucional que: “En nuestro ESD la persona es el sujeto, la razón y el fin último del poder político y de todo el ordenamiento constitucional”.



protección reforzada, tal es el caso de la Ley 23 de 1973, que estableció como patrimonio común al medio ambiente constituyendo un régimen de responsabilidad y exhortando al presidente de la República a expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, tal como lo prevé su artículo 19.

De rango internacional, producto de la Corte Constitucional que ha denominado “internacionalización de las relaciones ecológicas”,<sup>24</sup> se tiene como primer gran momento la Conferencia sobre medio ambiente humano, convocada por la ONU en Estocolmo en 1972, la cual buscó reconocer problemas de carácter medio ambiental, llamando la “atención cómo los Estados, organizaciones internacionales y representantes de la sociedad civil que se reunieron en Estocolmo advirtieron el estrecho vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente”.<sup>25</sup> Adicionalmente, aduce la Corte Constitucional, en reciente sentencia T-622 de 2016, respecto a este hito que:

A partir de ese momento, el influjo que el derecho internacional ha tenido sobre las constituciones nacionales en materia medio ambiental es patente y se ha concretado, según recientes estimaciones, en el reconocimiento expreso del derecho a un ambiente sano por parte de 76 naciones, y su consagración constitucional en al menos 120 constituciones en las que se protege un amplio rango de factores que componen la naturaleza y la biodiversidad como el agua, el aire, la tierra, la fauna, la flora, los ecosistemas, el suelo, el subsuelo y la energía, entre otros.<sup>26</sup>

Posteriormente, en 1982 se adoptó la Convención sobre el Derecho del Mar, que reconoce en su preámbulo la conveniencia de establecer un orden

---

<sup>24</sup> Véase la Sentencia C-632 (2011) al manifestar que: “Paralelamente, desde un segundo plano, el citado propósito de preservar el medio ambiente, también ha conducido a la intensificación de la internacionalización de las relaciones ecológicas, dado que [l]os problemas ambientales y los factores que conducen a su deterioro no pueden considerarse hoy en día como asuntos que conciernen exclusivamente a un país, sino que, dado el interés universal que revisten y la necesidad de su preservación, incumbe a todos los Estados”.

<sup>25</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-080. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-4.3353.004. 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>.

<sup>26</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

jurídico para —entre otros aspectos— la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, deseando el desarrollo de los principios incorporados en la resolución<sup>27</sup> 2749 de 1970, emitida por la ONU, la cual declaró la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, puesto que son patrimonio común de la humanidad.

En 1983 se adoptó en Cartagena el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región Caribe, instrumento que entró en vigor para Colombia en 1988, aprobado mediante la Ley 56 de 1987 y promulgado a través del Decreto<sup>28</sup> 2248 de 1989; el convenio tiene como objeto —de acuerdo con su artículo 1o.— adoptar todas las medidas adecuadas de conformidad con el derecho internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación de la zona de aplicación.

Lo anterior como fundamento de los instrumentos internacionales<sup>29</sup> que tienen por objeto la protección del medio ambiente, ratificados y aprobados por Colombia. Sin embargo, con la Constitución Política, en su más compleja concepción, se estableció un plexo jurídico de especial protección que ha representado una relevante evolución acerca de la concepción del medio ambiente como sujeto de derechos desde diversos enfoques, adoptando la doctrina denominada como “Constitución ecológica” o “Constitución verde”, que según la Corte Constitucional “modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza”. Por ello, esta corporación ha señalado “que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídi-

---

<sup>27</sup> Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, “Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional”, 1970 [Resolución 2749].

<sup>28</sup> Congreso de la República, “Se promulga un convenio internacional” [Decreto 2248 de 1989], *D.O.*: 39007.

<sup>29</sup> Entre otros: (i) la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; (ii) la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982; (iii) el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987; (iv) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; (v) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; (vi) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; (vii) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000, y (viii) el Acuerdo de Copenhague de 2009 (Sentencia C-632.2011).

co”<sup>30</sup> que manifestó que de su lectura sistemática, axiológica y finalista surge su concepto, fundamentado en un grupo de artículos que así le constituyen.

En la Sentencia T-080 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, se estableció que el medio ambiente, para el constitucionalismo colombiano, ha adquirido distintas connotaciones, entre otras:

...representa simultáneamente un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1o., 2o. y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8o., 79, 95 y 333 superiores).<sup>31</sup>

Como en otros aspectos, el catálogo constitucional no se reduce al cuerpo normativo que se conoce como Constitución Política de 1991, sino que adicionalmente habrá que extenderse hacia el conocido bloque de constitucionalidad,<sup>32</sup> como es el caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, aprobado mediante Ley 165 de 1994 por parte del Congreso de la República, el cual, en palabras de la Corte Constitucional,

...forma parte del bloque de constitucionalidad por ser ratificado por el Congreso de Colombia y reconocer el derecho humano ambiental en su relación

<sup>30</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-411. Mg. Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente No. T-785, 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>.

<sup>31</sup> Que la Corte Constitucional ha definido como dimensiones y que agrupa, además de las señaladas en la providencia mencionada, las siguientes (Sentencia C-632.2011): “(i) *es un principio* que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un *derecho constitucional* de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de *servicio público*, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una *prioridad* dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”.

<sup>32</sup> En los sentidos propuestos por el máximo tribunal en la Sentencia C-225, 1995, estudiada por Nestor Sagües, al señalar que “son dos eslabones consecutivos”, haciendo referencia a la Constitución en sí misma y el denominado “bloque de constitucionalidad”.

inherente con los derechos a la vida y a la salud; tiene como objetivos principales la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.<sup>33</sup>

Situación similar sucede con el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, que en materia ambiental da soporte al mecanismo de la consulta previa frente a cualquier decisión que afecte el contexto social y cultural sobre el cual se erigen sus creencias; señala, además, “que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”<sup>34</sup> (artículo 3o.), razón por la cual la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 de 2005, manifestó su concepción como parte del bloque de constitucionalidad, al señalar que:

Hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.<sup>35</sup>

Derivado de la concepción dinámica de la Constitución de 1991 y su categoría ecológica, es posible identificar al menos tres aproximaciones para fundamentar el interés superior de la naturaleza, en palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016 que expresó:

<sup>33</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-204. Mg. Ponente: Alberto Rojas Rios. Expediente: T-4.124.007. 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>.

<sup>34</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169. Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 3o., 1957. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf).

<sup>35</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-401. Mg. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-5355. 2005. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-401-05.htm>.

...(i) en primer lugar, se parte de una visión antropocéntrica que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras; (iii) finalmente, se han formulado posturas contra-hegemónicas que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria.<sup>36</sup>

Será esta última la que se pretende defender, desde la perspectiva de sujeto de derechos autónomo, fundamentado en lo que la Corte Constitucional ha determinado como una “visión alterna”, que parte de una concepción menos antropocéntrica, bajo el sentido que “somos tan solo un pequeño «paréntesis» en el largo devenir de la naturaleza y no aquel ser perfecto y acabado que presumíamos facultado para apropiarse ilimitadamente de los recursos y demás seres vivos que le rodean; y con ello finalmente fraguar su propia destrucción”,<sup>37</sup> acudiendo, además, a la sentencia que llega a sostener que “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados”,<sup>38</sup> bajo la perspectiva de una visión ecocéntrica que ha sido desarrollada por providencias de la Corte Constitucional, como lo señaló en la reciente Sentencia C-041 de 2017.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

<sup>37</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-080. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-4.3353.004. 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-632. Mg. Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente. D-8379. 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-632-11.htm>.

<sup>39</sup> En competencia de resolver la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte desarrolla la perspectiva ecocéntrica, manifestando que: “La perspectiva *ecocéntrica* puede constatar en algunas decisiones recientes de esta Corporación. La sentencia C-595 de 2010 anota que «*la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra*». De igual modo, la sentencia C-632 de 2011 expuso que «*en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres*



### A. *Elementos fácticos de relevancia jurídica*

En un primer momento, la Corte Constitucional expone de manera concreta las principales características contextuales del departamento y el área que fundamentan el amparo solicitado, haciendo especial énfasis en que posee una población cercana a los 500.000 habitantes, de los cuales el 87% de la población es afrodescendiente, 10% indígena y 3% mestiza. Adicionalmente, respecto al río Atrato, sus cuencas y afluentes, señala que es hogar de múltiples comunidades afrocolombianas e indígenas, entre ellas las demandantes, que las han habitado ancestralmente, en donde también existen comunidades mestizas descendientes de migrantes de diversas regiones del país. Concluye manifestando que el departamento del Chocó presenta índices de población según los cuales el 48,7% vive en condición de pobreza extrema y el 79% de sus habitantes presenta al menos una necesidad básica insatisfecha.

Específicamente respecto a los hechos motivo de la solicitud de amparo, tiene por objetivo “detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada —dragas y retroexcavadoras— y sustancias altamente tóxicas —como el mercurio— en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes”, afectando los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan.

Por lo anterior,

...se solicita al juez constitucional que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, y en consecuencia, se emitan una serie de órdenes y medidas que permitan articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia de salud, socio-ambiental, ecológica y humanitaria que se vive en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

### B. *Consideraciones de la Sala para adoptar la decisión*

Bajo su metodología de corte académica-jurídica, propone como problema jurídico el siguiente:

Determinar si debido a la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorio aledaños, y a la omisión de



las autoridades estatales demandadas (encargadas de hacer frente a esta situación, tanto del nivel local como del nacional), se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes.

Por lo anterior, propone como primera línea temática desarrollar la fórmula de Estado social de derecho, el cual aborda desde un punto de vista histórico que mira a la Constitución de Weimar (1919), llegando a la fórmula de ESD propiamente dicha en 1930 mediante la Ley Fundamental de Bonn (1949), y desarrolla, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, los principios sobre los cuales se construye esta fórmula, partiendo de la igualdad real, la dignidad humana,<sup>40</sup> pasando por el interés general,<sup>41</sup> la justicia social y distributiva, la promoción y defensa del pluralismo<sup>42</sup> y diversidad<sup>43</sup> étnica y cultural, el interés superior del que goza la protección del medio ambiente, entre otros.

---

<sup>40</sup> “La Corte ha identificado en su jurisprudencia tres lineamientos claros y diferenciables sobre el principio de dignidad humana en tanto *centro axiológico* de nuestro ordenamiento constitucional, a saber: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida y de autodeterminarse de acuerdo a las preferencias propias, esto es, *vivir como se quiera o se escoja*; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, es decir, *vivir bien o en condiciones de bienestar*; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, como la integridad física, moral, espiritual, lo que significa *vivir libre de cualquier clase de vejaciones*”; Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

<sup>41</sup> “La consecución de objetivos comunes —en el marco del principio de solidaridad— sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho fundamental”. *Idem*.

<sup>42</sup> “En el texto constitucional se consagra una integración de diversos valores, principios e ideologías, al tiempo que se protege la confluencia de diferentes razas, etnias, lenguas, sexos y creencias con el objetivo de establecer un marco normativo que permita la tolerancia y la convivencia pacífica”. *Idem*.

<sup>43</sup> “La Corte ha entendido que responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. En este sentido, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos pluriétnicos y multiculturales”. *Idem*.

Para todo lo anterior expone los principales elementos acerca de la Constitución ecológica o Constitución verde, los derechos bioculturales,<sup>44</sup> el impacto negativo que tiene la minería ilegal sobre el medio ambiente, la protección especial de la cual gozan los ríos, bosques, fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, para finalmente abordar el caso concreto.

### C. *El reconocimiento al río Atrato como sujeto de derechos*

Sin duda alguna, el mayor avance presentado en la providencia objeto de estudio se centra en la declaración que realiza la Corte respecto al río Atrato como sujeto de derechos, que implica su protección, conservación, mantenimiento y, en el caso concreto, restauración, fundamentado entre otros factores en que:

i) La concepción de la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano; su importancia recae, por supuesto, en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación con los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*; esta última postura se pretende defender bajo la evolución a la aproximación ecocéntrica del medio ambiente en el Estado social de derecho colombiano.

ii) La obligación de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, procurando su conservación, restauración y desarrollo sostenible. En palabras más simples: *la defensa del medio ambiente no sólo constituye un objetivo primordial dentro de la estructura de nuestro ESD, sino que integra, de forma esencial, el espíritu que informa a toda la Constitución Política.*

iii) El desarrollo a nivel internacional con un nuevo enfoque jurídico denominado *derechos bioculturales*, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el

---

<sup>44</sup> “Hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a *administrar y a ejercer tutela* de manera autónoma sobre sus territorios —de acuerdo con sus propias leyes, costumbres— y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su *forma de vida* con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad”. *Idem*.

que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos.

iv) En respuesta a tal aproximación frente al manejo de la diversidad biológica y cultural por parte del Estado, es que resulta necesario adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomen en cuenta la profunda relación entre la diversidad biológica y la cultural.

#### D. Parte resolutive de la Sentencia

Abordando de forma concreta la parte resolutive de la Sentencia, la Corte Constitucional determina que, entre muchos otros aspectos:

- Revoca el fallo que negó el amparo de acción de tutela interpuesta por los accionantes.
- Concede a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio.
- Declara la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputables a las entidades del Estado colombiano.
- Reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes, como una entidad sujeto de derechos; adicionalmente, y como aspecto de especial importancia, la Corte ordenó diseñar y conformar una *comisión de guardianes del río Atrato*, analogizable con el caso de protección de los derechos de la naturaleza que se dio en Nueva Zelanda a partir de 2012, citado por la Corte en los siguientes términos:

Se trata de un acuerdo con fuerza de ley suscrito entre el gobierno de Nueva Zelanda y la comunidad de aborígenes maoríes del río Whanganui, protectora del río —el tercero más importante del país— por cientos de años. En el acuerdo, que actualmente es ley —Te Urewera Act 2014—, el gobierno de Nueva Zelanda le reconoce al río, el mismo *status legal* de una persona o de una corporación, es decir, le concede el derecho a la existencia, a ser mantenido y a prosperar, junto con la obligación de ser respetado. Bajo este diseño, como persona jurídica o entidad sujeto de derechos el río tiene dos guardianes legales: el gobierno neozelandés y la

comunidad del río Whanganui, que conforman conjuntamente una comisión de administración y protección.<sup>45</sup>

### III. DISCUSIÓN

#### *Control de convencionalidad como materialización de la teoría del diálogo judicial en relación con la protección al medio ambiente*

Se ha previsto que las medidas de reparación sobre el medio ambiente son de carácter secundario respecto a los derechos y garantías que sobre las personas se conculcan y que posee un lugar principalístico, razón por la cual se propone la concepción de éste como sujeto autónomo de reparación teniendo en cuenta las directrices previstas por órganos jurisdiccionales de carácter nacional; lo anterior parte del importante avance desarrollado por la Corte Constitucional colombiana que reconoce el carácter de sujeto especial de protección al río Atrato, que podría constituirse como un hipotético caso para la aplicación del denominado “diálogo interjurisdiccional”,<sup>46</sup> propuesto por autores como Víctor Bazán, teniendo en cuenta que se ha considerado que el control de convencionalidad se constituye como mecanismo que materializa dicha comunicación en dirección descendente, es decir, desde el orden internacional al nacional, sin entrar en discusión acerca del sistema de fuentes y la prevalencia de las normas de carácter convencional frente a la nacional.

Surge, en este punto, un cuestionamiento importante respecto a la conveniencia y necesidad de materializar el control de convencionalidad, que se traduce en establecer cómo se podría realizar un control de convencionalidad, como materialización de la teoría del diálogo judicial en relación con la protección al medio ambiente, a través de los jueces; es necesario, en un primer momento, señalar que dentro de las tipologías sobre las cuales se encuentra el mecanismo de control de convencionalidad, y por excelencia

---

<sup>45</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

<sup>46</sup> Bazán, Víctor, “La vinculación entre el control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos”, *Derecho procesal constitucional*, 2015, pp. 713-741.

su concepción, está la de un control judicial<sup>47</sup> que asemeja la realización de un control de constitucionalidad (interno), sólo que el material controlante varía entre uno y otro.

Para abordar la problemática propuesta, se deben señalar dos aspectos fundamentales. El primero obedece a la protección del medio ambiente por vía judicial, que responde perfectamente a la evolución paulatina que ha sufrido en el caso colombiano, teniendo presente que su justiciabilidad para asegurar su efectividad estaba dada únicamente por vía de la acción popular, que tiene por objeto la protección de derechos e intereses colectivos, o la acción de cumplimiento, ello fundamentado en el lugar que la Constitución nacional (en su sentido estricto e inicial) le otorgaba. No obstante, bajo el ejercicio jurisdiccional encomendado a la Corte Constitucional colombiana, también ha tenido variaciones fundamentales, para lo cual es necesario tener en cuenta que inicialmente la procedibilidad de la acción de tutela estaba marcada por la eventual configuración de un *perjuicio irremediable* que respondiera a los criterios de urgencia, gravedad, y que exija medidas inmediatas, razón por la cual, corroborando la afectación indirecta a las personas que justificaba la presentación de esta acción constitucional, por ejemplo en Sentencia T-621 de 1995, el tribunal señaló:

Los demandantes interponen la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable. En este sentido aciertan al no ejercer la acción en la modalidad de mecanismo definitivo para el amparo de sus derechos fundamentales, ya que la Ley establece la acción de cumplimiento en asuntos ambientales como medio de defensa judicial, a disposición de cualquier persona natural o jurídica, para enfrentar eficazmente la omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las autoridades públicas encargadas de la protección y defensa del medio ambiente.<sup>48</sup>

Posteriormente, en la Sentencia T-622 de 2016, que ha sido objeto de estudio en este artículo, se tiene que la Corte Constitucional desestima la protección de derechos fundamentales por afectación indirecta a vidas humanas, y que bajo una postura completamente ecocéntrica, reconoce su

---

<sup>47</sup> Véase el voto razonado de Sergio García Ramírez en la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 2006.

<sup>48</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-621. Diciembre 14. Mg. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-76905. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-621-95.htm>.

condición de sujeto de protección, y en su parte resolutiva ordena acciones humanas en favor de su vigilancia y protección. Es posible tener en cuenta que en la providencia mencionada la Corte adujo que:

El enfoque ecocéntrico parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, *esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella.*<sup>49</sup>

Lo anterior ratifica que el ser humano se constituye ya no desde una visión antropocentrista como dueño del universo, sino como un elemento más del mismo, y por tanto responsable directo de la suerte que éste corra.

El segundo elemento fundamental a tener en cuenta es la importancia de los estándares nacionales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es que de lo abordado a la fecha se tiene que, como fue evidenciado en el *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, se ha venido avanzando en el reconocimiento y protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, resulta insuficiente particularmente con el medio ambiente, y es donde cobra importancia que bajo posturas del pluralismo jurídico y el diálogo interjurisdiccional, la Corte IDH adopte como criterio relevante de interpretación los avances hasta ahora sostenidos por la Corte Constitucional colombiana, cuya evolución ha quedado ampliamente evidenciada, y quien desestima el paradigma de protección indirecta del medio ambiente para reconocerle su lugar como sujeto de protección, al punto de responsabilizar de su protección y cuidado a las comunidades que se encuentran en los lugares aledaños afectados; es decir, la dinámica cambia bajo la lógica de que ya no es la persona humana la afectada de

---

<sup>49</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

forma directa, sino el medio ambiente, como el entorno afectado en el cual el primero se desarrolla y sin el cual no puede subsistir.

De lo anterior se deriva que bajo las posturas hasta ahora conocidas en el ejercicio de un control de convencionalidad se concentran en un carácter jerárquico descendente (entiéndase de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia las cortes internas); es necesario que, con fundamento en el diálogo judicial, en principios de progresividad y *pro-homine*, perfectamente pueden ser adoptadas subreglas fijadas por tribunales nacionales hacia la conformación de un *ius commune interamericano*, que es una de las grandes finalidades reconocidas históricamente al control de convencionalidad, que se traducirá en que no sólo se velará por la efectividad de principios de prevención y cuidado ambiental, sino que adicionalmente, a partir de ello, podremos hablar de medidas de reparación inmateriales, como ocurre en la Sentencia T-622 de 2016, en la que se ordena conformar un grupo especial bajo la denominación de una “Comisión de Guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bitá en Vichada y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar”.<sup>50</sup>

La postura del diálogo judicial se sustenta en posturas como las de Víctor Bazán, quien señaló:

Una significativa vía de articulación consiste en el trazado de líneas de cooperación de los tribunales internos y la Corte IDH y en la prefiguración de un “diálogo judicial” entre ellos, en orden a que los órganos máximos de justicia constitucional de los Estados integrados al Sistema de la CADH acaten los estándares fijados por el Tribunal Interamericano, pero que correlativamente éste tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales. Ello así para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades en el funcionamiento concreto del control de convencionalidad.<sup>51</sup>

Recientemente, la Corte IDH en la sentencia del 1o. de diciembre del 2016, que decidió sobre el *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, reafirma el

---

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Bazán, Víctor, *op. cit.*, pp. 713-741.



carácter dialógico que posee respecto a los tribunales nacionales; es válido mencionar que aun cuando el párrafo citado hace referencia al estudio frente a una eventual vulneración al derecho a la libertad personal (artículo 7o.) de la señora Andrade, para fines de la presente investigación reafirma el denominado “diálogo judicial” propuesto por Víctor Bazán; señala la Corte IDH que:

Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.<sup>52</sup>

De acuerdo con lo anterior, la propuesta se fundamenta en que la Corte IDH podría recepcionar el precedente fijado por la Corte Constitucional colombiana en sede nacional, respecto a la protección del medio ambiente como sujeto de protección, partiendo de una aproximación ecocéntrica que le conciba como fin en sí mismo y no desde un punto de vista utilitario, como bien lo ha afirmado el tribunal constitucional:

“El desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad”, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, *solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista.*

<sup>52</sup> Corte IDH, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, 2016.

#### IV. CONCLUSIÓN

El sistema interamericano de derechos humanos, desde su órgano consultivo y jurisdiccional, ha presentado desarrollos en materia de medio ambiente. No obstante, se encuentra ligado a la afectación de derechos y garantías, tales como la vida, la salud y la propiedad privada, por lo que el control de convencionalidad resulta insuficiente frente a la protección del medio ambiente más allá de la relación de interdependencia que existe entre comunidades indígenas frente al uso y goce de bienes con significado cultural, así como la provisión de alimentos que materialicen los derechos a la vida e integridad personal fundamentado en el principio de dignidad humana.

El ordenamiento jurídico colombiano, especialmente a nivel jurisprudencial, ha evidenciado importantes avances en materia del medio ambiente como sujeto de protección y reparación, teniendo en cuenta que desde los inicios de sus providencias (por ejemplo la Sentencia T-411 de 1992) ha evolucionado frente a las aproximaciones (objetivo, prioridad, servicio público, derecho colectivo, derecho fundamental por conexidad) y en sus dimensiones antropocéntrica, biocéntrica y ecocéntrica que se fundamentan en abandonar la postura utilitarista de los recursos naturales para concebirlos como fin en sí mismos, y por tanto sujeto de protección.

La Sentencia T-622 de 2016 es, sin duda alguna, la providencia hito en materia de protección al medio ambiente, teniendo en cuenta que: *i*) desarrolla correctamente los postulados del Estado social de derecho desde principios como la dignidad humana, el interés superior y el bienestar general; *ii*) reafirma la conformación de la denominada “Constitución ecológica” que brinda soporte en la protección del medio ambiente; *iii*) reafirma la intensificación en la internacionalización de las relaciones ecológicas; *iv*) reconoce la categoría de sujeto de protección al río Atrato, sus cuencas y afluentes, así como ordena el diseño y conformación de un grupo para su protección, reiterando el carácter de corresponsabilidad entre Estado y sociedad, y *v*) los efectos *inter comunis* respecto a otras comunidades en situación fáctica y jurídica similar.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor, “La vinculación entre el control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos”, *Derecho Procesal Constitucional*, 2015.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-204. Mg. Ponente: Alberto Rojas Rios. Expediente: T-4.124.007. 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-622. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2016. Expediente: T-5.016.242. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-411. Mg. Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente No. T-785, 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-632. Mg. Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8379. 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-632-11.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-041. Mg. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, 2017. Expedientes: D-11443 y D-11467. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-041-17.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-401. Mg. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-5355. 2005. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-401-05.htm>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-080. Mg. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-4.3353.004. 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>.
- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, 2017, Mg. Luis Armando Toloza Villabona.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Solución amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras vs. Chile*, 2004, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm> (fecha de consulta: 23 de enero de 2018).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, (Doc.29 rev.1), 1983, dis-

ponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Cuba83sp/indice.htm> (fecha de consulta: 23 de enero de 2018).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, (Doc.10 rev.1), 1997, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ecuador-sp/Capitulo%209.htm> (fecha de consulta: 03 de enero de 2018).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasestractivas2016.pdf> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2018).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2018).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente*, 1987 [Ley 56 de 1987], *DO*: 38.162.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Se promulga un convenio internacional*, 1989 [Decreto 2248 de 1989], *DO*: 39.007.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Convenio sobre los Pueblos Indígenas en Países Independientes*, 1991 [Ley 21 de 1991], *DO*: 39.720.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 1994 [Ley 165 de 1994], *DO*: 41.589.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA, *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*, 1873 [Ley 84] *DO*: 2867.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991), disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).

CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, 2016, Fondo, Reparaciones y Costas.

- CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2013, Resolución. Supervisión de cumplimiento de sentencia.
- CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, Fondo y reparaciones.
- CORTE IDH, *Caso Myrna Chang vs. Guatemala*, 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH, *Caso Tenorio Roca vs. Perú*, 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva 14, 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*.
- CORTE IDH, 2014, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*.
- CORTE IDH, 2005, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [Informe núm.30].
- CORTE IDH, 2001, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.
- OLIVEIRA, Valerio y MOREIRA, Gustavo de, “La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Ecuador, vol. 4 (2014/2015), enero-agosto de 2015.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), 1988, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 1982, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 1983, Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 1992, Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, 055 de junio, disponible en: <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2017).

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Asamblea General, 1970, “Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional” [Resolución 2749].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 1957, Convenio 169. Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1974, “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente” [Decreto 2811], DO: 34243.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1978, “Por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto Ley 2811 de 1974: «De las aguas no marítimas» y parcialmente la Ley 23 de 1973” [Decreto 1541].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1978, “Por el cual se reglamenta el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley 23 de 1973 en materia de fauna silvestre” [Decreto 1608].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1978, “Por el cual se reglamentan la parte X del libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974 que trata de los recursos hidrobiológicos, y parcialmente la Ley 23 de 1973 y el Decreto-Ley 376 de 1957” [Decreto 1681].
- SANDOVAL, Carlos, “Enfoques y modelos de investigación cualitativa”, en *Memorias del II Seminario Nacional de Investigación Cualitativa*, Medellín, Colombia, CINDE, 1994.
- VASCO, Carlos, “Tres estilos de trabajo en las ciencias sociales”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1985, disponible en: [http://aprendeenlinea.udea.edu.co//0/Tres\\_estilos\\_de\\_trabajo\\_en\\_las\\_Ciencias\\_Sociales.pdf](http://aprendeenlinea.udea.edu.co//0/Tres_estilos_de_trabajo_en_las_Ciencias_Sociales.pdf) (fecha de consulta: 29 de octubre de 2017).

C

*Fecha de recepción:* 30 de mayo de 2018.

*Fecha de aceptación:* 22 de febrero de 2019.



## Separación de poderes y supremacía judicial: estudio de casos en Brasil

### *Separation of Powers and Judicial Supremacy: Case Analyses in Brazil*

Vinicius HSU CLETO\*

**RESUMEN:** Parte de la doctrina constitucional contemporánea señala que el rol desempeñado por las cortes constitucionales en cuestiones abstractas puede representar amenaza al legítimo papel del Poder Legislativo, usualmente compuesto por miembros elegidos directamente por la población. Además, las sentencias judiciales afectan, muchas veces, el Poder Ejecutivo, ya que el presupuesto es empleado para efectuar decisiones, especialmente las abstractas y generales, o sea, las constitucionales. Este artículo estudia los argumentos que notan cierta tendencia hacia un “gobierno de jueces”. Se los contraponen a razones que demuestran la legitimidad de la judicatura para decidir en abstracto. Busca probar que, en sistemas constitucionales autónomos, ni el Legislativo ni la judicatura poseen la palabra final en legislación abstracta; en realidad, hay repartición del poder de agenda a depender del tema. Para concretizar la tesis presentada, se analizan los casos *i)* del matrimonio homosexual en Brasil, y *ii)* de la “vaquejada”, que fue considerada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño y, posteriormente, aceptado en la Constitución Federal a través de la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017.

**ABSTRACT:** Contemporary constitutional jurists notice that the burgeoning role played by Constitutional Courts regarding political and abstract topics represents a threat to the legitimate functions of the Legislative, usually composed by directly elected members. Furthermore, judicial decisions tend to affect the Executive, since the budget is employed to assure the efficacy of abstract and general decisions. This article studies the arguments that emphasize a trend towards a “judges’ government”. Those propositions are confronted with arguments that demonstrate judicial legitimacy on abstract decisions. The hypothesis affirms that, inside functional constitutional systems, nor the Parliament nor the Judiciary have the final say in abstract regulation. In order to demonstrate the validity of the assertion, two different cases are scrutinized: *i)* same-sex marriage in Brazil; *ii)* Brazil’s “vaquejada”, a sport considered unconstitutional by the Federal Supreme Court, but subsequently accepted by Constitutional Amendment n. 96/2017.

---

\* Maestría en Derecho por el Centro Universitario Internacional UNINTER (Brasil).  
Abogado público en Brasil (OAB/PR no. 75.757); [viniciushsu@hotmail.com](mailto:viniciushsu@hotmail.com).



**Palabras clave:** Jurisdicción constitucional, supremacía judicial, derecho de minorías.

**Keywords:** *Constitutional jurisdiction, Judicial supremacy, Minority rights.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El gobierno de jueces*. III. *La legitimidad de la judicatura en materia constitucional abstracta*. IV. *El poder de agenda: diálogo entre poderes sobre el matrimonio homosexual en Brasil*. V. *Análisis de caso: la “vaquejada” en Brasil tras la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4.983 y la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Diversos doctrinarios contemporáneos se dan cuenta de la creciente presencia de la judicatura en la vida política de los Estados nacionales. Vanberg, por ejemplo, afirma<sup>1</sup> que la posibilidad de negar validez a leyes ordinarias o a actos administrativos a través del Poder Judicial es característica común del Occidente democrático. El caso brasileño no es excepción a la regla. Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 (CF88),<sup>2</sup> la judicatura gana más atribuciones después<sup>3</sup> de la Constituyente.

Esta interferencia de los jueces en el cotidiano político no está exenta de críticas. La posibilidad de volver inaplicable una ley discutida por todo

<sup>1</sup> Vanberg, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 1.

<sup>2</sup> Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>3</sup> El profesor brasileño Oscar Vilhena nota que “No campo dos direito fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.”. En traducción libre, dice que “En el ámbito de los derechos fundamentales, ya fueron decididas o están en la agenda del Tribunal cuestiones como: pesquisa con células madre, acciones afirmativas en universidades, desarmamiento, aborto (anencéfalos), demarcación de tierras de indígenas, reforma agraria, distribución de medicamentos, ley sobre la prensa, ley sobre crímenes graves, el poder de la policía para emplear esposas, derecho de huelga, entre otros”. *cfr.* Vilhena, Oscar, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4(2), julio-diciembre de 2008, p. 451.

el Congreso Nacional por medio de una hermenéutica amplia, basada en principios constitucionales abstractos, genera tensiones entre el Poder Legislativo y la cúpula de la judicatura. En el caso brasileño, el plenario del Supremo Tribunal Federal (STF) está compuesto por once ministros (artículo 101, CF88), mientras que el Legislativo, bicameral, presenta quinientos trece diputados (artículo 45, párrafo primero, CF88), y ochenta y un senadores (artículo 46, párrafo primero, CF88). En otras palabras, las determinaciones judiciales abstractas dependen de pocos miembros. Los poderes de los jueces constitucionales son todavía más amplios si tenemos en cuenta la aplicación de la llamada “modulación constitucional”, que puede delimitar los efectos de la decisión. En Brasil, véase el artículo 27 de la Ley 9.868 de 1999,<sup>4</sup> en traducción libre:

Al reconocerse la inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal decidir, en mayoría de dos tercios de los miembros, por restringir los efectos de aquella declaración o por decidir que ella solamente presenta eficacia tras la cosa juzgada o tras otro momento a ser fijado.

Sin embargo, la actuación de la corte constitucional no se limita a este aspecto temporal. El Supremo Tribunal Federal posee la facultad de determinar cuál es la interpretación correcta de los diplomas legales, es decir, puede crear hermenéuticas que huyen de la literalidad. Un ejemplo brasileño se presenta respecto al resarcimiento por daño al erario. Aunque la Constitución no admita la prescripción extintiva de acciones que buscan indemnización por daños al patrimonio público —y la literalidad no deja margen para la duda—,<sup>5</sup> el STF decidió<sup>6</sup> que sí es posible la prescripción

---

<sup>4</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. *Cfr.* Brasil, “Lei no. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>5</sup> Se trata del artículo 39, párrafo quinto, de la Constitución brasileña: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou

para ilícitos civiles, *ratio* que, peligrosamente, puede ser empleada contra el resarcimiento por daños causados mediante crímenes o conductas ímprobos.<sup>7</sup> Por lo tanto, la Corte Constitucional puede invertir la lógica no solamente del Legislativo, sino del constituyente, hecho singularmente grave en las democracias occidentales.

El Poder Ejecutivo, en la misma dirección, presenta críticas a la interpretación judicial abstracta. Las consecuencias presupuestarias afectan el planteamiento de políticas públicas que, muchas veces, fueron prometidas en campañas electorales.<sup>8</sup> Véase el caso del derecho a la salud. Es un derecho social de todos, y deber del Estado (artículo 196, CF88). El término “salud” está presente en sesenta y seis (66) diferentes momentos de la Constitución. Su importancia determinó el establecimiento del sistema único de salud —el SUS—, que ofrece cobertura universal. Teniendo en cuenta que Brasil es una Federación dividida en unión (gobierno federal), estados federados, municipios/alcaldías y Distrito Federal, se hizo el “Componente Especializado de Asistencia Farmacéutica” (CEAF),<sup>9</sup>

---

não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. En traducción libre: “La ley establecerá los plazos de prescripción de los ilícitos practicados por cualquier agente, funcionario o no, que causen perjuicios al Erario, exceptuadas las respectivas acciones de resarcimiento”.

<sup>6</sup> Juzgamiento del “Recurso Extraordinário (RE) 669069”. *Cfr.* Supremo Tribunal Federal, “STF Mantém Decisão sobre Reparação de Danos à Fazenda Pública Decorrente de Ilícito Civil”, junio de 2016, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>7</sup> Para que se conozcan los argumentos favorables a la prescripción resarcitoria, aunque proveniente de actos ímprobos, *cfr.* Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo y Gomes Junior, Luiz Manoel, “Questões Relevantes sobre a Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário com Fundamento em Ato de Improbidade Administrativa”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, vol. 277, marzo de 2018, pp. 463-485.

<sup>8</sup> Sérgio Buarque de Holanda, en su *magnum opus*, *Raízes do Brasil (Raíces de Brasil)*, nota que los países iberoamericanos son “personalistas”, es decir, presentan políticos que prometen bienes y reciben ofrendas en cambio —como el voto—. Estos lazos afectivos no siguen la lógica rigurosa de la ley impersonal. *Cfr.* Holanda, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 134. Max Weber, por su parte, afirma que el demagogo es el jefe típico del Occidente, figura que depende del discurso electoral. *Cfr.* Weber, Max, *Ciência e Política: Duas Vocações*, 18a. ed., São Paulo, Cultrix, 2011, pp. 97 y 98.

<sup>9</sup> Ministério da Saúde, “Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)”, julio de 2018, disponible en: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

que determina cuáles son los medicamentos que deben ser financiados por cada ente político. El primer grupo, por ejemplo, es atribución federal, ya que está compuesto por las drogas más caras. La judicatura ignora las posibilidades financieras de las personas jurídicas públicas. Es pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional que determina responsabilidad solidaria de los entes políticos,<sup>10</sup> o sea, el deber de ofrecer medicamentos independientemente de las reparticiones de atribuciones. Solamente en acciones resarcitorias se podría buscar indemnización por costes que serían responsabilidad de otro ente federativo.

Por lo tanto, la judicatura parece intrusiva, actuante fuera de las competencias generalmente esperadas en democracias cuyos poderes son tripartidos. Esta impresión, compartida por doctrinarios estudiados en este artículo, generó argumentos que defienden menos poderes abstractos de los jueces, específicamente de aquellos que actúan en cortes constitucionales.

Por otro lado, hay consideraciones que demuestran no haber gobierno de los jueces. La judicatura se hace presente si los demás poderes no respetan la orden constitucional o si hay grave impase sobre temas relevantes. No significa que la decisión judicial sea final; tampoco se sustenta la tesis de que la *ratio* abstracta de la judicatura sea definitiva.

Este artículo, según el método dialéctico, contrapone argumentos que presentan connotación negativa de la expansión de la judicatura con argumentos que son favorables a la manutención del poder decisorio abstracto de la cúpula judicial. En síntesis, se defiende que la judicatura solamente presenta poder decisorio abstracto cuando los demás poderes son incapaces de ofrecer alternativas democráticamente más legítimas, es decir, cuando haya impases decisorios. Su rol es esencial en democracias, ya que la composición técnica del cuerpo garantiza interpretaciones distintas de los demás poderes. Se crea un doble filtraje contra mayorías eventuales que puedan amenazar derechos de minorías —comprendidas en su sentido sustantivo—, las personas o grupos sin representatividad en el Parlamento o en el Ejecutivo. Los argumentos presentados se basan en autores anglosajones, portugueses y brasileños contemporáneos que estudiaron el conflicto entre la judicatura constitucional y los demás poderes. La selección se hizo en el marco de estudios de posgrado del autor.

---

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal, “RE 855178 - Recurso Extraordinário”, julio de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

Se comprueba la síntesis mediante el análisis de dos casos concretos en Brasil: el impase sobre matrimonios homosexuales y la cuestión de las “vaquejadas”. Los dos problemas son relativamente recientes, agudizados en la década de 2010. Ambos temas fueron juzgados por la Corte Constitucional brasileña, el Supremo Tribunal Federal.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal es el órgano de cúpula de la judicatura. Analiza, con exclusividad, la constitucionalidad abstracta de leyes en sentido amplio, concepto que alcanza las enmiendas constitucionales. La proposición de acciones judiciales de control abstracto de constitucionalidad es reglada por la Ley 9.868 de 1999, por la Ley 9.882 de 1999 y por el artículo 103 de la Constitución Federal brasileña. Aunque todos los jueces brasileños pueden realizar el control concreto de constitucionalidad, la interferencia abstracta, nacional,<sup>11</sup> es exclusividad del Supremo Tribunal Federal.

## II. EL GOBIERNO DE JUECES

La legitimidad de la interferencia judicial en temas anteriormente considerados de dominio exclusivo de los estratos políticos elegidos es cuestionada a través de argumentos recurrentes, los cuales van a ser examinados en esta sección. La expresión “gobierno de jueces” es ontológicamente peyorativa, ya que resalta que los órganos judiciales estarían entrometiéndose en asuntos cuya decisión debería ser realizada por los ciudadanos ordinarios.<sup>12</sup> Por ello, es el título explicativo de este apartado del artículo.

### 1. *Carácter antipopular: la preservación hegemónica de Hirschl y el derecho de minorías*

La importancia de la judicatura para preservar derechos de minorías es el argumento exhaustivamente presentado por la doctrina que defiende el

---

<sup>11</sup> Los tribunales de los estados federados realizan control abstracto de constitucionalidad respecto a leyes locales, provenientes de ayuntamientos o del Estado federado. En este caso, el paradigma es la Constitución estadual. En Brasil, sin embargo, la unión federal concentra las competencias legislativas más relevantes, por ejemplo, sobre derecho civil o sobre derecho penal.

<sup>12</sup> Jorge Novais afirma que los europeos no tienen el mismo respeto hacia los jueces tal como los estadounidenses, ya que siempre temieron el “gobierno de jueces”. *Cfr.* Novais, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Lisboa, Almedina, 2014, p. 31.

rol jugado por los jueces, especialmente los constitucionales, afirmación clasificada como “canónica” por Ran Hirschl.<sup>13</sup>

Sin embargo, existen muestras de que no hay garantías que sostengan semejante aseveración. Las élites económicas y políticas de los Estados podrían emplear la judicatura para proteger intereses propios, a pesar de las necesidades de la mayoría de la sociedad civil. Según Hirschl, semejante fenómeno, al cual se le denominó “preservación hegemónica”,<sup>14</sup> pasó en Sudáfrica.<sup>15</sup>

Otro equívoco apuntado por esta línea de argumentación sostiene que la creencia en bloques monolíticos de intereses no es aceptable. Según ejemplifica Waldron,<sup>16</sup> no todos los negros son favorables a acciones afirmativas, aunque sean potenciales beneficiarios; tampoco todas las mujeres son favorables al aborto, aunque sea un derecho que beneficia esencialmente la autogestión del cuerpo femenino. Según la misma línea de argumentación, no se debe imaginar que todos los blancos deseen oprimir negros, los cuales, en su totalidad, apoyarían medidas estatales consubstanciadas en la discriminación positiva. En el mismo sentido, hay hombres que defienden la plena autonomía femenina en la gestación del feto. Por consiguiente, la decisión sobre estas cuestiones políticas abstractas podría ser adoptada en el Poder Legislativo, ámbito privilegiado para ello, aunque haya mayoría de hombres blancos.

En efecto, si puede haber discriminación en el Parlamento, no existirían razones fundamentales para creer en el progresismo del tribunal constitucional.

## 2. *Legislación abstracta basada en la decisión de pocos miembros*

Los tribunales constitucionales están compuestos, muchas veces, por pocos miembros. Este fenómeno se explica por la necesaria uniformidad interpretativa de los juzgados. Para efectos de ejemplificación, la actual

---

<sup>13</sup> Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, Indiana, vol. 11, núm. 1, 2004, p. 75.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>16</sup> Waldron, Jeremy, “Legislatures Judging in their Own Cause”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, p. 143.

Suprema Corte de Estados Unidos presenta nueve (9) *Justices*; Israel, por su parte, posee quince (15) jueces en la Suprema Corte. Nuestro objeto de análisis, la jurisdicción constitucional brasileña, está compuesta por once (11) ministros. Si a estos tribunales les es concedida la facultad de descartar leyes basadas en procesos legislativos cuidados y discutidos, se nota una tendencia oligárquica y antidemocrática, aunque la elección de los jueces constitucionales sea influenciada por los poderes Ejecutivo y Legislativo. En efecto, en el caso brasileño, una ley ordinaria —jerárquicamente inferior a la Constitución— depende al menos de mayorías simples en la Cámara de Diputados (quinientos y trece congresistas) y en el Senado Federal (ochenta y un congresistas). Los ciudadanos de países democráticos tienden a aceptar leyes contrarias a sus creencias, siempre y cuando el proceso legislativo haya sido respetado.<sup>17</sup> La judicatura, empero, no prestaría cuentas al público elector.<sup>18</sup>

En respuesta a esta línea argumentativa, se dice que la elección del número de juzgadores reside en diplomas fundamentales de la historia jurídica del país. En Brasil, es la Constitución Federal la que determina las atribuciones y la composición del Supremo Tribunal Federal (artículo 101, Constitución Federal brasileña). Las constituyentes serían el momento crucial, en términos de legitimidad popular. Sin embargo, hay contestaciones que se preguntan por qué generaciones diferentes deberían obedecer a documentos antiguos y escritos por un pequeño grupo de intelectuales. Robert Dahl emplea el ejemplo estadounidense: la Constitución tiene más de doscientos (200) años y fue concebida por algo así como cincuenta (50) personas.<sup>19</sup> Sanford Levinson cuestiona la consecuente existencia del colegio electoral y del peso asimétrico de votos populares en los Estados Unidos del siglo XXI.<sup>20</sup> Por fin, Roberto Gargarella anota la posibilidad de que haya consensos muy profundos y amplios, legítimos como la constituyente,<sup>21</sup> que

---

<sup>17</sup> Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Journal*, New Haven, vol. 115/6, abril de 2006, p. 1.387.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1.363.

<sup>19</sup> Dahl, Robert A, *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 2.

<sup>20</sup> Levinson, Sanford, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People can Correct It)*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 6-11.

<sup>21</sup> Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, México, núm. 6, abril de 1997, p. 58.



pueden ser revisados por el “elitismo epistemológico”<sup>22</sup> de los defensores de la imparcialidad y corrección de los jueces constitucionales.

### 3. Políticas públicas de la judicatura

Otra faceta menos trabajada por la doctrina es la estipulación de obligaciones positivas generales dirigidas hacia al Poder Ejecutivo. Estos deberes, que se consustancian genéricamente en el rótulo “políticas públicas”, reducen el margen discrecional de alcaldes, gobernadores, presidentes y primeros ministros, elegidos en sufragios de acuerdo con sus programas de obras y servicios.

Los administradores públicos brasileños sostienen la teoría de la reserva del posible: ante las innumerables necesidades públicas, se seleccionan aquellas consideradas más relevantes, marginados los anhelos con mala relación costo-beneficio.

Sin embargo, la judicatura, representada por la Corte de cúpula, tendería a amplificar sus atribuciones. Se alteraría, por ende, la organización presupuestaria del ente político.

En la introducción se ejemplificó semejante avance judicial con la cuestión de los medicamentos en Brasil. Otro caso que representa la imposición de actos concretos se encuentra en el Recurso Extraordinario (RE) 592.581/RS. El Supremo Tribunal Federal brasileño impuso a la administración pública el deber de reformar establecimientos carcelarios para que se defendiera la dignidad del ser humano.<sup>23</sup> Los argumentos de la Abogacía del Estado de Río Grande del Sur sobre la reserva del posible no prosperaron.

La injerencia judicial en casos concretos no es, sin embargo, la situación más problemática para el Poder Ejecutivo. La Constitución Federal brasileña de 1988 no solamente alargó las atribuciones de la judicatura, sino que amplió la actuación del *parquet* brasileño, el Ministerio Público, capaz de ofrecer acciones con efectos abstractos y vinculantes para todos, o sea, *erga omnes*.<sup>24</sup> Este trabajo conjunto entre la judicatura y el Ministerio

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul”, agosto de 2015, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>24</sup> Arantes, Rogério Bastos, “Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Brasil, vol. 14, núm. 39, febrero de 1999, p. 89.

Público —independiente de cualquier poder en el caso brasileño— redujo el ámbito de libre acción de actores elegidos democráticamente.<sup>25</sup> Se estaría ante la modalidad de usurpación de funciones políticas por actores que son elegidos, mayormente, por procesos selectivos tecnocráticos, burocráticos.

### III. LA LEGITIMIDAD DE LA JUDICATURA EN MATERIA CONSTITUCIONAL ABSTRACTA

En contraposición a los argumentos contrarios a la expansión de la jurisdicción constitucional abstracta, hay aspectos que justifican la mantención del cuerpo técnico y específico para evaluar la constitucionalidad de los productos legislativos, así como para juzgar la actuación —o la omisión— del Ejecutivo.

En este apartado son presentados los argumentos que contraponen la doctrina constitucionalista que pide más espacio para la actuación de la clase política elegida directamente por los ciudadanos.

#### 1. *La constituyente*

Considerado momento fundamental en la existencia del Estado, la constituyente ni siquiera respeta derechos adquiridos en la vigencia de órdenes jurídicos pretéritos.<sup>26</sup> No significa la inexistencia de cualquier límite normativo: todas las Constituciones responden a necesidades históricas y culturales metajurídicas.<sup>27</sup> Sin embargo, la conformación de la estructura

<sup>25</sup> El Ministerio Público brasileño se considera protagonista en la concretización de los derechos colectivos *lato sensu*. Se admite, por ello, que la esfera discrecional del administrador público se reduzca. *Cfr. ibidem*, pp. 94-98.

<sup>26</sup> “Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (Kelsen)”. *Cfr.* Brito, Carlos Ayres de y Pontes Filho, Valmir, “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, *Revista de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, vol. 202, octubre de 1995, p. 75. En traducción libre: “Hay derecho adquirido contra enmiendas constitucionales. Lo que no existe es derecho adquirido contra la Constitución originalmente puesta, ya que la Constitución originaria es el comienzo de toda la normatividad jurídico-positiva del Estado soberano”.

<sup>27</sup> Es la opinión de Canotilho. Para un análisis de la teoría de la constituyente, *cfr.* Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 65-84.

del Estado, tema constitucional sustantivo, puede variar a depender de la creatividad de los pueblos. Lo que no se discute, por lo menos desde el siglo XVIII, es que la titularidad legítima del constituyente es la comunidad de ciudadanos del Estado.<sup>28</sup> Es la idea de Constitución en sentido normativo,<sup>29</sup> que se preocupa por la legitimidad del orden jurídico creado.

En la constituyente de los países democráticos se optó por la independencia de los jueces.<sup>30</sup> La competencia, las posibilidades de accionamiento, la extensión de los poderes jurisdiccionales y la composición<sup>31</sup> de los tribunales fueron determinadas en el momento fundamentalmente democrático del país. En el caso brasileño, un estudio científico<sup>32</sup> demuestra que la fundamentación de los votos de los jueces del Supremo Tribunal Federal muchas veces se alarga si hay retransmisión de las sesiones de juzgamiento en la “TV Justiça”, o sea, se toma en cuenta la evaluación popular.

Por lo tanto, no se puede decir que los juzgamientos abstractos son antidemocráticos. Las normas secundarias<sup>33</sup> confirieron poderes para que los tribunales constitucionales revisaran el procedimiento formal y sustancial de las leyes y de los actos administrativos en general. Además, adelante, en el análisis de los casos concretos, se notará que las decisiones no son permanentes. Aunque traigan estabilidad sistémica, el Legislativo y el Eje-

<sup>28</sup> Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 142.

<sup>29</sup> Grimm, Dieter, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 9-26.

<sup>30</sup> La independencia de la judicatura fue consagrada en las resoluciones 40/32 (1985) y 40/146 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se trata del documento “Principios básicos de la independencia la Judicatura”. Cfr. Naciones Unidas, “Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura”, julio de 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>31</sup> La elección de jueces constitucionales puede ocurrir según apreciaciones de miembros elegidos. En Brasil, el proceso selectivo depende del Senado Federal y del presidente de la República (artículo 101, párrafo único, CF). En Estados Unidos, Terri Peretti considera que el proceso es democrático porque las elecciones son determinantes para que se decida quién ocupará cargos judiciales. Cfr. Peretti, Terri, “Constructing Courts in Polarized Times”, noviembre de 2008, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1307789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1307789) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>32</sup> Hartmann, Ivar Alberto *et al.*, “A Influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 4, núm. 3, octubre de 2017, pp. 38-56.

<sup>33</sup> Hart, H. L. A., *O Conceito de Direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

cutivo pueden cuestionarlas a lo largo del tiempo. Las teorías del diálogo explican mejor las relaciones entre poderes democráticos. Miguel Godoy, por ejemplo, afirma que la Corte Constitucional es un intérprete relevante, pero no es el único.<sup>34</sup> En efecto, César Rodríguez-Garavito señala que las decisiones judiciales constitucionales son más bien efectivadas si el Ejecutivo participa del moldaje de las mismas.<sup>35</sup> Podría ser, según este autor, genuino poder moderador entre las demandas de la sociedad civil y las posibilidades de los administradores públicos.

Históricamente, se estaría delante del pasaje del Estado moderno europeo al Estado de derecho contemporáneo, en el que la ley mantiene su importancia, aunque no sea la única fuente normativa.<sup>36</sup>

## 2. *El doble filtro como protección de minorías*

Es natural que los jueces constitucionales cuiden de cuestiones típicamente sociales y políticas. Jorge Miranda resalta que toda interpretación “tem de se fazer mediante a circulação norma —realidade constitucional— valor”.<sup>37</sup> En el mismo sentido, la evaluación de temas políticos por el tribunal constitucional es considerada sana por Jorge Novais.<sup>38</sup>

Entre los asuntos políticos, se cuida de la protección de minorías. Éstas son clases de personas que no poseen la debida representatividad en los poderes democráticamente electos, a saber, el Ejecutivo y el Legislativo. Puede que la cantidad de miembros de este grupo de personas sea bastante considerable en el todo, pero el criterio distintivo es la falta de penetración en puestos decisorios. Por ende, sufren la posibilidad constante de perder derechos, incluso los fundamentales.

<sup>34</sup> Godoy, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 167.

<sup>35</sup> Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Texas, vol. 89:1669, 2011, pp. 1.685-1.696.

<sup>36</sup> El Estado de derecho presenta trazos de pluralismo jurídico. Cfr. Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (org.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, p. 28.

<sup>37</sup> En traducción libre: “Debe hacerse a través de la circulación norma —realidad constitucional— valor”. Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, v. 2, p. 304.

<sup>38</sup> Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 82.

Clásicamente, la judicatura constitucional garantizaría la protección de la libertad<sup>39</sup> de los miembros minoritarios de la sociedad civil. Sin embargo, como he afirmado en la sección de críticas, intérpretes como Jeremy Waldron y Ran Hirschl aseveran que no existen medios de asegurarse el progresismo de los juzgadores constitucionales, de suerte que no habría motivo para dirigir temas polémicos sobre minorías a la judicatura.

La afirmativa es empíricamente verdadera, pero las consecuencias de la hipótesis son diferentes de las que pretenden los críticos. Nada puede garantizar que los juzgadores constitucionales no presenten prejuicios tan graves como los miembros elegidos del Legislativo y del Ejecutivo; sin embargo, la presencia de un órgano compuesto por miembros distintos de la mayoría coyuntural elegida ofrece un filtro más de protección de las minorías. Si el acto administrativo, la ley o hasta la enmienda constitucional representa violaciones de derechos minoritarios, el tribunal constitucional jurídicamente técnico, puede evitar daños masivos. Es cierto que la posibilidad de intervención no se concretiza necesariamente, pero la excepcionalidad no es capaz de justificar la supresión de las cortes constitucionales. Basta intentar un sencillo ejercicio hipotético: ¿qué pasaría si las cortes constitucionales fueran suprimidas y todas las reglas abstractas fueran impuestas por el Parlamento? Básicamente, la mera posibilidad de revisión según la Constitución —hermenéutica de especialistas, o sea, técnica— dejaría de existir.

Lo mismo se puede decir de las omisiones administrativas o legislativas. Si el impase decisorio refleja consecuencias que dificultan el ejercicio de derechos, es natural que los tribunales constitucionales ofrezcan soluciones abstractas basadas en principios constitucionales. En Brasil, esta autoridad

---

<sup>39</sup> “A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia (insistimos ainda) não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria”. *Cfr.* Miranda, Jorge, “Democracia, Eleições, Direito Eleitoral”, en Pagliarini, Alexandre Coutinho y Cleto, Vinicius Hsu (orgs.), *Direito e Jurisdições: Interna e Internacional*, Curitiba, InterSaber, 2018, p. 79. En traducción libre: “La libertad se muestra, por lo tanto, en la misma línea, fundamento y límite de la democracia. Se muestra fundamento, ya que la participación en la conducción de los destinos comunes presupone la libertad. Y se muestra límite, ya que la democracia (insistimos todavía) no puede amenazar la libertad, y la mayoría es siempre mayoría de conjuntura, no es mayoría definitiva, siempre lista para masacrar los derechos de minorías”.

es conferida por el artículo 5o., XXXV, de la Constitución Federal, que exige la apreciación de amenazas o de lesiones a derechos, y por el artículo 4o. de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño,<sup>40</sup> que exige del juez, en caso de omisión legal, la decisión según la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho. Estas provisiones judiciales no son definitivas. Siempre pueden ser reglamentadas, revisadas o abrogadas. Con todo, la ausencia de la Corte Constitucional no posibilitaría que se superara el impase, v. g., dentro del Parlamento. El problema no tendría ni una solución justa (popular, democrática, consensual) ni una solución injusta (antipopular, elitista): simplemente no sería resuelto. Se podría argumentar que, en semejantes casos, la decisión no está madura, así que ninguna regulación podría ser adoptada; empero, no parece razonable demandarles a los afectados que esperen dos o tres generaciones<sup>41</sup> hasta que se superen omisiones.

### 3. *La imparcialidad de los jueces constitucionales*

Los jueces constitucionales no son distintos de los miembros políticos de otros poderes porque serían exentos o desinteresados. Todo órgano público, representado por persona natural, tiende a amplificar los propios intereses y competencias.<sup>42</sup> Si este aspecto fuera argumento suficiente para abolir poderes de decisión, a nadie sería facultado el derecho de determinar regulaciones abstractas.

Los juzgadores de las cortes constitucionales pueden ser considerados imparciales porque no sufren las mismas restricciones que los parlamentarios y los gobernadores. No necesitan obedecer a determinaciones de los líderes partidarios; tampoco deben reportarse a financiadores de campañas

---

<sup>40</sup> Brasil, “Decreto-Lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>41</sup> El argumento está presente en Barroso, Luís Roberto, “A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, número especial, 2015, p. 25.

<sup>42</sup> Por veces, los intereses particulares se mezclan con los intereses públicos. Para un análisis de la economía política desde la concepción del *homo oeconomicus*, cfr. Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 2009.

y lobistas.<sup>43</sup> Nuevamente, no se pretende que no existan factores institucionales que afecten la decisión de los miembros de la Corte Constitucional, sino que las limitaciones son diferentes.

Además, usualmente, se escogen juzgadores técnicamente calificados. En Brasil, por ejemplo, se exige que el ministro del Supremo Tribunal Federal presente “notable saber jurídico” (artículo 101, CF). En la actual composición de la Corte Constitucional, todos poseen, al menos, grado superior en ciencias jurídicas, es decir, fueron enseñados a razonar según las técnicas hermenéuticas del derecho. Eso significa que las apreciaciones de temas, agendas y políticas públicas son diferentes de aquellas realizadas en el Parlamento o en los gabinetes ejecutivos.

Estos dos predicados —ausencia de determinaciones político-financieras y técnicas distintas de interpretación— confieren imparcialidad apreciativa, capaz de reforzar el argumento que sostiene un filtro más de defensa de los derechos ajenos a la agenda de la mayoría coyuntural.

#### IV. EL PODER DE AGENDA: DIÁLOGO ENTRE PODERES SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN BRASIL

En los apartados anteriores se sostuvo que *i*) la Corte Constitucional puede actuar legítimamente en temas políticos abstractos, incluso para sanar actos y omisiones; *ii*) la *ratio* de las decisiones abstractas puede ser superada por los otros poderes, gracias a la omnipresente posibilidad de innovar el orden jurídico; con todo, los juzgamientos abstractos de la judicatura constitucional se mantendrán si hay impase decisorio.

En esta sección se analiza el reglamento brasileño contemporáneo sobre matrimonio homosexual y demás modalidades de unión civil para personas del mismo sexo. El tema demuestra, concretamente, la narrativa defendida en este artículo.

El Congreso Nacional brasileño, ámbito privilegiado para que se determinara la posibilidad o imposibilidad de admitirse el matrimonio homosexual, padece del denominado “impase legislativo”. El Proyecto de Ley n. 1.151/1995 de la Cámara de Diputados ha intentado disciplinar la unión civil de personas del mismo sexo. En 2013, semejante intento se hizo por

---

<sup>43</sup> El argumento está presente en Waluchow, Wil, “Constitution as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Canadá, 2005, pp. 207-247.



medio del Proyecto de Ley n. 5.120/2013 de la Cámara de Diputados, que reglamenta el matrimonio y la unión civil de homosexuales. En el Senado Federal, el Proyecto de Ley n. 612/2011 intenta, igualmente, reglamentar la unión civil de homosexuales. Al mismo tiempo, se registra el Proyecto de Ley n. 4.508 de 2008 de la Cámara de Diputados, que busca cohibir la adopción de niños por homosexuales. Ningún proyecto ha logrado aprobación.

Doctrinariamente, hay disonancias interpretativas. Hay posiciones que comprenden imposible el matrimonio homosexual, aunque razonablemente posible determinada modalidad de unión civil;<sup>44</sup> hay hermenéutica que veda la posibilidad de contracción de matrimonio por personas del mismo sexo, basada en la prohibición en el *jus cogens*;<sup>45</sup> hay interpretación que defiende la absoluta posibilidad.<sup>46</sup>

Para que se comprenda la actuación de la judicatura en este asunto, es necesario recurrir a la teorización de George Tsebelis. Si comprendemos, adaptadamente, que el Ejecutivo, el Legislativo y la judicatura son actores con poder de veto,<sup>47</sup> el análisis se vuelve claro, alejado de las críticas presentadas. En la situación actual, ni el Legislativo ni el Ejecutivo<sup>48</sup> lo-

<sup>44</sup> Barbosa, Camilo de Lelis Colani, “Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 2, octubre-diciembre de 2014, pp. 29-43.

<sup>45</sup> “É evidente que os Estados estão obrigados a reconhecer o casamento entre homem e mulher, apenas e tão só”. *Cfr.* Barroso, Ivo Miguel, “A Heterossexualidade como Característica Sine Qua Non do Conceito de Casamento, à Luz do Ius Cogens”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015, p. 4. En traducción libre: “Es evidente que los Estados están obligados a reconocer el matrimonio entre hombres y mujeres tan solamente”.

<sup>46</sup> Ferreira, Pedro Tiago, “Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana: Actos Homossexuais, Casamento e Adopção”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, v. 3, 2015, pp. 207-218; Lara, Mariana Alves y Lopes, Laís Godoi, “Conjugalidade Homossexual: em Busca de um Conceito Aberto de Família”, *Revista dos Tribunais Sul*, Brasil, vol. 4, 2014, pp. 35-55; Oliveira, Lucas de, “A Construção das Famílias Homoafetivas no Paradigma Democrático”, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 84, diciembre de 2017, pp. 99-120.

<sup>47</sup> Tsebelis, George, *Atores com Poder de Veto: Como Funcionam as Instituições Políticas*, São Paulo, FGV Editora, 2009.

<sup>48</sup> Aunque el Ejecutivo pueda intentar presionar por la agenda homosexual, hay otros factores que representan obstáculos. Apoyar el matrimonio de personas del mismo sexo significa pérdida de votos en sectores conservadores, hecho grave para cargos cuya elección ocurre mediante voto mayoritario, caso del presidente de la República. Para un es-

gran admitir o prohibir textualmente el matrimonio homosexual. Ya que la situación es indefinida, los que alegan lesión al derecho se refugian en la judicatura, específicamente en la Corte Constitucional, capaz de analizar la posible violación al derecho fundamental. Así, el poder de agenda, que puede ser determinante para alterar el *statu quo*,<sup>49</sup> es poseído por el Supremo Tribunal Federal. Este órgano, aunque judicial, impone solución abstracta que representa el “conjunto vencedor del *statu quo*”.<sup>50</sup> En las acciones judiciales ADPF<sup>51</sup> 132/RJ y ADI<sup>52</sup> 4277/DF, entendió posible la celebración de unión civil entre personas del mismo sexo. Esta *ratio*, proferida en control judicial abstracto, es la adoptada actualmente. Una vez que ni el Legislativo ni el Ejecutivo pueden, al día de hoy, alterar la solución de la Corte, se testimonia el fenómeno de la estabilidad decisoria,<sup>53</sup> que crea nuevo *statu quo*.

La judicatura fue lejos. Delante de recusos de órganos de registros, que solamente aceptaban decisiones judiciales en casos concretos, el Consejo Nacional de Justicia, órgano de la judicatura, impuso la obligación administrativa de reconocimiento de matrimonios homosexuales y uniones civiles entre personas del mismo sexo a través de la Resolución n. 175/2013.<sup>54</sup> Los fundamentos del acto son las decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia.

Hasta aquí habría demostración clara de un gobierno de jueces, pero la doctrina crítica se olvida de las innovaciones legislativas. El *statu quo* puede ser modificado desde que se establecen las condiciones para un nuevo equilibrio decisorio. En otras palabras, el Poder Legislativo podría ofrecer enmienda a la Constitución para prohibir matrimonios homosexuales. El

---

tudio sobre *payoffs* variables en múltiples arenas, *cfr.* Tsebelis, George, *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*, São Paulo, EdUSP, 1998.

<sup>49</sup> Tsebelis, George, *Atores...*, *cit.*, p. 43.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>51</sup> Modalidad de control abstracto de constitucionalidad.

<sup>52</sup> Otro medio de control abstracto de constitucionalidad.

<sup>53</sup> Tsebelis, George, *Atores...*, *cit.*, p. 41.

<sup>54</sup> “Art. 1o. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. *Cfr.* Conselho Nacional de Justiça, “Resolução No. 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, mayo de 2013, disponible en: <http://www.cnjf.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

Poder Ejecutivo, consciente de la Opinión Consultiva OC-24/17,<sup>55</sup> del 24 de noviembre de 2017, sobre “Obligaciones Estatales en Relación con el Cambio de Nombre, la Identidad de Género, y los Derechos Derivados de un Vínculo entre Parejas del Mismo Sexo”, podría denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según los términos del artículo 78 de este diploma,<sup>56</sup> de suerte que se evitara la responsabilidad internacional impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por supuesto, hay otros intereses en juego que pueden evitar soluciones radicales, pero lo que se busca demostrar es que los cambios reglamentarios abstractos son siempre posibles.

El caso brasileño es un modelo especialmente apto para el estudio de la palabra final en cuestiones políticas, porque hasta las enmiendas constitucionales pueden ser consideradas violación a “cláusulas pétreas”<sup>57</sup> de la Constitución Federal. Sin embargo, si la Corte Constitucional es accionada y declara la inconstitucionalidad de la enmienda, el Parlamento todavía puede continuar a innovar el orden jurídico. El criterio cronológico garantizaría la aplicación de los reglamentos creados por miembros democráticamente electos. Más allá de esta consideración, sería todavía posible cambiar, a lo largo del tiempo, la composición de la Corte,<sup>58</sup> para que reflejara la interpretación considerada correcta por los miembros de cuerpos políticos democráticamente elegidos. En efecto, éstos son mecanismos que posibilitan, institucionalmente, la alteración del *statu quo*, sin que para ello se suprima el órgano técnico capaz de proteger minorías contra las mayorías coyunturales.

Si admitimos las teorías del diálogo, debemos tener en cuenta que estos intercambios no son, necesariamente, pacíficos. Las tensiones son probabilidades admitidas en sistemas constitucionales, las cuales no siem-

---

<sup>55</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, noviembre de 2017, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>56</sup> Organización de los Estados Americanos, “Convención Americana de Derechos Humanos”, julio de 2018, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>57</sup> Mendes, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 294.

<sup>58</sup> Como ya he mencionado, el proceso de selección de jueces constitucionales, en Brasil, es hecho por el Senado Federal (Legislativo) y por el presidente de la República (Ejecutivo).

pre se resuelven fácilmente. Al mismo tiempo, las dificultades e impases pueden ser innúmeras, lo que posibilita negociaciones y primacía de las innovaciones decisorias, v. g., nuevas leyes.

#### V. ANÁLISIS DE CASO: LA “VAQUEJADA” EN BRASIL TRAS LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD N. 4.983 Y LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL N. 96 DE 2017

La “vaquejada” es un deporte practicado predominantemente en el Nordeste brasileño. Consiste en derribar los bueyes lanzados en una arena.<sup>59</sup> Tal como en la “pelea de gallos”<sup>60</sup> y en los “rodeos”,<sup>61</sup> varios doctrinarios y estudiosos consideran que la práctica constituye crueldad hacia los animales, motivo por el cual debe ser prohibida, ya que el artículo 225 de la Constitución Federal brasileña demanda la protección del medio ambiente en todos sus aspectos.<sup>62</sup>

En la ADI n. 4.983, acción de control abstracto de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal consideró inconstitucional la Ley Estadual 15.299/2013 de Ceará, que reglamentaba la “vaquejada”. Se admitió la *ratio* que consideraba cruel la práctica deportiva. En la secuencia, el Congreso Nacional rechazó el juzgamiento a través de la Enmienda Constitucional n. 96/2017, que facultó la práctica deportiva con animales desde que sea patrimonio cultural. Por ende, el ministro del Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, consideró perjudicada la ADI n. 5.713,<sup>63</sup> que bus-

<sup>59</sup> Santana, Heron y Moura, Judy Cerqueira, “Direito Animal e a Instabilidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 88, octubre-diciembre de 2017, pp. 183-200.

<sup>60</sup> Para un análisis de la acción de control abstracto ADI n. 1.856/RJ, *cfr.* Friede, Reis, “A Tutela do Meio Ambiente no Supremo Tribunal Federal: Estudo de Casos Concretos”, *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Río de Janeiro, vol. 8, noviembre-diciembre de 2014, pp. 13-30.

<sup>61</sup> Tuglio, Vania Maria, “Rodeio e Crueldade contra Animais”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 36, pp. 343-348, octubre-diciembre de 2004.

<sup>62</sup> Incluso los miembros de la fauna, animales domésticos o salvajes. *Cfr.* Custódio, Helita Barreira, “Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional”, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 2, marzo de 2011, pp. 215-258.

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Federal, “Ministro Julga Prejudicada ADI sobre Vaquejada na Paraíba”, abril de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhada.asp?idConteudo=374075> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

caba la inconstitucionalidad de la Ley Estadual n. 10.428/2015 de Paraíba, cuyo objetivo también sería reglamentar la “vaquejada”.

La disputa, con todo, no fue resuelta. El Fórum Nacional de Protección y Defensa del Animal ofreció la ADI n. 5.728, que afirma la violación de cláusulas pétreas. Así, el Supremo Tribunal Federal tendrá la oportunidad de evaluar, nuevamente, la legislación *lato sensu* del Parlamento.

Heron Santana y Judy Moura critican lo que denominan “activismo congresional”:

É que em um país como o nosso, antecedido de seguidos regimes autoritários e ditatoriais, a atividade interpretativa do STF vem sendo subjugada aos caprichos dos poderes executivo e legislativo, o que se reflète até os dias de hoje, como mostra a recente reação legislativa através da Lei 13.364/2016 e da Emenda Constitucional 96/2017, que tornaram sem efeito a interpretação constitucional do STF que considerou que a vaquejada submete os animais à crueldade.<sup>64</sup>

En verdad, las expresiones peyorativas “activismo judicial” o “activismo congresional” omiten la saludable distribución de poderes normativos abstractos que posibilitan el equilibrio entre deseos de las mayorías coyunturales y la defensa de derechos minoritarios. Hay que comprender que no todos los tópicos políticos presentarán contornos definitivos a lo largo del tiempo. La estabilidad decisoria —el *statu quo* de George Tsebelis— es modificada por las innovaciones decisorias de los poderes, que pueden ser activadas a depender del tema y del consenso interno de los órganos. Es la “destrucción creativa”<sup>65</sup> de Joseph Schumpeter aplicada en la teoría de la jurisdicción constitucional. La estabilidad de precedentes no es eterna, aunque se busque la uniformidad y la seguridad jurídica. Estas son aspiraciones de los juristas que, aunque nobles, no corresponden a la realidad de los hechos.

<sup>64</sup> Santana, Heron y Moura, Judy Cerqueira, *Direito Animal...*, cit., pp. 183-200. En traducción libre: “En nuestro país, antecedido por regímenes autoritarios y dictatoriales, la actividad interpretativa del STF ha sido subyugada por los caprichos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo que trae reflejos hasta los días de hoy, como demostrado por la reciente reacción legislativa a través de la Ley n. 13.364/2016 y de la Enmienda Constitucional n. 96/2017, que retiró la eficacia de la interpretación constitucional del STF que había considerado que la «vaquejada» sometía los animales a la crueldad”.

<sup>65</sup> Schumpeter, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguillar, 1952.

En el presente caso, una eventual procedencia de la ADI n. 5.713 puede determinar las mismas consecuencias estudiadas en el apartado sobre matrimonio homosexual: el Congreso Nacional puede innovar el orden jurídico y solapar la *ratio*, así como seleccionar juzgadores que tengan las mismas creencias a lo largo del tiempo. La inestabilidad no es deseable, pero en este caso concreto, el Legislativo presenta consenso suficientemente sólido para lograr enmiendas constitucionales (artículos 60, párrafo segundo de la CF). Al mismo tiempo, hay muchos legitimados a accionar el control abstracto de constitucionalidad. En estas circunstancias, la disputa solamente se resolvería mediante el compromiso entre la agenda congresional y la hermenéutica de la Corte Constitucional. Aunque el Supremo Tribunal Federal pueda determinar que la enmienda constitucional que permite la “vaquejada” sea considerada violación a la cláusula pétrea, el Congreso Nacional, por su turno, debe sublevarse y, por consecuencia, promover innovaciones legislativas que contraríen la *ratio* de la Corte. Algunos congresistas favorables a los derechos de los animales podrán, a su vez, intentar los remedios procesales de la Ley 12.016 de 2009, el “mandado de seguridad”, para impedir el trámite del proceso legislativo inconstitucional. Sin embargo, respetadas las reglas de presentación de materias, el Congreso Nacional puede trabajar incesantemente para modificar el *decisium* abstracto de la Corte Constitucional. Si todos los intentos fracasan, todavía se mantiene la posibilidad de seleccionar a juzgadores que respetan las creencias del Legislativo. Se nota que la discusión persiste.

## VI. CONCLUSIONES

Críticos de la jurisdicción constitucional abstracta, ejercida por la judicatura, señalan *i)* el posible elitismo decisorio; *ii)* la posible desconsideración de derechos de minoría por la Corte Constitucional; *iii)* la intromisión en la gestión presupuestaria. Defensores de los jueces constitucionales aseveran *i)* la legitimidad de la Corte Constitucional basada en la Constituyente; *ii)* el doble filtro para protección de minorías; *iii)* la importancia de la distinta composición e interpretación del tribunal.

Analizados los casos de la “vaquejada” y del matrimonio homosexual en Brasil, se nota que el proceso decisorio en sistemas constitucionales con poderes autónomos no presenta un órgano superior a los demás. Hipotéticamente, el Legislativo, órgano típico para innovar el orden jurídico, tendría

más posibilidades, especialmente si tenemos en cuenta su actuación en la selección de ministros del Supremo Tribunal Federal. Con todo, el Congreso Nacional brasileño es bicameral y compuesto por más de quinientos (500) parlamentarios. Las innovaciones tienden a sufrir con obstáculos representados por intereses diversos y agendas complejas. Aplicados y adaptados los conceptos de George Tsebelis, se nota que el *statu quo* solamente se modificaría si una nueva estabilidad decisoria puede ser alcanzada: otras *ratios* no lograrían alterar la reglamentación abstracta vigente por cuenta de impedimentos institucionales, ausencia de mayorías internas o costos de oportunidad.

La conclusión general nota que las críticas sobre determinado “gobierno de jueces” o “activismo congresional” no proceden. Es natural, en el marco de *checks and balances*, que la reglamentación abstracta cambie a lo largo del tiempo. Dependiendo del asunto, determinado poder tendrá la posibilidad de establecer la reglamentación abstracta del caso concreto. No significa que posea la palabra final. Nuevos consensos en otros poderes pueden alterar la estabilidad decisoria. En este artículo, se habló de la posible injerencia estatal *i)* en la cuestión de los medicamentos; *ii)* en la cuestión del resarcimiento por daño al erario; *iii)* en la cuestión del matrimonio homosexual; *iv)* en la cuestión de la “vaquejada”. En todos estos casos, el Legislativo podría superar la *ratio* jurisprudencial. Hasta en los temas más polémicos —el matrimonio de personas del mismo sexo y la “vaquejada”— existen alternativas posibles que modificarían el *statu quo* abstracto.

Por lo tanto, la última palabra en jurisdicción constitucional es aquella que todavía no fue superada por la reglamentación abstracta y legítima de otro poder. La posibilidad de superación, sin embargo, es omnipresente y necesaria: permite que las tensiones sociales sean estudiadas según la interpretación distinta de órganos diferentes, pero democráticos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ARANTES, Rogério Bastos, “Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Brasil, vol. 14, núm. 39, febrero de 1999.



- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, “Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 2, octubre-diciembre de 2014.
- BARROSO, Ivo Miguel, “A Heterossexualidade como Característica Sine Qua Non do Conceito de Casamento, à Luz do Ius Cogens”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto, “A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, número especial, 2015.
- BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 2009.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- BRASIL, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRASIL, “Decreto-Lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRASIL, “Lei no. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRITO, Carlos Ayres de y PONTES FILHO, Valmir, “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, *Revista de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, vol. 202, octubre de 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, “Resolução No. 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, mayo de 2013, disponible en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, noviembre de 2017, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo y GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, “Questões Relevantes sobre a Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário com Fundamento em Ato de Improbidade Administrativa”, *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 277, marzo de 2018.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira, “Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional”, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 2, marzo de 2011.
- DAHL, Robert A, *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven, Yale University Press, 2001.
- FERREIRA, Pedro Tiago, “Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana: Actos Homossexuais, Casamento e Adopção”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015.
- FIORAVANTI, Maurizio, “Estado y Constitución”, en FIORAVANTI, M. (org.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.
- FRIEDE, Reis, “A Tutela do Meio Ambiente no Supremo Tribunal Federal: Estudo de Casos Concretos”, *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Río de Janeiro, vol. 8, noviembre-diciembre de 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, México, núm. 6, abril de 1997.
- GODOY, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- HART, H. L. A., *O Conceito de Direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- HARTMANN, Ivar Alberto *et al.*, “A Influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 4, núm. 3, octubre de 2017.
- HIRSCHL, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, Indiana, vol. 11, núm. 1, 2004.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- LARA, Mariana Alves y LOPES, Laís Godoi, “Conjugalidade Homossexual: em Busca de um Conceito Aberto de Família”, *Revista dos Tribunais Sul*, Brasil, vol. 4, marzo-abril de 2014.
- LEVINSON, Sanford, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People can Correct It)*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, “Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)”, julio de 2018, disponible en: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacautica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmacautica-ceaf> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- MIRANDA, Jorge, “Democracia, Eleições, Direito Eleitoral”, en PAGLIARINI, Alexandre Coutinho y CLETO, Vinicius Hsu (orgs.), *Direito e Jurisdições: Interna e Internacional*, Curitiba, InterSaberes, 2018.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, vol. 2, 2007.
- NACIONES UNIDAS, “Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura”, julio de 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- NOVAIS, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Lisboa, Almedina, 2014.
- OLIVEIRA, Lucas de, “A Construção das Famílias Homoafetivas no Paradigma Democrático”, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 84, diciembre de 2017.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Convención Americana de Derechos Humanos”, julio de 2018, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- PERETTI, Terri, “Constructing Courts in Polarized Times”, noviembre de 2008, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1307789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1307789) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Texas, vol. 89:1669, 2011.
- SANTANA, Heron y MOURA, Judy Cerqueira, “Direito Animal e a Instabilidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 88, octubre-diciembre de 2017.
- SCHUMPETER, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguillar, 1952.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Ministro Julga Prejudicada ADI sobre Vaquejada na Paraíba”, abril de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374075> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “RE 855178 - Recurso Extraordinário”, julio de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul”, agosto de 2015, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “STF Mantém Decisão sobre Reparação de Danos à Fazenda Pública Decorrente de Ilícito Civil”, junio de 2016, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- TSEBELIS, George, *Atores com Poder de Veto: Como Funcionam as Instituições Políticas*, São Paulo, FGV Editora, 2009.
- TSEBELIS, George, *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*, São Paulo, EdUSP, 1998.
- TUGLIO, Vania Maria, “Rodeio e Crueldade contra Animais”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 36, octubre-diciembre de 2004.
- VANBERG, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- VILHENA, Oscar, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4(2), julio-diciembre de 2008.
- WALDRON, Jeremy, “Legislatures Judging in their Own Cause”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009.

WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Journal*, New Haven, vol. 115/6, abril de 2006.

WALUCHOW, Wil, “Constitution as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Canadá, 2005.

WEBER, Max, *Ciência e Política: Duas Vocações*, 18a. ed., São Paulo, Cultrix, 2011.

C

*Fecha de recepción:* 27 de julio de 2018.

*Fecha de aceptación:* 30 de enero de 2019.



## El plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad y los derechos humanos

### *The term of interposition of the action of unconstitutionality and human rights*

Alberto HERRERA PÉREZ\*  
Eduardo Alberto HERRERA MONTES\*\*

*edfra semper iunctus*

**RESUMEN:** El plazo establecido en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para interponer la acción de inconstitucionalidad, en el caso de normas generales lesivas de derechos humanos, debe adecuarse o, en definitiva, ser intemporal.

**Palabras clave:** Derechos humanos, plazos procesales, normas generales, acción de inconstitucionalidad.

**ABSTRACT:** *The term established in the Regulatory Law of Fractions I and II of the Article 105 of the Political Constitution of the United States of Mexico to interpose the abstract action of unconstitutionality, in the case of general norms detrimental to human rights, must be adequate or be timeless.*

**Keywords:** *Human rights, procedural deadlines, general rules, unconstitutionality action.*

---

\* Especialista en derecho penal por la Universidad Panamericana, México; especialista en derecho constitucional por la UNAM; maestro en derecho por la Universidad Marista; [edfra5@hotmail.com](mailto:edfra5@hotmail.com).

\*\* Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Tecnológica de México, campus sur, México.

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *Delimitación analítica*. III. *La acción de inconstitucionalidad como medio de impugnación a violaciones de los derechos humanos*. IV. *Instrumentos jurídicos internacionales*. V. *Corolario*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes consultadas*.

## I. EXORDIO

Los derechos humanos corresponden al ser humano por el solo hecho de revestirse de tal calidad que le confiere una racionalidad, la cual demanda el respeto a su dignidad,<sup>1</sup> permitiéndole un desarrollo armónico en la sociedad.<sup>2</sup>

La alta importancia de estos derechos llevada al texto de nuestra ley fundamental, en la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) del 10 de junio de 2011, no deja margen de discusión para comprender una obligada preeminencia en su defensa y tutela.

La reforma constitucional del artículo 105 constitucional, del 31 de diciembre de 1994, transformó el papel del Poder Judicial de la Federación, al otorgarle a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

La génesis de este medio de control surge con la finalidad de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría; es un control abstracto de la Constitución respecto de actos formal y materialmente legislativos (leyes)<sup>3</sup> cuyas disposiciones son contrarias a los principios o postulados de la Constitución federal.

## II. DELIMITACIÓN ANALÍTICA

En la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley o la Ley),

<sup>1</sup> Herrera Pérez, Alberto, “La dignidad humana en la Constitución federal mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXVI, julio-diciembre de 2016, p. 126.

<sup>2</sup> Herrera Pérez, Alberto, “Correlación jerárquica normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución federal mexicana”, *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, núm. 22, año VIII, diciembre de 2015, p. 146.

<sup>3</sup> Sin olvidar los tratados internacionales.



se prevé un plazo único *in genere* para la interposición de los medios de control constitucional (controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad), sin considerar la materia de impugnación (fiscal, electoral, administrativa, etcétera).

A partir de la reforma constitucional de junio de 2011, se faculta a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a otros organismos defensores de los derechos humanos para impugnar normas generales (vía acción de inconstitucionalidad)<sup>4</sup> donde se reclame la invalidez de actos lesivos (normas generales) a los derechos humanos.

El presente ensayo se encaminará a establecer si el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de un acto del Poder Legislativo o de un tratado internacional, presumiblemente lesivos o invasivos de los derechos humanos, debe reglarse bajo los mismos supuestos o plazos procesales establecidos para las demás materias, o si es necesario conferirle un régimen procesal especial, bajo la óptica de que su interposición debe guardar un especial tratamiento atendiendo a la naturaleza axiológica de estos derechos.

Específicamente analizaremos si el plazo para interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad, previsto en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe permanecer en su actual redacción o es necesaria su modificación o adecuación para lograr alcanzar un espectro tutelar más amplio en la defensa de los derechos humanos.

### III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN A VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por defensa de la Constitución se puede entender el conjunto de instrumentos procesales cuyo objetivo es hacer valer el contenido, los alcances y la evolución de la ley constitucional.<sup>5</sup>

Constituyen medios de control constitucional, el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, los proce-

---

<sup>4</sup> Muy posiblemente la controversia constitucional podría constituirse como un medio eficaz de combatir actos lesivos a los derechos humanos; sin embargo, este análisis escapa a los fines de este ensayo.

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Grandes temas del constitucionalismo mexicano, la defensa de la Constitución*, México, 2005, p. 16.

nos jurisdiccionales en materia electoral, los medios de protección de los derechos humanos y el juicio político.

La acción de inconstitucionalidad se define como un medio de control abstracto de constitucionalidad cuyo objeto es llevar a cabo “...un control de la regularidad constitucional, en términos de lo dispuesto en la parte inicial de la fracción II del artículo 105 de la Constitución, ya que siempre se contrastará una norma legal o un tratado internacional contra la propia Constitución”.<sup>6</sup>

Armando Guadalupe Soto Flores<sup>7</sup> sostiene que la acción de inconstitucionalidad es:

...el modo de control de la constitución —por lo mismo garantía constitucional— en virtud del cual ciertos sujetos legitimados por el texto constitucional pueden instar el control abstracto de una norma general ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de que ésta pueda determinar si existe una contradicción entre dicha norma y la Constitución Federal o los tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte.

Por su parte, Brage Camazano afirma:

...aquél mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución.<sup>8</sup>

La referencia a “control abstracto” significa que el análisis o estudio se lleva a cabo completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación que haya podido tener la ley cuestionada, la que en ocasiones aún

---

<sup>6</sup> Cossío, José Ramón y Acha Pérez, Luis M. de, *La defensa de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, p. 67.

<sup>7</sup> Soto Flores, Armando Guadalupe, *La controversia constitucional y la acción de constitucionalidad como medios de control de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 164 [en línea, 9 de enero de 2019], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4456/8a.pdf>.

<sup>8</sup> Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 2.

no se ha aplicado ni generado agravio alguno; por lo tanto, no se requiere la afectación de un interés legítimo; basta con la promoción por parte de los órganos o entes públicos especificados para la procedencia de esta vía.

El aspecto fundamental de esta acción abstracta es afirmar y tutelar el principio de supremacía constitucional (en virtud del cual toda norma debe ajustarse a los lineamientos establecidos en la carta magna) otorgando certeza y congruencia al orden jurídico. Es precisamente esta característica hegemónica la que otorga orden y coherencia a la estructura normativa del Estado mexicano, ya que no es posible entender la vigencia de normas generales contrarias a las disposiciones, principios y valores insertos en la ley fundamental.

En la originaria reforma constitucional por la que se crea la acción de inconstitucionalidad (*DOF* del 31 de diciembre de 1994), los sujetos procesales legitimados para interponerla se constituían por el equivalente al treinta y tres por ciento de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Senadores; el procurador general de la República; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de los órganos legislativos estatales, y el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes; en esa reforma constitucional se estableció el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma. Un detalle significativo es la excepción que se hace para ejercer esta acción respecto de leyes electorales.

Posteriormente (*DOF* del 22 de agosto de 1996), se agregarían como sujetos legitimados a los partidos políticos, y las leyes electorales como materia de la acción de inconstitucionalidad.

Una reforma importante a nuestra ley fundamental en materia de sujetos procesales legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad se produce al adicionarse a su artículo 105, fracción II, un inciso que correspondería a la letra g), en el cual se otorga la facultad de interponer este tipo de acciones a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, y la Comisión de Derechos Humanos del Dis-

trito Federal en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (*DOF* del 10 de junio de 2011).<sup>9</sup>

Parece inferirse (atendiendo al contenido de esta última reforma constitucional) que antes del otorgamiento a las comisiones defensoras de derechos humanos de la facultad de combatir leyes: “que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”, la acción de inconstitucionalidad no se erigía como un medio procesal constitucional directo (como el juicio de amparo) para impugnar violaciones a los derechos humanos por leyes o tratados internacionales.

Las materias objeto de la impugnación en estas acciones se referían fundamentalmente a cuestiones electorales, fiscales, administrativas, civiles, etcétera.

Las materias electoral y fiscal concentran la mayor parte de las acciones de inconstitucionalidad, aunque la diferencia porcentual entre una y otra es muy alta. Por lo que respecta a la materia administrativa, los temas más recurridos se relacionan con la rama municipal, la asistencia social, los servicios y la creación de órganos administrativos. Resulta interesante observar que casi el 50% de las acciones en materia administrativa se refieren a la creación de órganos, institutos y organismos descentralizados a nivel estatal, y que el principal motivo de controversia tiene que ver con el régimen laboral de dichas instituciones...

Lo anterior demuestra que los temas relacionados con el poder político y con el poder económico son los que más interesan a los órganos legitimados. En un segundo plano se encuentran los temas relacionados con libertades y derechos, integración y facultades de los órganos electorales y distritación. Esto significa que los partidos políticos se preocupan no sólo por las reformas jurídicas que inciden en su ámbito político o económico, sino que además siguen de cerca las reformas que versan sobre el órgano electoral que los regula y buscan impactar naturalmente tanto en su integración como en sus facultades...

---

<sup>9</sup> España fue el primer país donde se legitimó al *Ombudsman* para interponer el recurso de inconstitucionalidad, y su ejemplo ha sido seguido por varios países europeos y latinoamericanos que han instaurado un tribunal constitucional y un defensor del pueblo, atribuyéndole a este funcionario la legitimación para impugnar directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo, de Polonia o Ucrania en el viejo continente, y en América tenemos como ejemplos la Constitución guatemalteca de 1985, la peruana de 1993, la boliviana de 1994, la ecuatoriana de 1995 o la venezolana de 1999. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 172.

La materia electoral es por mucho la más controvertida, particularmente, por los partidos políticos..., ahora bien, resulta interesante observar cuáles son los artículos constitucionales más utilizados en las acciones de inconstitucionalidad. El análisis realizado muestra que son los siguientes: 14, 16, 116, 41 y 133...

Por otro lado, se observa que a menudo se argumenta la vulneración de los artículos 14 y 16 constitucionales como una especie de *muletilla* en relación con otros artículos impugnados, o bien, para demandar aspectos formales del procedimiento, violaciones a los principios de legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso. Es decir, los promoventes invocan la violación de dichos preceptos para “reforzar” sus planteamientos; no obstante, tal como se verá ulteriormente, en pocas ocasiones la Corte ha determinado que efectivamente existen transgresiones a estos artículos. Una situación similar se da con el artículo 133, en cuyo caso se argumenta lateralmente que se violenta el principio de supremacía constitucional.<sup>10</sup>

De acuerdo con el estudio anterior, parece desprenderse que en las acciones de inconstitucionalidad analizadas no existía o no se argumentaba como concepto de invalidez la violación directa a los derechos humanos por parte de una ley emanada del Congreso de la Unión o tratado internacional.

En otras palabras, este medio de control se reservó, en sus orígenes, para combatir normas legislativas donde la materia de impugnación o motivos de invalidez no se refería a violaciones directas a derechos humanos, sino a otras diversas (electoral,<sup>11</sup> fiscal, administrativa, etcétera); en estos casos, al no relacionarse las materias de impugnación de manera directa con el tema de los derechos humanos, el plazo constitucional (treinta días naturales)<sup>12</sup> para su interposición podría no resultar inadecuado; sin embargo, para el momento en que esta acción se erige como medio de impugnación de nor-

<sup>10</sup> López-Ayllón, Sergio y Valladares, Florencio, “Las acciones de inconstitucionalidad mexicana: balance empírico de doce años de ejercicio”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, pp. 188-192.

<sup>11</sup> Entendemos que la materia electoral tutela igualmente derechos humanos.

<sup>12</sup> El artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

“El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles”.

mas generales lesivas directamente de estos derechos, debe obligadamente, por este plazo, mantenerse una especial consideración.<sup>13</sup>

Es interesante apuntar que dentro de los medios de control constitucional, y específicamente aquellos encaminados a la protección de los derechos humanos, como es el juicio de amparo, se establecen excepciones al plazo de interposición de la demanda, atendiendo precisamente a la naturaleza del acto reclamado y a su impacto en la violación de los derechos fundamentales.

La Ley de Amparo, en su artículo 17, fracciones II y IV, establece:

Artículo 17. El plazo para presentar la demanda de amparo es de quince días, salvo:

II. Cuando se reclame la sentencia definitiva condenatoria en un proceso penal, que imponga pena de prisión, podrá interponerse en un plazo de *hasta ocho años*;

IV. Cuando el acto reclamado implique peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, *en que podrá presentarse en cualquier tiempo*.

Observemos cómo en contra de actos presumiblemente violatorios de derechos humanos (debido proceso, libertad personal, vida, integridad personal, derecho al acceso a la justicia, derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, etcétera) existen plazos privilegiados para reclamar o combatir su posible inconstitucionalidad, atendiendo, precisamente, a su naturaleza axiológica.

En otras palabras, la Ley de Amparo, para aquellos actos de autoridad que impactan de una manera superior los principios y valores inherentes a

---

<sup>13</sup> Respecto de las causales para sobreseer, desechar o desestimar las acciones de inconstitucionalidad, el estudio de López-Ayllón señala: “Como puede observarse la causal que con mayor frecuencia se presenta se refiere a la extemporaneidad. Esto lleva a preguntarse si el plazo establecido para la promoción es idóneo o si conviene ampliarlo para extender la posibilidad que los órganos legitimados interpongan una acción de inconstitucionalidad. Una segunda reflexión es que, con excepción de un caso, todas las acciones sobreseídas por esta causal corresponden a la materia electoral, la cual tiene un régimen distinto en su tramitación, se trata de plazos más cortos para la sustanciación y resolución del procedimiento, con la finalidad de tener certeza respecto de las leyes aplicables al proceso electoral del que se trate”. López-Ayllón, *op. cit.*, p. 199.

los derechos humanos, privilegia los tiempos procesales de interposición de la demanda, extendiéndolos (ocho años) o estableciendo su inexistencia (en cualquier tiempo) de acuerdo con la naturaleza propia del acto reclamado.

De lo anterior se sigue que la tutela procesal o jurisdiccional de los derechos humanos debe obligadamente regirse bajo tiempos de privilegio.

Entendemos que la reglamentación relativa a las formalidades y plazos en los medios de defensa se dirigen a asegurar la buena administración de justicia y el respeto en particular del principio de seguridad jurídica; sin embargo, los requisitos procesales (*v. gr.* el plazo de interposición) no deben restringir o hacer nugatorio el derecho humano tutelado hasta un punto que se encuentre afectado en su propia esencia; debe existir una relación razonable de proporcionalidad y congruencia entre las exigencias procesales y la finalidad perseguida, de ahí que los requisitos procesales en el caso de violaciones a los derechos humanos deben ser sometidos a un examen y consideración particularmente especiales.<sup>14</sup>

Los aspectos procesales relativos a los medios de control constitucional, en el tema relativo al combate de actos emanados de aparatos de poder presumiblemente violatorios de derechos humanos, deben revertir características de excepción, en razón a que las violaciones en esta materia no

---

<sup>14</sup> Tesis: I.4o.A. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XVI, enero de 2013, t. 3, p. 1695. “ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. A fin de satisfacer efectivamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, debe acudir al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prescribe la obligación por parte del Estado, de conceder a toda persona bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de derechos, los cuales pueden estar reconocidos tanto en la legislación interna, como en la propia convención. Asimismo, en la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido criterio sostenido que, para la satisfacción de dicha prerrogativa, no basta con la existencia formal de un recurso, sino que éste debe ser efectivo; es decir, capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; en otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, pues éste debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. En estas condiciones, la existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana citada, sino de todo Estado de derecho. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar el referido derecho de acceso a la justicia”.



trascienden ni alcanzan los mismos aspectos axiológicos que otras (fiscal, electoral, administrativa etcétera).<sup>15</sup>

Atentos a este razonamiento, para la acción de inconstitucionalidad debe existir un tratamiento distinto en el plazo de conocimiento por parte del tribunal constitucional en los casos de una posible violación a los derechos humanos, sin sujeción a rígidos límites temporales procesales que impidan su tutela judicial efectiva.

Ciertamente, la existencia de un debate entre el principio de seguridad jurídica de las normas generales<sup>16</sup> y la permanencia de una violación de un derecho humano cuya impugnación se sujeta a rígidos plazos procesales es inevitable; sin embargo, consideramos que debe decantarse la decisión hacia el aspecto tutelar de los derechos humanos.

En el establecimiento de tiempos procesales para la interposición de un medio de control, en el caso de los derechos humanos, debe atenderse, por imperativo constitucional, a la observancia del principio *pro homine*, el cual ordena que las normas de derechos humanos deben interpretarse y

---

<sup>15</sup> Tesis: I.3o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1189. “REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Aunque doctrinal y jurisprudencialmente se afirmaba, con carácter general y sin discusión, la naturaleza de derecho público de las normas procesales, consideradas de cumplimiento irrenunciable y obligatorio, debe considerarse que con motivo de la reforma constitucional de junio de dos mil once, en la actualidad es en la finalidad de la norma, que tiene que mirarse en función del valor justicia, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales. Por ello, será competencia del legislador, de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, en su caso, velar porque los requisitos procesales sean los adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, para que no se fijen arbitrariamente y para que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías. Y si la ley no contempla expresamente esta flexibilidad, ello no será obstáculo para que el juzgador interprete y aplique la norma de una manera diversa a la prescrita, en aras de encontrar un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. De aquí se destaca la regla: flexibilizar lo procesal y privilegiar lo sustantivo”.

<sup>16</sup> Hans Kelsen, en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974), señala: es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, en particular de las normas generales y principalmente de las leyes y tratados internacionales, no procedieran sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años, a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular. Ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad después de que han estado en vigor durante largos años sin haber sido criticados (p. 504).

aplicarse extensivamente en todo cuanto favorezca al ser humano y al pleno goce de estos derechos, y restrictivamente en todo lo que los excluya, restrinja, condicione o exceptúe (preferencia interpretativa), en tanto los conflictos de normas deben resolverse siempre en el sentido más favorable al ser humano (preferencia normativa).

Este principio no sólo debe ser observado en la interpretación o aplicación de normas generales, sino también en la labor legislativa al momento de manufacturarse una ley, atendiendo, además, entre otros principios, al progresividad de los derechos humanos.<sup>17</sup>

Al mismo tiempo, esta doble positivación —del ser del derecho y de su deber ser jurídico— equivale a la completa realización y a la ampliación del Estado de derecho, pues el legislador deja de ser omnipotente y queda igualmente subordinado a la ley constitucional, no sólo en lo que atañe a las formas de la producción jurídica sino también en lo relativo a los contenidos normativos producidos.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Tesis: 1a. CCXCI/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, publicación: viernes 02 de diciembre de 2016 10:14 h. “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS. El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar)”.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 28.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al dictar sobreseimiento por extemporaneidad, lo ha realizado bajo diversos argumentos, entre otros: cuando el acto legislativo impugnado no provoca un cambio sustancial o material, sino uno meramente formal al haberse reproducido el texto anterior (acción de inconstitucionalidad 87/2016); al no impugnarse en tiempo un nuevo acto legislativo (acción de inconstitucionalidad 55/2016).<sup>19</sup> Asimismo, ha fijado criterio en el sentido de que la presentación de dicha acción debe realizarse bajo los estrictos términos de la LRF I y II 105.<sup>20</sup>

Respecto de consideraciones extensivas de la SCJN, en el caso de la existencia de modificaciones normativas materiales que pudieran permitir un nuevo plazo para impugnar una norma general (por ejemplo por constituir un nuevo acto legislativo), el criterio de este alto tribunal es en el sentido: *a*) que se haya llevado a cabo un proceso legislativo (criterio formal), y *b*) que la modificación normativa sea sustantiva o material;<sup>21</sup> creemos que una reforma o adecuación normativa por parte del legislador únicamente habilita un nuevo plazo respecto de la porción normativa materia de la reforma, no así en relación con aspectos legales intocados por el legislador (aun en el caso de la existencia, en la norma general reformada, de derechos humanos violentados que no constituyeron materia de la modificación legal) y que en su oportunidad no fueron combatidos por

<sup>19</sup> Fuente: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=f&Expresion=extempor%C3%A1nea%20acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad&Dominio=Temasintesis,Tema,Texto,Asunto&TATJ=0&Orden=1&bc=Ejecutorias.%20Resultados&Clase=EjecutoriasBL&Osol=3&Hits=20&Octava=1>.

<sup>20</sup> Tesis: 2a. LXXIX/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. IX, junio de 1999, p. 657. “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DEBE REALIZARSE A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE DE LA PUBLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL COMBATIDA. De conformidad con el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial; por tanto, es a partir del día siguiente de la publicación oficial que debe realizarse el cómputo respectivo, con independencia de que, con anterioridad a esta fecha, la parte que ejerce la acción haya tenido conocimiento o se manifieste sabedora de la disposición impugnada”.

<sup>21</sup> Tesis: P./J. 25/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, libro 35, octubre de 2016, t. I, p. 65. “Acción de inconstitucionalidad. Lineamientos mínimos requeridos para considerar que la nueva norma general impugnada constituye un nuevo acto legislativo”.

algún medio constitucional; por otra parte, para el caso de una nueva ley, es factible creer que se actualizan los plazos previstos para su impugnación.

Por lo demás, no advertimos de nuestro más alto tribunal ninguna consideración tutelar especial sobre la temporalidad en la presentación de esta acción más allá de lo previsto por la ley reglamentaria.

#### IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Demos una breve mirada a lo que disponen algunos cuerpos normativos iberoamericanos sobre el tema del plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad y acciones similares de defensa de los derechos humanos.

##### 1. *Perú*

El artículo 100 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, de la República de Perú, dispone que la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados, en que el plazo es de seis meses.

##### 2. *Bolivia*

El artículo 202.1 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia y el Código Procesal Constitucional dejan abierta la posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad abstracta pueda ser presentada en cualquier momento, en tanto la norma cuya constitucionalidad se cuestiona esté vigente.

##### 3. *Colombia*

El artículo 242 de la Constitución Política de Colombia, en su punto 3, establece que las acciones de inconstitucionalidad, entre otras, caducan en el plazo de un año por vicios de forma.

#### 4. *Ecuador*

El artículo 78 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el plazo para interponer las acciones de inconstitucionalidad por razón de su contenido será en cualquier momento, mientras que por razones de forma pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia.

#### 5. *Chile*

El artículo 93 de la Constitución Política de la República de Chile confiere dos plazos a este tipo de acciones dependiendo del órgano legitimado para impugnar; así, en el caso del presidente de la República, tendrá diez días; en el caso de cualquiera de las cámaras legislativas, el plazo será de treinta días, contados a partir de la publicación del decreto con fuerza de ley.

#### 6. *Venezuela*

La Ley Orgánica del Supremo Tribunal de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 21 señala que las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del poder público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la administración caducarán en el término de seis meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado.

#### 7. *España*

Establece el artículo treinta y tres de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley.

#### 8. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un plazo de seis meses para presentar ante la Comisión la petición o comunicación,

contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva (artículo 46 1, inciso b).<sup>22</sup>

### 9. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El artículo 35 del Reglamento de Procedimientos de este Tribunal establece el plazo de seis meses para interponer la demanda, contados a partir de la fecha del dictado de la resolución interna definitiva.

Bastan estos breves ejemplos para señalar los heterogéneos criterios respecto del plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad y medios de defensa de los derechos humanos. No existe una pacífica unificación; hay plazos que van de diez días (Chile) a intemporales (Bolivia). No obstante, no se observa en los textos legales o constitucionales que se realicen excepciones a los plazos procesales en el caso de violaciones graves a derechos humanos.

## V. COROLARIO

En un Estado constitucional democrático debe privilegiarse la existencia de medios de control referidos a la defensa de los derechos humanos, estableciéndose tiempos procesales especiales para su ejercicio. En el caso de la acción de inconstitucionalidad, la inexistencia de un agravio real y concreto no debe desnaturalizar el verdadero contenido y alcance de las acciones tutelares de estos derechos, que, en todo caso, deben encaminarse a su protección.

Creemos que debe considerarse un tratamiento procesal especial a la acción de inconstitucionalidad en materia de defensa de los derechos hu-

---

<sup>22</sup> Sin embargo, existen excepciones a este plazo, establecidas por el propio artículo 46: “2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

De lo anterior podemos desprender que en estos casos la petición puede interponerse en cualquier tiempo atendiendo al supremo interés de tutelar los derechos humanos violados o presuntamente violados”.

manos, toda vez que, atendiendo a su naturaleza de medio de control abstracto (no de defensa proveniente de un agravio directo),<sup>23</sup> es posible lograr un efecto preventivo que evite la aplicación de una norma general (ley o tratado) lesiva a los derechos fundamentales, con las fatales consecuencias que esto representa.

Podrían otorgarse facultades constitucionales a la SCJN para que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos derivados de normas generales el plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad fuera valorado por este alto tribunal, el cual analizaría la admisión del medio de control constitucional, o bien, prever un plazo, el cual, siguiendo a Kelsen, podría variar de tres a cinco años.<sup>24</sup>

## VI. CONCLUSIONES

*Primera.* No es posible hablar de una tutela judicial efectiva a los derechos humanos estableciendo breves plazos para impugnar una ley o tratado internacional posiblemente lesiva de los mismos.

*Segunda.* La característica de inatacable, mediante una acción de inconstitucionalidad, de una norma general (ley o tratado) violatoria de derechos humanos, por la omisión en el cumplimiento del plazo de interposición, colisiona de manera frontal con el principio *pro homine*.

*Tercera.* Es recomendable un nuevo análisis, por parte del poder reformador y del legislador secundario, respecto del plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad en los casos de violaciones a derechos humanos por parte de normas generales o tratados internacionales, considerando mayormente las recientes reformas a nuestra Constitución en el tema de los derechos fundamentales.

*Cuarta.* El otorgamiento de facultades constitucionales a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el tema materia de este ensayo, aportaría un gran avance e indudablemente enriquecería los medios de defensa de los derechos humanos.

---

<sup>23</sup> Como el juicio de amparo.

<sup>24</sup> Lo que repugna a la razón jurídica es el hecho que una ley violatoria de derechos humanos continúe intemporalmente aplicándose, quedando fuera, por negligencia u omisión en el cumplimiento del plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad, su impugnación.



## VII. FUENTES CONSULTADAS

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- COSSÍO, José Ramón y ACHA PÉREZ, Luis M. de, *La defensa de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- HERRERA PÉREZ, Alberto, “La dignidad humana en la Constitución federal mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXVI, julio-diciembre de 2016.
- HERRERA PÉREZ, Alberto, “Correlación jerárquica normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución federal mexicana”, *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, núm. 22, año VIII, diciembre de 2015.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y VALLADARES, Florencio, “Las acciones de inconstitucionalidad mexicana: balance empírico de doce años de ejercicio”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México.
- SOTO FLORES, Armando Guadalupe, *La controversia constitucional y la acción de constitucionalidad como medios de control de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Grandes temas del constitucionalismo mexicano, la defensa de la Constitución*, México, 2005.

C

*Fecha de recepción:* 17 de enero de 2017.

*Fecha de aceptación:* 19 de septiembre de 2018.



## Fundamentación ética del derecho a la soberanía alimentaria en Colombia

### *Ethical justification of the law to food sovereignty in Colombia*

María Alejandra RAMÍREZ\*  
Libia Esperanza NIETO GÓMEZ\*\*  
Reinaldo GIRALDO DÍAZ\*\*\*

*Y si somos Severinos  
iguales en todo en la vida,  
morimos de muerte igual,  
la misma muerte Severina:  
que es la muerte de quien se muere  
de viejo antes de los treinta,  
de emboscada antes de los veinte  
de hambre un poco cada día  
de la debilidad y la enfermedad,  
es que la muerte Severina  
ataca a cualquier edad  
hasta a la gente no nacida.*

João CABRAL

---

\* Abogada. Investigadora en la Universidad Libre Seccional Cali, Colombia. Grupo de Investigación “Ignacio Torres Giraldo”; [maralejramirez@gmail.com](mailto:maralejramirez@gmail.com).

\*\* Ingeniera agrícola, especialista en recursos hidráulicos por la Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Docente investigadora en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), Bogotá, Colombia; [libia.nieto@unad.edu.co](mailto:libia.nieto@unad.edu.co).

\*\*\* Doctor en filosofía, Universidad de Antioquia, Colombia. Ingeniero agrónomo por la Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Docente asistente en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Colombia; [reinaldo.giraldo@unad.edu.co](mailto:reinaldo.giraldo@unad.edu.co).

**RESUMEN:** El presente artículo hace algunas precisiones sobre el contexto actual frente al que se mueven los derechos humanos, centrándose específicamente en el caso colombiano y el estado de reconocimiento a la soberanía alimentaria de las comunidades y algunas apuestas desde los territorios que resisten, dentro de un modelo que promueve la globalización económica y que no tiene en cuenta las necesidades locales y comunitarias. Desde la ética, como posibilidad de fundamentación y las nuevas conquistas políticas de los pueblos de América Latina en las últimas décadas, producto de la resistencia en contra del menoscabo de la vida y en pro de la defensa del territorio, es pertinente reflexionar sobre los derechos humanos y realizar un análisis que permita entender la necesidad de reformularlos, de acuerdo con el contexto actual en las comunidades que le apuestan a una lucha por la supervivencia, en tal sentido y para el caso en concreto, se fundamentará en torno al derecho de los pueblos a la soberanía alimentaria.

**Palabras clave:** globalización, organismos multilaterales, derechos humanos, soberanía alimentaria.

**ABSTRACT:** *The present article does some precisions on the current context opposite to which the human rights move, centering specially on the Colombian case and the state of recognition to the food sovereignty of the communities and some bets from the territories that resist, inside a model who promotes the economic globalization and who does not bear in mind the local and community needs. From the ethics as possibility of justification and the new political conquests of the peoples of America Latina in the last decades, product of the resistance against the impairment of the life and the advantage of the defense of the territory, is pertinent to reflect on the human rights and to realize an analysis which will allow understand the need of reformulate it, in accordance on the current context of the communities which have bet on a struggle for the survival, in this sense and for the case in particular, it will be based concerning the right of the peoples to the food sovereignty.*

**Keywords:** *globalization, multilateral agencies, human rights, food sovereignty*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Contextualización.* III. *Fundamentación desde la ética.* IV. *Seguridad y soberanía alimentaria.* V. *Resistencia y re-existencia desde el territorio.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Sin desconocer el peso histórico, político y social que tienen los actuales derechos humanos como conquistas políticas que en un momento de la historia fueron de utilidad para contrarrestar el poder estatal y que en la actualidad contribuyen a la defensa frente a situaciones que pretenden atentar o atentan contra la vida, es necesario realizar una crítica a los mismos, partiendo del hecho de que su razón de ser es salvaguardar al individuo y no al sujeto colectivo, lo que hace que se articule con todo un andamiaje supranacional que defiende la subjetividad visto desde un contexto

biopolítico,<sup>1</sup> donde el mercado es el encargado de poner en marcha la relación del sujeto tanto en el interior como en el exterior, generalizándolo, abstrayéndolo y universalizándolo.

El presente artículo hace algunas precisiones sobre el contexto actual frente al cual se mueven los derechos humanos, centrándose específicamente en el caso colombiano y el estado de reconocimiento a la soberanía alimentaria de las comunidades y algunas apuestas desde los territorios que resisten dentro de un modelo que promueve la globalización económica y que no tiene en cuenta las necesidades locales y comunitarias, todo esto orquestado desde los organismos multilaterales.

La urgencia de replantear otros derechos surge de la imperiosa necesidad de establecer medidas que permitan contrarrestar la crisis frente a la que transitan algunos pueblos de América Latina, con el fin de que se constituyan como posibles alternativas al proyecto homogeneizador de los organismos multilaterales y a la desigualdad económica que se evidencia en el alza de los precios de los alimentos y en la pérdida de la capacidad nacional de producirlos, consecuencia de la implementación de políticas neoliberales y de la proliferación de tratados de libre comercio.

En el mismo sentido, la prevalencia de la disyuntiva oferta-demanda indiscutiblemente soporta un enfoque completamente economicista de lo que significan los derechos humanos y las dificultades para garantizarlos. Derechos que se supone son fundamentales para el ser humano y su desarrollo, terminan siendo mercantilizados. Los ejemplos más claros son los de educación y salud, cuyo enfoque actual es hacia la privatización, razón por la cual se dificulta su realización; en tal sentido, la cuestión no es tan simple cuando se refiere a que el problema de los derechos humanos ya no es su justificación, sino su realización.<sup>2</sup> Basta con mirar las vulneraciones a derechos humanos cuando desde la misma normatividad se impide el acceso y se posibilita un quiebre sustancial en la aplicación; todo esto ocurre en razón de una debilidad en la fundamentación que permite acomodar los derechos según la capacidad del Estado para materializarlos.

Por tal motivo, partiendo de las dificultades que hoy presentan los derechos humanos, es necesario preguntarse: ¿deben ser reivindicados? ¿Por qué fundamentar el derecho de los pueblos a la soberanía alimentaria? ¿Para qué elevar a derecho fundamental la soberanía alimentaria?

<sup>1</sup> Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, Bogotá, Desde Abajo, 2000, p. 17.

<sup>2</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Para responder a los cuestionamientos presentados, se planteará, desde la ética, la posibilidad de fundamentación, donde se expondrá como exigencia moral el derecho de los pueblos a la soberanía alimentaria para que se garantice una agricultura sostenible, y donde el cuidado de la madre tierra se instituya como elemento de primer orden para garantizar la supervivencia y establecer que existen bienes que no deben ser objeto del mercado, sino que, por el contrario, deben ser protegidos y garantizados por el Estado.

En Colombia, y en el resto de los países de América Latina, se vienen gestando resistencias contra lo que el mercado denomina *desarrollo* o *progreso*, que ya ha generado impactos socio-ambientales, tales como colapsos en la función hidrológica, pérdida de la biodiversidad, degradación forestal, industrialización forzosa de los pueblos, destrucción de los modos de vida, ruptura del tejido social y marginalización económica y social de las personas que se ven obligadas a desplazarse de los sectores rurales hacia los sectores urbanos.<sup>3</sup>

Menguar la crisis alimentaria que se ha ido agudizando implica atender las exigencias de las comunidades en materia de su derecho a la alimentación y trascender del concepto de seguridad alimentaria a soberanía alimentaria para que desde la normatividad se generen maneras de proteger las apuestas de vida locales y autonómicas, que se vienen gestando con el fin de proteger el territorio y la vida.

## II. CONTEXTUALIZACIÓN

Antes de precisar sobre una fundamentación ética, se debe establecer la relación entre expansión del proyecto neoliberal y la crisis civilizatoria actual, como consecuencia del agotamiento de un modelo económico adoptado por la mayoría de países en América Latina, frente al cual es urgente tomar algunas medidas que mengüen la situación por la cual atraviesan.

La política y la economía neoliberal de los años ochenta y noventa insertaron al mundo en una crisis que es multidimensional, porque no se asiste sólo a la crisis financiera y económica, sino a una que, también, es

---

<sup>3</sup> Al respecto, se sugiere consultar los trabajos de Nieto Gómez, Libia Esperanza *et al.*, (In) *Certezas del desarrollo: fisuras, relatos y otros senderos*, Bogotá, Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), 2014, disponible en: <http://hemeroteca.unad.edu.co/index.php/book/article/view/1085> (fecha de acceso: 31 de enero de 2018).

climática, energética, alimentaria y ambiental, a la que algunos autores han denominado *crisis civilizatoria*.

Una de las manifestaciones de la crisis civilizatoria son las expresiones de descontento manifestadas en demandas alimentarias de una gran parte de la población; en el mismo sentido, uno de los principales responsables es la agroindustria que genera altos costos ambientales y sociales, manifestados en la acumulación de tierras, desplazamiento de campesinos y comunidades ancestrales, imposición del uso de biotecnologías, monocultivos y control de la comercialización.<sup>4</sup>

Con el fin de disminuir los efectos de la *crisis civilizatoria*, se ha establecido una agenda bioeconómica, para impartir un nuevo orden que frene los efectos que se vienen generando, producto de la crisis; sin embargo, “La bioeconomía es un proyecto y al mismo tiempo una visión situada dentro de la narrativa neoliberal del crecimiento económico y de la competitividad y habla de una nueva economía basada en la manipulación, explotación y apropiación tecnológica de la materia viviente”.<sup>5</sup>

La nueva agenda bioeconómica de la OCDE (2009) trae consigo nuevos conflictos en los territorios, debido a los impactos socio-ambientales que se ven reflejados en el deterioro de la vida, pues la apuesta es hacia la competitividad y a la productividad; lo que busca esta agenda es incentivar el desarrollo de la industria, la salud y la agricultura con base en la manipulación genética de los organismos vivos para así obtener un mayor aprovechamiento de los recursos naturales que a la larga implican destrucción, menoscabo y agotamiento de los mismos, además de la implementación de megaproyectos en materia de infraestructura y extractivos que ya han dejado *víctimas del desarrollo*.

El auge de la aplicación de biotecnologías obedece a la expansión del discurso neoliberal que no sólo está inmerso en un esquema económico, sino que está incrustado hasta los tuétanos en todas las legislaciones latinoamericanas, y por ende es defendido por todo el aparato estatal, por eso siempre está a la defensa del mercado sobre la vida; en ese mismo sentido,

---

<sup>4</sup> Sobre este aspecto se sugiere consultar Vega Cantor, Renán, “Crisis civilizatoria”, *Revista Herramienta*, Argentina, núm. 42, octubre de 2009, disponible en: <https://www.herramienta.com.ar/articulo.php?id=1052> (fecha de acceso: 23 de marzo de 2018).

<sup>5</sup> Pavone, Vincenzo, “Ciencia, neoliberalismo y bioeconomía”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, Argentina, núm. 20, abril de 2012, pp. 1-15, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92424169013> (fecha de acceso: 16 de enero de 2017)

El neoliberalismo es más que una doctrina económica, política o social. Es economía porque estudia la regulación a través de una analítica concreta, aquella de la economía clásica. Es política, porque fundamenta al Estado moderno, la democracia, y el sistema político moderno, desde el liberalismo clásico. Es ética, porque establece los fundamentos de la convivencia social desde una posición determinada por la razón de mercado y el individualismo. Es histórica porque construye a la razón de mercado como heurística y hermenéutica de la historia. Es jurídica porque establece un modelo de Estado y de contrato social desde el cual se regula y administran las sociedades. Es simbólica porque ha generado una ideología de *éxito individual sustentado en el consumo y el mercado*.<sup>6</sup>

Ante la crisis que es como un precipicio frente al que se puede decidir saltar o retroceder, tomar conciencia colectiva de la injusticia debe ser una premisa<sup>7</sup> para que se puedan reunir las fuerzas suficientes para el cambio social; partiendo de ese punto, si bien reconsiderar el modelo económico no es una posibilidad debido a todas las presiones internacionales que esto conllevaría y a la inflexibilidad del establecimiento, se puede apostar por procesos desde lo local para hacerle frente a este modelo; de lo contrario se irá inevitablemente hacia “los límites de la Tierra son los límites terminales de este sistema que ha imperado durante varios siglos”,<sup>8</sup> y así, será la tierra la que cobre factura por la devastación que genera el pretender seguir acumulando capital.

El modelo neoliberal, llevado a la agricultura y maquinado desde la agroindustria, concentra la riqueza, genera pobreza; basta con ver el coeficiente Gini que mide los índices de desigualdad (siendo 1 el más alto); en Colombia, el Gini rural en materia de concentración de tierras se encuentra en 0,862.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Dávalos, Pablo, “Neoliberalismo y Estado social de derecho”, *América Latina en Movimiento ALAI*, Ecuador, junio de 2008, disponible en: <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf> (fecha de acceso: 21 de febrero de 2017).

<sup>7</sup> Así lo señala Monedero, Juan Carlos, *El gobierno de las palabras. Política para tiempos de confusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

<sup>8</sup> Boff, Leonardo, “El camino más corto hacia el fracaso”, *Rebelión*, España, disponible en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=84428> (fecha de acceso: 2 de enero de 2018).

<sup>9</sup> Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), *Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2012.



Según el Informe Nacional de Desarrollo Humano (INDH),<sup>10</sup> se pone en la palestra al modelo agrario porque genera desigualdad en un país como Colombia, donde el 32% de los pobladores son campesinos; dicho modelo es inequitativo, hace más vulnerable a la población rural, discrimina a la mujer, excluye, no contribuye a la conservación del medio ambiente, es poco democrático, concentra la riqueza y promueve conflictos sociales y ambientales.

Colombia es un país considerablemente desigual, donde el 27,8% de la población urbana está en situación de pobreza y el 40% de la población rural se encuentra en la misma situación,<sup>11</sup> mientras que el 77% de la tierra la tienen concentrada el 13% de propietarios, con 16 millones de hectáreas de tierras aptas para la producción, sin explotar.<sup>12</sup>

Una de las propuestas ante el desolador contexto planteado es la lucha por establecer la soberanía alimentaria como un derecho de los pueblos, para que desde el mismo establecimiento sea respetado y garantizado, para que no ocurran episodios como los del municipio de Campoalegre, Huila, Colombia, donde se destruyeron más de 70 t de arroz porque los campesinos decidieron no cultivar con semillas certificadas, como lo indica la resolución 970 de 2010 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA),<sup>13</sup> o el caso de los arroceros en el departamento de Casanare, Colombia, que cultivaron con semillas contaminadas por una bacteria que destruyó todos sus cultivos y que había sido certificada por el ICA.

<sup>10</sup> Informe Nacional de Desarrollo Humano (INDH), *Colombia rural: razones para la esperanza*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011.

<sup>11</sup> Departamento Nacional de Estadística (DANE), Colombia, *Encuesta sobre calidad de vida*, 2015.

<sup>12</sup> Sobre el tema de la desigualdad en Colombia, se recomienda consultar “Así es la Colombia rural”, *Revista Semana*, Colombia, 2012, disponible en: <http://especiales.semana.com/especiales/pilares-tierra/asi-es-la-colombia-rural.html> (fecha de acceso: 5 de marzo de 2018); los estudios de Robinson, James, “La miseria en Colombia”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, Colombia, núm. 76, enero-junio de 2016, pp. 9-88, disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.13043/dys.76.1> (fecha de acceso: 20 de enero de 2017); así como los desarrollos de Cárdenas, Johana y Vallejo, Luis, “Agricultura y desarrollo rural en Colombia 2011-2013: una aproximación”, *Apuntes del Cenes*, núm. 62, diciembre de 2016, pp. 87-123, disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01200532016000200004&lng=en&tlng](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01200532016000200004&lng=en&tlng) (fecha de acceso: 27 de noviembre de 2017).

<sup>13</sup> El Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) es la autoridad sanitaria y de inocuidad agroalimentaria en Colombia.

### III. FUNDAMENTACIÓN DESDE LA ÉTICA

Fundamentar un derecho desde la ética implica considerar la vida como estética de la existencia.<sup>14</sup> Desde esta perspectiva, la ética tiene que ver con una manera de ser, con una auto-elaboración cuyo objetivo es resistir a los mecanismos de sujeción impuestos durante siglos por Occidente.<sup>15</sup> De allí que fundamentar éticamente el derecho a la soberanía alimentaria tiene que ver con el cómo de la vida. Un cómo que desde el capitalismo tardío está marcado por el consumo desmedido, por la crisis de valores. Un cómo que desde la fundamentación ética que se propone del derecho a la soberanía alimentaria tiene que ver con la autodeterminación de los pueblos; un cómo de la vida que resiste a la homogeneización que se impone desde Occidente, y que ocurre en todos los órdenes de la vida, incluida la imposición a sangre y fuego, y formas más sutiles, como la educación o la ideología.

Siguiendo el hilo conductor de la ética como fundamento del derecho a la soberanía alimentaria, es preciso referirse a la evolución y el ejercicio del derecho en el mundo contemporáneo, que apunta hacia la vida como objeto del poder.<sup>16</sup> El poder logra un comando efectivo sobre toda la vida de la población sólo cuando se torna una función integral, vital, que cada individuo incorpora y reactiva con su acuerdo. De ahí la necesidad de pensar no sólo en alternativas de derecho, sino alternativas al derecho. Con la propuesta de fundamentar el derecho a la soberanía alimentaria se presenta esta discusión, el poder busca producir la vida misma; y lo que se puede anteponer a este poder que infiltra la vida es la ética. De allí la importancia de fundamentar el derecho a la soberanía alimentaria desde la ética, es decir, desde la vida como obra de arte, como forma de morar en el mundo, de cuidar el mundo, de habitarlo.

<sup>14</sup> Sánchez, Wilson *et al.*, *Ontología del presente y construcción de un carácter en Michel Foucault. Discusión a partir del pensamiento de Foucault de los problemas del presente*, Santiago de Cali, Universidad Libre-Mariposas Amarillas, 2015.

<sup>15</sup> Particularmente importantes son los aportes de Ángel, Julia Alba (comp.), *Saber, poder y nuevas formas de lucha en Foucault*, Bogotá, Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2016, disponible en <http://hemeroteca.unad.edu.co/index.php/book/article/view/1695BIRCH> (fecha de acceso: 15 de abril de 2017), y los de Giraldo, Reinaldo, “La ética en Michel Foucault o de la posibilidad de la resistencia”, *Tabula Rasa*, Colombia, núm. 10, enero-junio de 2009, pp. 225-241, disponible en: <http://www.revistatabularasa.org/numero-10/07giraldo.pdf> (fecha de acceso: 13 de marzo de 2018).

<sup>16</sup> Hardt, Michael y Negri, Antonio, *op. cit.*

La ética da cuenta del hacer de las personas en el mundo de la vida.<sup>17</sup> La definición originaria de los derechos humanos hace referencia a la comprensión de la dignidad que, immanente a la condición humana, resulta ser anterior a juicio alguno, ya sea jurídico o político. Es un acto egregio de la persona, que hace visible las cualidades morales. Es la dignidad del ser humano que se manifiesta entre dos características básicas: libertad e igualdad plena de toda persona.<sup>18</sup> Es necesario restituir la ética, para que más allá de los derechos civiles y políticos, sea el fundamento de lo económico, lo social y lo cultural para realizar una relectura crítica de los derechos del ser humano; para que estos derechos pasen del ideal hacia lo real; esto significa reclamar los derechos humanos en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>19</sup>

En la perspectiva de la fundamentación ética del derecho a la soberanía alimentaria, se pueden considerar las contribuciones que se hacen desde la neurobiología. Al respecto, la preocupación por los sentimientos y emociones del otro supera la condición individualista, los cuales deben ser erigidos como normas de comportamiento ético para que se permita la protección y el cumplimiento de derechos básicos para la supervivencia.<sup>20</sup> Una necesidad básica para la supervivencia, como la de alimentarse, se manifiesta como una exigencia moral del individuo cuando toma conciencia colectiva para

---

<sup>17</sup> Vanegas García, José Hoover, “Ética y derechos humanos en el marco de la Constitución Política de Colombia de 1991”, *Revista Jurídicas*, Colombia, núm 7, enero-junio de 2010, pp. 74-92, disponible en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/etica-humanos-marco-constitucion-politica-232684985> (fecha de acceso: 20 de abril de 2017).

<sup>18</sup> Mata Villegas, Nelson, “La educación en la ética de los derechos humanos”, *Justicia*, Colombia, núm. 30, diciembre de 2016, pp. 169-185, disponible en: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1357> (fecha de acceso: 23 de abril de 2017), doi: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1357>.

<sup>19</sup> Ahlert, Alvori, “Ética y derechos humanos: principios educacionales para una sociedad democrática”, *Polis*, Chile, núm. 16, 2007, pp. 1-13, disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/4663> (fecha de acceso: 12 de diciembre de 2017).

<sup>20</sup> Damasio, Antonio, *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Barcelona, Crítica, 2005. En esa línea de análisis han trabajado autores como Martínez, Martha y Vasco, Carlos Eduardo, “Sentimientos: encuentro entre la neurobiología y la ética según Antonio Damasio”, *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 6, núm 2, diciembre de 2011, planteando la obra de Damasio como un adelanto desde la visión de la condición individual hacia el bienestar social, basados en la ética, elemento de primer orden, apoyándose en los sentimientos y emociones de los otros para buscar un mejor mundo posible para la naturaleza humana.

construir una *ecología de la acción*,<sup>21</sup> pues cuando se realiza una acción individual o colectiva, éstas tienen repercusiones en el entorno e impactan en el mismo; en ese sentido, el autor plantea ir hacia una ética de la sostenibilidad que si bien está basada en la incertidumbre, instauro un principio máximo de responsabilidad. La ética se presenta como una mayúscula creación del ser humano, pues permite entender desde el sentimiento lo que el saber se niega a entender, y es un principio de conmiseración con el otro.

La necesidad de los seres humanos de alimentarse es un principio de autoconservación,<sup>22</sup> pues no es posible garantizar la vida mientras se sienta hambre, y por ende no se pueden realizar las otras cualidades inherentes al ser humano; esta condición de *vulnerabilidad de la corporalidad* abre las puertas a que el opresor pueda ejercer control en la medida en que se apodere de los sistemas de producción de los alimentos. De allí la necesidad de una ética de la liberación latinoamericana,<sup>23</sup> donde el oprimido se hace consciente de la dominación y construye desde el sujeto colectivo, donde se modifica la noción individualista del derecho y se transita hacia un ser ético que considera a la vida como una estética de la existencia dirigiéndose hacia prácticas de vida más amables y conscientes con el entorno.

El sistema jurídico requiere reformas estructurales; empero, es posible trabajar desde un positivismo de combate, pues es a partir de la utilización del mismo derecho oficial como se puede garantizar una materialización al

---

<sup>21</sup> Morin, Edgar, *El método 6. Ética*, Madrid, Cátedra, 2006. En la misma dirección, Demenchonok, Edward, “Fundamentación de la ética en la filosofía latinoamericana”, *The Paideia project. Philosophy in Latin America*, s.p.i, disponible en: <https://www.bu.edu/wcp/Papers/Lati/LatiDeme.htm> (fecha de acceso: 7 de noviembre de 2017), indica que la ética debe ocupar un lugar central en la solución de las problemáticas que sólo son posibles desde la autoconciencia y la responsabilidad en las acciones. Esta crisis, en gran parte, es consecuencia de las malas decisiones tomadas desde los gobiernos y con orientaciones internacionales, que optan, como se mencionó anteriormente, por tomar bienes básicos para la supervivencia y otorgárselos a los mercados; no obstante, existe una responsabilidad colectiva, pues se han orientado los modos de vida hacia el egoísmo, el individualismo, la renuncia a las prácticas de vida sustentables, al reconocimiento de la alteridad y a la indiferencia, cuando se trata de la defensa de la vida y del territorio.

<sup>22</sup> Dussel, Enrique, *Para una ética de la liberación latinoamericana*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973.

<sup>23</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998. Asimismo, Gudynas, Eduardo, “Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo”, *América Latina en Movimiento (ALAI)*, núm. 462, febrero de 2011, parte de la idea del buen vivir como el reconocimiento de otra ética para asignar valores, donde la naturaleza está en el centro y no es susceptible de ser mercantilizada.

acceso a medios dignos de vida, para que se establezca como fin de todos los Estados un *derecho a no sufrir de hambre*<sup>24</sup> y éste sea integrado, desde una postura ética, para que no sólo se parta de la protección en un plano meramente antropocéntrico, sino desde un postulado de relación armónica con la naturaleza.

Ejemplos de integración de una relación armónica con la naturaleza se encuentran consignados en la Constitución boliviana desde el *suma qamaña* que plantea un equilibrio entre el sujeto y el entorno, y desde la Constitución ecuatoriana con el *Sumak Kawsay*, que se refiere a una vida en plenitud, y al sujeto como parte de la naturaleza. Estos conceptos de *buen vivir* tienen un origen ancestral y son vistos desde una posición emancipadora que intenta retornar a conceptos planteados antes de la colonia, logrando reconocimiento y acogimiento entre la población de América Latina, pues reconoce la cosmovisión y se instaura desde un discurso legitimador, planteándola como una ética de la sostenibilidad y de la suficiencia para todos.

#### IV. SEGURIDAD Y SOBERANÍA ALIMENTARIA

La inquietud ética por la fundamentación del derecho a la soberanía alimentaria no es nueva. El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho a la alimentación. En Colombia, en el mismo sentido se orienta la Constitución Política de Colombia,<sup>25</sup> que señala explícitamente el derecho a una alimentación adecuada, el cual, sin embargo, para analizar su desarrollo debe ser observado desde dos perspectivas: una es la de la seguridad alimentaria y otra desde la soberanía alimentaria. El sentido que ha prevalecido en Colombia es el de la seguridad alimentaria como garante del derecho a la alimentación, por eso se consagra de la siguiente manera:

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y

<sup>24</sup> Sen, Amartya, “Propiedad y hambre”, *Precedente. Revista Jurídica*, Colombia, diciembre de 2001, pp. 97-107, disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1384> (fecha de acceso: 16 de mayo de 2017), doi: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1384>.

<sup>25</sup> *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Legis, 1991.

protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada... Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.

Artículo 65. La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.<sup>26</sup>

Organismos multilaterales, como la FAO, también se han ocupado del derecho a la alimentación. Sin embargo, por diversas motivaciones, ha predominado el énfasis en la seguridad alimentaria: “La seguridad alimentaria existe cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana”.<sup>27</sup> Enfatizar en la seguridad significa que no importa de dónde provengan los alimentos; mientras éstos puedan ser llevados a los mercados para que la población tenga acceso a ellos, no importa si son importados.

El libre comercio alimentario ha permitido que gran parte de los productos en Colombia sean importados; la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) calcula que alrededor de 8.8 millones de toneladas de alimentos y

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Una introducción a los conceptos básicos de la seguridad alimentaria*, 1996.

de materias primas fueron importados para el 2015, mientras que se estima que en Colombia aproximadamente 4.4 millones de personas se encuentran subalimentadas,<sup>28</sup> y que más de 174 niños menores de 5 años habrían muerto por desnutrición.<sup>29</sup> Colombia como productor de materias primas se vale del monocultivo para generar más exportaciones y del uso de agrotóxicos para hacer más rentables los cultivos, lo que suscita un desequilibrio ambiental.

La preocupación por la alimentación de la humanidad se queda corta bajo el discurso de la seguridad alimentaria. El monocultivo y la confianza en el mercado no han sido suficientes para atender la demanda mundial de alimentos y, por el contrario, ha contribuido a la destrucción de las matrices sociales, culturales y económicas que permiten la producción de alimentos de modo suficiente y en adecuada calidad; las importaciones traen productos a bajo costo y ocasionan un alza en los precios de los productos nacionales, desestimulando al sector agrario, lo que ocasiona, además de una grave problemática ambiental, un impacto social que se evidencia en la migración del campo a la ciudad, generando pobreza y desarraigo rural. La seguridad alimentaria no tiene en cuenta las múltiples culturas que concurren en un territorio, no es de carácter local ni comunitario.

En Colombia, las comunidades rurales del país han logrado posicionar la perspectiva ética que contiene la soberanía alimentaria en el debate constitucional. La Corte Constitucional, al tenor de lo expuesto en la Constitución Política de 1991, estipula el derecho a la alimentación.<sup>30</sup> La sentencia que

---

<sup>28</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Mapa del hambre de la FAO*, 2015.

<sup>29</sup> Instituto Nacional de Salud (INS), *Protocolo de vigilancia en salud pública: mortalidad por y asociada a desnutrición en niños menores de 5 años*, 2015.

<sup>30</sup> En la Sentencia C-644 de 2012 se pronunció en el sentido de que “la seguridad y la soberanía alimentaria, son dimensiones objetiva o institucional y colectiva del derecho fundamental de alimentarse adecuadamente”. Este logro, sin embargo, es mínimo frente a toda la arquitectura jurídica que en Colombia beneficia a los organismos transnacionales y que van desde la certificación de las semillas, donde se han dispuesto y ratificado normas como la Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina que regula el mejoramiento genético de las plantas de 2006; el decreto 4525 de 2005 que facilita la entrada de semillas transgénicas; la Ley 1032 de 2006 que modifica el código penal para penalizar el uso de semillas certificadas o confundibles con éstas; la resolución ICA 187 de 2006 que reglamenta el procesamiento y certificación de la producción agrícola; la resolución ICA 970 de 2010 que continúa la persecución contra los campesinos y el uso de semillas nativas, regulando la propiedad intelectual y las obtenciones vegetales, y la Ley 1518 de 2012 que amplía los alcances de la propiedad intelectual sobre las semillas, por lo tanto trabaja exclusivamente el derecho a la seguridad alimentaria.



más se acerca a la perspectiva de una fundamentación ética del derecho a la soberanía alimentaria, como enfoque que permite dar cumplimiento al derecho a alimentarse, es la T-348 de 2012, sobre participación de comunidades afectadas por megaproyectos y soberanía alimentaria, que reconoce que al construirse el anillo vial malecón de Crespo, en Bolívar, Colombia, se afectaba el derecho de una comunidad de pescadores a alimentarse y que éstos debían ser consultados para que pudiesen participar de una decisión que les afectaba; con todo y el fallo, el anillo vial fue construido sin estudios previos, lo que ha generado inundaciones y cambios en la cadena trófica de la vida marina, la cual ha sido desplazada del lugar.

La seguridad alimentaria no controla la producción ni fija límites al uso de biotecnologías para el desarrollo de la agricultura; por el contrario, pone al servicio del sector empresarial la producción de alimentos para que éste sea el encargado de diseñar la política agraria que más beneficie la acumulación de capital.<sup>31</sup> El control transnacional de los mercados supone una pérdida de la independencia y se vale del *dumping* en los alimentos para imponerse sobre los mercados locales.

Desde 1996, cuando empezaron a señalarse las directrices en materia de seguridad alimentaria, y a dejar la alimentación de la población mundial en manos del mercado, la Vía Campesina, que es un movimiento internacional que representa alrededor de 200 millones de campesinos en el mundo, ya planteaba el debate entre la acepción de soberanía alimentaria ligada a las lógicas del mercado y la perspectiva ética que permite fundamentar la seguridad alimentaria, ligada a la producción de alimentos desde un estandarte de la lucha por la justicia. La Vía Campesina y otras organizaciones sociales entienden la soberanía alimentaria como:

La soberanía alimentaria es el derecho de cada pueblo a definir sus propias políticas agropecuarias y en materia de alimentación, a proteger y reglamentar la producción agropecuaria nacional y el mercado doméstico a fin de alcanzar metas de desarrollo sustentable, a decidir en qué medida quieren ser autosuficientes, a impedir que sus mercados se vean inundados por productos excedentarios de otros países.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Vía Campesina, *Declaración del Foro Mundial sobre Agroecología*, 2015, disponible en: <https://viacampesina.org/es/declaracion-del-foro-internacional-de-agroecologia/> (fecha de acceso: 06 de febrero de 2018).

<sup>32</sup> Vía Campesina, *Declaración sobre la soberanía alimentaria de los pueblos*, Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria, 2002, disponible en: <http://movimientos.org/node/1178?key=1178> (fecha de acceso: 30 de enero de 2018).

Académicos comprometidos con las luchas campesinas<sup>33</sup> catalogan a la soberanía alimentaria como el mayor reclamo desde las luchas campesinas, y aseguran que un Estado que no enaltece la necesidad de alimentación de su población queda relegado a depender de los caprichos del mercado que regula los precios y puede usarlo a manera de presión sobre los países, tal y como ocurrió con el bloqueo económico impuesto a Cuba desde 1962, de manera que estos autores proponen una reforma agraria verdadera para una agricultura con enfoque agroecológico.

La soberanía alimentaria se fundamenta éticamente, y sus preocupaciones tienen como estandarte la vida, la justicia, la dignidad de los pueblos; por ello, es contraria a las políticas de apertura económica; plantea pensar el territorio desde la multiculturalidad y la autonomía, y que son las comunidades las encargadas de definir de manera concertada sus propias políticas agrícolas, sistemas de producción y de comercialización. Se deslinda de la utilización de semillas certificadas y opta por los cultivos con semillas nativas; se inclina por los mercados locales y la agricultura familiar; por tanto, el monocultivo y la utilización de agrotóxicos no son una opción; la soberanía alimentaria supone la eliminación de la brecha de desigualdad entre el campo y la ciudad; en conclusión, idea una verdadera estética de la vida desde la re-existencia campesina.

## V. RESISTENCIA Y RE-EXISTENCIA DESDE EL TERRITORIO

Como práctica de la libertad, los pueblos, al tomar sus propias decisiones en materia alimentaria y hacerle frente a la crisis desde una cosmovisión propia que retorna a las prácticas ancestrales, construyen procesos emancipatorios importantes; entre los ejemplos de comunidades que han luchado por la soberanía alimentaria, y que por supuesto no son las únicas experiencias de resistencia y re-existencia campesina en América Latina, se tienen:

En primer lugar, la Vía Campesina como el movimiento internacional campesino que más trabajadores de la tierra aglutina y coordina, tiene un

---

<sup>33</sup> Rosset, Peter y Martínez, María Elena, “Soberanía alimentaria: reclamo mundial del Movimiento Campesino”, *Ecofronteras*, México, vol. XVIII, núm. 51, mayo-agosto de 2014. También se pueden considerar los trabajos de Altieri, Miguel Angel y Nicholls, Clara Inés, *Agroecología: unica esperanza para la soberanía alimentaria y la resiliencia*, SOCLA, 2012.

sentido plural, autónomo e independiente. En la búsqueda de una política agraria común, adelanta campañas sobre semillas, reforma agraria y derechos campesinos; además, formula la soberanía alimentaria como uno de sus principios y guía a las asociaciones que la integran hacia el cometido de promoverla en sus territorios.

El Movimiento Sin Tierra de los Trabajadores (MST) ha trabajado fuertemente desde 1984 en contra del latifundismo en Brasil; actualmente es uno de los movimientos campesinos más importantes de América Latina y agrupa poco más de 2 millones de trabajadores de la tierra, los cuales han entendido que la lucha por la soberanía alimentaria es esencial contra el capital corporativo financiero que a través de los organismos multilaterales, llámense Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Organización Mundial del Comercio, Banco Mundial o Fondo Monetario Internacional, han naturalizado el comercio para que éste sea a favor de las grandes empresas transnacionales; por eso, uno de los lemas del MST es el de *ocupar, resistir y producir*; con los últimos gobiernos progresistas en Brasil, han logrado una reforma agraria que les ha permitido trabajar desde sus territorios con un enfoque agroecológico.

El Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) es una organización política y libertaria mexicana que surge a raíz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994, cuando un grupo de campesinos y de comunidades ancestrales se resisten en defensa del territorio; una de sus consignas principales es en pro de la soberanía alimentaria y en contra de la apertura económica que se impulsó en México desde 1982. Sus procesos son autónomos, desde un enfoque agroecológico donde se consume lo que se produce.

En Argentina, se encuentra el Movimiento Campesino de Santiago del Estero (Mocase) creado en 1990; su resistencia se inició a partir de la lucha por la tierra, la reivindicación de los derechos de los trabajadores campesinos y una mejora en las condiciones de vida de los campesinos. Su enfoque es desde la autogestión, pues consumen solamente lo que producen, al estar integrados por varias familias campesinas y comunidades ancestrales, y tienen gran variedad en la producción de alimentos que intercambian. Una de sus mayores exigencias es en contra del uso abusivo de los recursos naturales.

Entre 1980 y 1987, en Colombia se gestaron las Zonas de Reserva Campesina (ZRC), en respuesta a los reclamos y movilizaciones de los trabajadores campesinos, muy estigmatizadas por su lucha a favor de

la vindicación de los derechos campesinos en Colombia, en contra del latifundismo, las tierras improductivas y el capital trasnacional. En las ZRC, se trabaja desde las características agrícolas, sociales, económicas y ambientales del territorio; el latifundismo está prohibido y las tierras son solamente para la producción de alimentos. Actualmente se encuentran reglamentadas por la Ley 160 de 1994.

Con la Constitución de 1991 se reconoce a Colombia como un Estado multicultural, lo cual abre un espacio al reconocimiento y a rescatar prácticas de las comunidades ancestrales, que se preocupan por tejer espacios comunitarios autónomos, como los llamados *Planes de vida*, que procuran una vida armónica con la naturaleza y el respeto máximo a la misma. En dichos planes de vida se trabaja con dos conceptos; uno es el de economía ecológica y el otro es el de etnoecodesarrollo, y con cuatro principios: de autonomía, territorio, unidad y cultura, siempre enalteciendo la memoria colectiva y la solución de conflictos a través del diálogo.

Además de los procesos mencionados, en Colombia se labora por una soberanía alimentaria desde las asociaciones de trabajadores campesinos, las cuales trabajan en cada departamento y producen con enfoques agroecológicos los mercados campesinos como iniciativa de comercialización alternativa de los alimentos, eliminando así a los intermediarios. Se constituyen entonces en una de las experiencias más simbólicas y representativas, cristalizándose en el proyecto de Ley de Desarrollo Rural y Reforma Agraria que pretende el reconocimiento de los derechos de las campesinas y campesinos colombianos.

## VI. CONCLUSIONES

Es posible superar la crisis alimentaria en América Latina si se protege la producción de alimentos desde la perspectiva de una preocupación ética que va más allá de los intereses del mercado y la globalización económica.

La seguridad alimentaria se fundamenta en la lógica del mercado, de allí que desde esta óptica no se puede garantizar el derecho a la alimentación y, por el contrario, se exponga a las comunidades y a los habitantes latinoamericanos a sus azarosos vaivenes.

La soberanía alimentaria, al fundamentarse éticamente, permite la garantía del derecho a la alimentación. De allí que como derecho fundamental es inseparable del concepto de dignidad humana, e implica una perspectiva que

articula lo universal, lo particular y lo local de la manera como lo ponen en práctica las comunidades campesinas latinoamericanas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AHLERT, Alvori, “Ética y derechos humanos: principios educacionales para una sociedad democrática”, *Polis*, Chile, núm. 16, 2007, disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/4663> (fecha de acceso: 12 de diciembre de 2017).
- ALTIERI, Miguel Angel y NICHOLLS, Clara Inés, *Agroecología: única esperanza para la soberanía alimentaria y la resiliencia*, SOCLA, 2012.
- ÁNGEL, Julialba (comp.), *Saber, poder y nuevas formas de lucha en Foucault*, Bogotá, Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2016, disponible en: <http://hemeroteca.unad.edu.co/index.php/book/article/view/1695BIRCH> (fecha de acceso: 15 de abril de 2017).
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOFF, Leonardo, *¿Economía de revolución?*, 2008, disponible en: <http://www.redescristianas.net/2008/08/02/¿economia-de-revolucionleonardo-boff-teologo>.
- BOFF, Leonardo, “El camino más corto hacia el fracaso”, *Rebelión*, España, disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=84428> (fecha de acceso: 2 de enero de 2018).
- CÁRDENAS, Johana y VALLEJO, Luis, “Agricultura y desarrollo rural en Colombia 2011-2013: una aproximación”, *Apuntes del Cenes*, núm. 62, diciembre de 2016, disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01200532016000200004&lng=en&tlng](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01200532016000200004&lng=en&tlng) (fecha de acceso: 27 de noviembre de 2017).
- Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Legis, 1991.
- DAMASIO, Antonio, *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Barcelona, Crítica, 2005.
- DÁVALOS, Pablo, “Neoliberalismo y Estado social de derecho”, *América Latina en Movimiento ALAI*, Ecuador, junio de 2008, disponible en: <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf> (fecha de acceso: 21 de febrero de 2017).
- DEMENCHONOK, Edward, “Fundamentación de la ética en la filosofía latinoamericana”, *The Paideia project. Philosophy in Latin America*, s.p.i,

- disponible en: <https://www.bu.edu/wcp/Papers/Lati/LatiDeme.htm> (fecha de acceso: 7 de noviembre de 2017 ).
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), *Encuesta sobre calidad de vida*, 2015.
- DUSSEL, Enrique, *Para una ética de la liberación latinoamericana*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973, ts. 1 y 2.
- DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998.
- GIRALDO, Reinaldo, “La ética en Michel Foucault o de la posibilidad de la resistencia”, *Tabula Rasa*, Colombia, núm. 10, enero-junio de 2009, disponible en: <http://www.revistatabularasa.org/numero-10/07giraldo.pdf> (fecha de acceso: 13 de marzo de 2018).
- GUDYNAS, Eduardo, “Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo”, *América Latina en Movimiento ALAI*, Ecuador, núm. 462, febrero de 2011.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, Bogotá, Desde Abajo, 2000.
- Informe Nacional de Desarrollo Humano (INDH), *Colombia rural: razones para la esperanza*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011.
- INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI (IGAC), *Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2012.
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), *Protocolo de vigilancia en salud pública: mortalidad por y asociada a desnutrición en niños menores de 5 años*, 2015.
- KEAN, *The neoliberal underpinnings of the bioeconomy: the ideological discourses*, 2006.
- MARTÍNEZ, Martha y VASCO, Carlos Eduardo, “Sentimientos: encuentro entre la neurobiología y la ética según Antonio Damasio”, *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 6, núm 2, diciembre de 2011.
- MATA VILLEGAS, Nelson, “La educación en la ética de los derechos humanos”, *Justicia*, Colombia, núm. 30, diciembre de 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1357> (fecha de acceso: 23 de abril de 2017). doi: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1357>.
- MONEDERO, Juan Carlos, *El gobierno de las palabras. Política para tiempos de confusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

- MORIN, Edgar, *El método 6. Ética*, Madrid, Cátedra, 2006.
- NIETO GÓMEZ, Libia Esperanza et al., (In) *Certezas del desarrollo: fisuras, relatos y otros senderos*, Bogotá, Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), 2014, disponible en: <http://hemeroteca.unad.edu.co/index.php/book/article/view/1085> (fecha de acceso: 31 de enero de 2018).
- OCDE, *The Bioeconomy to 2030: Designing a policy agenda*, París, OCDE, 2009, <https://www.oecd.org/futures/longtermtechnologicalsocialchallenges/42837897.pdf>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *Una introducción a los conceptos básicos de la seguridad alimentaria*, 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *Mapa del hambre de la FAO*, 2015, disponible en: <http://www.fao.org/hunger/es/>.
- PAVONE, Vincenzo, “Ciencia, neoliberalismo y bioeconomía”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, Argentina, núm. 20, abril de 2012, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92424169013> (fecha de acceso: 16 de enero de 2017).
- Revista Semana*, “Así es la Colombia rural”, Colombia, 2012, disponible en: <http://especiales.semana.com/especiales/pilares-tierra/asi-es-la-colombia-rural.html> (fecha de acceso: 5 de marzo de 2018).
- ROBINSON, James, “La miseria en Colombia”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, Colombia, núm. 76, enero-junio de 2016, disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.13043/dys.76.1> (fecha de acceso: 20 de enero de 2017).
- ROSSET, Peter y MARTÍNEZ, María Elena, “Soberanía alimentaria: reclamo mundial del Movimiento Campesino”, *Ecofronteras*, México, vol XVIII, núm. 51, mayo-agosto de 2014.
- SÁNCHEZ, Wilson et al., *Ontología del presente y construcción de un carácter en Michel Foucault. Discusión a partir del pensamiento de Foucault de los problemas del presente*, Santiago de Cali, Universidad Libre, Mariposas Amarillas, 2015.
- SEN, Amartya, “Propiedad y hambre”, *Precedente. Revista Jurídica*, Colombia, diciembre de 2001, disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1384> (fecha de acceso: 16 de mayo de 2017), doi: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1384>.



- VANEGAS GARCÍA, José Hoover, “Ética y derechos humanos en el marco de la Constitución Política de Colombia de 1991”, *Revista Jurídicas*, Colombia, núm 7, enero-junio de 2010, disponible en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/etica-humanos-marco-constitucion-politica-232684985> (fecha de acceso: 20 de abril de 2017).
- VEGA CANTOR, Renán, “Crisis civilizatoria”, *Revista Herramienta*, Argentina, núm. 42, octubre de 2009, disponible en: <https://www.herramienta.com.ar/articulo.php?id=1052> (fecha de acceso: 23 de marzo de 2018).
- VÍA CAMPESINA, *Declaración del Foro Mundial sobre Agroecología*, 2015, disponible en: <https://viacampesina.org/es/declaracion-del-foro-internacional-de-agroecologia/> (fecha de acceso: 06 de febrero de 2018).
- VÍA CAMPESINA, *Declaración sobre la Soberanía Alimentaria de los Pueblos*, Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria, 2002, disponible en: <http://movimientos.org/node/1178?key=1178> (fecha de acceso: 30 de enero de 2018).

C

*Fecha de recepción:* 26 de septiembre de 2016.

*Fecha de aceptación:* 22 de febrero de 2019.

## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



## La inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior; una afrenta al Estado de derecho en México

Raymundo GIL RENDÓN\*

SUMARIO: I. *México en su realidad*. II. *Análisis de los medios de impugnación interpuestos contra la Ley de Seguridad Interior*. III. *Conclusiones*.

### I. MÉXICO EN SU REALIDAD

A lo largo de los últimos doce años, hemos presenciado la militarización del país por parte del Ejecutivo Federal mediante el uso arbitrario del ejército en las calles, a efecto de llevar a cabo labores policiacas y de seguridad pública, lo cual *de facto* representa un golpe de Estado técnico de parte del “PRI-Gobierno” (2012-2018). Al parecer es parte de las estrategias que pretendía le sirvieran para perpetuarse en el poder, pero que no resultaron como esperaba. Ahora los actores políticos se han renovado prácticamente en su totalidad y toca al nuevo presidente revertir el “estado de las cosas inconstitucionales”, que son consecuencia de las malas prácticas y medidas inadecuadas de sus predecesores; el resultado que tristemente podemos observar es el detrimento del llamado Estado de “derecho” y que desde luego significa una afectación directa a la vigencia plena de los derechos humanos que deben imperar en la vida pública e institucional.

Finalmente, el 15 de noviembre de 2018, ahora sí nuestro autodenominado “tribunal constitucional” resolvió sobre la inconstitucionalidad de la

---

\* Catedrático y constitucionalista del posgrado en la UNAM; [doctorgilrendon@hotmail.com](mailto:doctorgilrendon@hotmail.com). Agradezco la colaboración de mi alumna de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Laura Aradillas.

Ley de Seguridad Interior (LSI), con votación mayoritaria de 9 votos, y con base en lo obvio, lo estipulado por nuestra Constitución en sus artículos 29, 73 y 129, en razón de que no puede el Congreso expedir leyes de seguridad interior, porque no tiene competencia ni facultades expresas para ello.

En efecto, lo mínimo que se esperaba de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) era el inminente e insoslayable pronunciamiento de la confirmación de las sentencias de amparo de la justicia federal dictadas en ese sentido hace algunos meses por dos jueces, el primero por el juez Juan Silva García (8o. de Distrito de la Ciudad de México),<sup>1</sup> y por la jueza Karla María Macías Lovera, 9o. de Distrito en Guanajuato;<sup>2</sup> la razón era el vicio de incompetencia de origen de la Ley de Seguridad Interior, por una parte, y por la otra, porque en tiempo de paz no puede actuar el ejército fuera de sus cuarteles, o sea en las calles.

Daniela Caballero, a través de su publicación digital en el portal *Animal Político*, bajo el título “A oídos sordos, impugnaciones a la LSI”, refiere que esta legislación es la más impugnada en el país, basándose en que hasta ese momento se cuantificaban diversos medios promovidos: 14 controversias constitucionales, 9 acciones de inconstitucionalidad y 700 demandas de amparo; lo anterior aunado al abierto rechazo por parte de organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).<sup>3</sup>

Por su parte, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en el ámbito de su competencia y autonomía, emitió el Comunicado de Prensa DGC/355/18, a efecto de solicitar la invalidación total de la LSI, bajo el argumento central de considerarla contraria al pleno respeto de los derechos humanos.<sup>4</sup>

En consecuencia a lo expresado, es menester entrar al análisis de los argumentos jurídicos con los cuales se ha determinado que la Ley de Seguridad Interior va contra el marco constitucional.

---

<sup>1</sup> Poder Judicial de la Federación, Amparo Indirecto 124/2018, juez octavo de distrito en materia administrativa, Ciudad de México.

<sup>2</sup> Poder Judicial de la Federación, Amparo Indirecto 73/2018-II y sus acumulados 73/2018-III y 73/2018-IV, jueza novena de distrito, Guanajuato, México, p. 7.

<sup>3</sup> Caballero, Daniela, “A oídos sordos, impugnaciones a la LSI”, *Animal Político*, México, nota informativa publicada el 05 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/blogueros-verdad-justicia-reparacion/2018/03/05/a-oidos-sordos/> (consultado el 15 de noviembre de 2018).

<sup>4</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Comunicado de Prensa DGC/355/18, México, 04 de noviembre de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2JD5Aox> (consultado el 15 de noviembre de 2018).

## II. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR

Mi opinión, de carácter constitucional, se sustenta en los argumentos esgrimidos más adelante y confirmados por las dos sentencias de los jueces de distrito. Ambos jueces otorgaron el amparo y declararon inconstitucional dicha Ley por violar principalmente el principio de autoridad competente, previsto por el artículo 16 constitucional en relación con el 129 constitucional; el primero por no provenir de mandamiento escrito de “autoridad competente”, y el segundo porque en tiempo de paz no puede actuar el ejército fuera de sus cuarteles, es decir, en las calles, entre otras consideraciones.

En efecto, sólo el presidente puede ordenar la acción del ejército en tiempos de paz y en dos supuestos, mediante la declaración de guerra o en estado de “sitio” o suspensión de derechos, conforme a los artículos 129 y 29 constitucionales.

Esto ocurre desde la original y primera Constitución Federal de 1824 y la subsecuente de 1857, según la opinión del ministro José Ramón Cossío, criterio histórico que comparto íntegramente, así como participo de la opinión de apartarse del criterio jurídico de colaboración del ejército con las autoridades civiles en el combate a la delincuencia, al que llegó la Suprema Corte en la Acción de Inconstitucionalidad 1/1999.

En el juicio de amparo indirecto 124/2018, el juez de distrito tuvo la valentía de dictar una sentencia histórica, en la que declara la inconstitucionalidad de la norma y ordena la inaplicación de la misma; podemos hacer énfasis en varias cuestiones, enmarcando los siguientes puntos:

- 1) Uno de los criterios que deja muy en claro el juez Silva estriba en el principio de la relatividad de las sentencias; la Cámara de Diputados señalaba como improcedente el juicio en virtud de la imposibilidad de restitución a la protección constitucional, ya que los efectos serían generales. Pero atinadamente señala el artículo 78 de la Ley de Amparo que versa respecto de normas generales, señalando que se deben considerar los efectos y alcances de la sentencia, y que es obligación del juzgador establecer las medidas necesarias para restituir en la mayor medida posible.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Poder Judicial de la Federación, Amparo Indirecto 124/2018, juez octavo de distrito en materia administrativa, Ciudad de México, p. 7.

- 2) Por cuanto hace al interés, se hace un análisis de la naturaleza de la afectación y la existencia del interés legítimo, sea individual o colectivo; destaca la jurisprudencia citada en torno a la importancia de resolver el fondo del asunto, en vez de buscar simples improcedencias de orden procesal. Además de la apreciación específica de que la afectación puede suscitarse con la propia publicación, diversas asociaciones y sectores sociales manifestaron su inconformidad, y dicho interés es totalmente justificado y válido. La sentencia lo argumenta así y sostiene, en un sólo párrafo, con claridad meridiana, evidente y constitucionalmente contundente, la violación constitucional de la LSI, porque otorga facultades a las fuerzas armadas que la Constitución no les da en tiempos de paz:

La ley de seguridad interior desde su vigencia sujeta a todas las personas dentro del Estado a la autoridad de las fuerzas armadas en tiempo de paz. Por tanto, restringe el derecho o el interés constitucional de las personas previsto en el artículo 129 diseñado para garantizar que los ciudadanos no se encuentren sujetos a la jurisdicción o autoridad militar en tiempo de paz.<sup>6</sup>

- 3) Identifica exactamente el concepto de “ley autoaplicativa”, que desde su entrada en vigor automáticamente produce efectos vinculantes sin necesidad de un acto de autoridad; en virtud del entramado jurídico de la LSI, se podría desprender que le otorgaba facultades de autoridad a las fuerzas armadas, que pudieran constituir, por la “inmediación y proximidad”, funciones propias y exclusivas de la autoridad civil, en detrimento de los artículos 14 y 129 constitucionales.
- 4) En los conceptos de violación, el juez refiere que en efecto las fuerzas armadas son autoridad federal coadyuvante en la seguridad interior en tiempos de paz y que debe anteceder una declaratoria específica que justifique las acciones emprendidas en esta materia; la legislación relativa prevé cuestiones particulares que la LSI pretende superar, al contemplar acciones de seguridad interior con participación de las fuerzas armadas en tiempos de paz, pero sin necesidad de emitir previamente una declaratoria

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 37.

de seguridad interior y por orden del presidente, con el fin de hacer frente a aquellas amenazas que representen un grave peligro para las personas o las instituciones fundamentales del gobierno. La participación de las fuerzas armadas en la seguridad interior en tiempos de paz sin necesidad de declaratoria ni orden del presidente, en forma permanente, en labores de identificación, prevención y atención de riesgos de seguridad interior, así como respecto de labores de inteligencia en la materia.

Derivado del contenido de la sentencia descrito en las líneas anteriores, podemos advertir que hay atribuciones que sobrepasan el orden constitucional de derechos y libertades. La LSI sujetaba a todos los individuos a un régimen donde prevalecen las fuerzas armadas y sus actuaciones; plantea una jurisdicción militar en tiempos de paz.

Como sociedad, como ciudadanos, tenemos la capacidad de cuestionar, a través de medios procesales determinados, sobre la constitucionalidad del contenido de dicha norma, haciendo énfasis en que el referido régimen es por sí mismo una situación excepcional y por ende las condiciones en las que se debería presentar son también excepcionales; en consecuencia, establecerlo como regla y no como excepción nos supone una violación flagrante al contexto garantista que debe prevalecer; el juez Silva lo establece claramente, al afirmar que la LSI tiene un efecto claramente amedrentador,<sup>7</sup> lo cual implica forzosamente una alerta que no podemos descuidar.

Los antecedentes en torno a las prácticas excesivas en que han incurrido agentes castrenses implican también un foco rojo de desconfianza y descrédito; las denuncias ante el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) son algunos de los numerosos incidentes que conforman los antecedentes que se tienen al respecto. Esta institución jurídica se encuentra sumamente desprestigiada, por lo que podemos afirmar que carece de calidad moral para ostentar tan amplias atribuciones.

Dichas atribuciones son precisamente en relación con actos de privación y molestia prohibidos por el artículo 14 y, sobre todo, el 16 constitucionales, que al consumarse pueden resultar irreparables y, como consecuencia lógica, serían violaciones sistemáticas. Con base en esta poca credibilidad que ostentan las fuerzas armadas, podemos referirnos al interés jurídico de las posibles víctimas, que pueden ser exponencialmente numerosas, sean per-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 47.



sonas físicas o morales. Nadie va a exponerse a una laceración jurídica para demostrar que la LSI dota de atribuciones excesivas a las fuerzas armadas.

Partiendo del artículo 129 constitucional, se advierte que la disposición de fuerzas armadas en tiempos de guerra es aceptable, pero no así en tiempos de paz; complementario a ello, en el artículo 29 constitucional se prevé la posible restricción o suspensión de derechos y garantías ante una perturbación grave a la paz pública, y estipula que es una atribución exclusiva del presidente con la aprobación del Congreso, entre otras reglas operativas. En consecuencia, advertimos que no se trata de una atribución amplia, sino que estamos hablando de una medida que salvaguarda la paz pública y que es regulada por los tres poderes.

En conclusión, la LSI sobrepasa lo establecido en la Constitución, al dotar de facultades excesivas a las fuerzas armadas bajo condiciones “normales”, pero que la propia Constitución señala que deberán ser excepcionales. El juez Silva hace una recopilación de afirmaciones de autores como Diego Valadés, Jorge Volpi y Agamben,<sup>8</sup> refiriendo que en este caso no hay controles políticos como en los artículos constitucionales ya citados, y aunque suene escandaloso, la realidad es que nos encontramos ante una guerra civil legal, donde no hay paz pública y se ha normalizado la ejecución de acciones federales, entre las que encontramos al ejército haciendo labores policiales y de investigación, viviendo violaciones constantes y sistemáticas a derechos humanos, pero más grave aún es que estas condiciones sean precisamente excepcionales de perturbación y se hayan convertido en permanentes ahora.

Me parece muy importante el ejercicio que hace el juzgador de atraer jurisprudencia y aclarar que, aunque es excesiva, está obligado a aplicarla; sin embargo ello implica que no es lo más adecuado y remite la observación de que la propia SCJN debe analizar el asunto para determinar la actuación de las fuerzas armadas en las labores policiales durante tiempos de paz.<sup>9</sup> Desde luego la referida permisión conlleva ciertos requisitos, como la autorización del Ejecutivo Federal fundada y motivada, justificando las condiciones en las que actuarán los militares y el régimen de obediencia-subordinación a las autoridades civiles, y por ende al régimen jurídico que se encuentra vigente; se hace la aclaración de que hay condiciones de no permanencia, temporalidad explícita y territorialidad determinada.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 58.

En recientes días, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito informó, a través de la nota informativa DGCS/NI: 46/2018, que en el amparo en revisión 230/2018 resolvió revocar la interlocutoria recurrida y negar la suspensión solicitada en contra de la resolución emitida por el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Sonora, en la que concedió la suspensión definitiva para que, hasta en tanto se resuelva sobre el fondo del asunto en lo principal, se paralizarían los efectos y consecuencias de la aplicación y entrada en vigor de la LSI como actos de un agravio personal.<sup>10</sup>

El análisis del asunto se centró en el reclamo de la inconstitucionalidad de los artículos 2o., 3o., 4o., 7o., 9o., 11, 12, 16 y 30 de la referida Ley, que a consideración de la quejosa transgreden los principios de legalidad y certeza jurídica, libertad de expresión y acceso a la información, por lo que solicitó la suspensión para impedir su aplicación en términos generales.

Por su parte, el Colegiado destacó el artículo 128 de la Ley de Amparo, que prevé que la suspensión no debe perjudicar al interés social ni contravenir disposiciones de orden público, por lo que no procedía otorgarse la medida cautelar solicitada; se argumentó que "...era necesario contar con una legislación en materia de seguridad interior para poder estar en condiciones de encarar las amenazas que enfrenta el país y vulneran la calidad de vida de los ciudadanos". En conclusión, para el tribunal no se justificaba la procedencia excepcional del efecto restaurador-paralizador característico de la suspensión del acto reclamado, ya que en forma alguna encontraría "consonancia" con el interés social en las disposiciones reclamadas, es decir, la materia del amparo es sólo un efecto de la suspensión que debe procurarse cuando procede otorgarla, sin que se excluya el cumplimiento de los restantes requisitos para la obtención de la medida precautoria.

Retomando la actuación del ejército y los criterios que les regirían, hacemos una categórica afirmación de que debe ser el respeto a los derechos humanos, y bajo un control judicial reforzado, el que garantice la protección a la sociedad civil. Asimismo, esta medida netamente excepcional debe aplicarse bajo criterios que garanticen el orden federal, que a su vez integra también garantías de acceso a la información y rendición de cuentas, esenciales para la justificación de la intervención de las fuerzas armadas.

---

<sup>10</sup> Consejo de la Judicatura Federal, Nota informativa DGCS/NI: 46/2018, México, 25 de septiembre de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2OPVeDx> (consultado el 15 de noviembre de 2018).

En consecuencia, el juez Silva acota que en el párrafo 275 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el *caso Rosendo Radilla Pacheco*, se destaca que los actos violatorios de derechos humanos perpetrados por militares deben ser conocidos y resueltos por tribunales ordinarios y no militares, y que no sólo en razón de la reparación del daño, sino como un medio efectivo de ejercer el derecho a la verdad y la justicia.

Respecto del análisis de constitucionalidad de la LSI, por cuanto hace a la configuración normativa de un sistema de participación para las fuerzas militares en tiempos de paz, el juez reitera que si bien es cierto que por jurisprudencia se regula la actuación de las fuerzas armadas, también se establecen las condiciones en las cuales resulta útil, pero sobre todo justificado. Dicha constitucionalidad se resume en los siguientes puntos:

- 1) Inconstitucionalidad del sistema normativo en los artículos 4o. fracción I, 6o., párrafo primero, 11, párrafos primero y último, 15, segundo párrafo, 26, 30 y 31 de la LSI:
  - Las fuerzas armadas pueden intervenir en la seguridad interior en tiempos de paz, previa autorización fundada y motivada del presidente;
  - El presidente está facultado para autorizar dicha intervención si acredita las circunstancias excepcionales;
  - Los criterios bajo los que se rige son impermanencia, temporalidad y delimitación territorial;
  - Emitida la autorización presidencial de intervención, las fuerzas armadas estarán subordinadas a las fuerzas civiles.
- 2) Vicios de inconstitucionalidad del artículo 16 de la LSI, ya que permite la acción de las fuerzas militares sin la previsión de fundamentación y motivación en una declaratoria del Ejecutivo Federal.
- 3) Vicios de inconstitucionalidad de los artículos 4o., fracción IV, 17, 20, fracciones I, II, III y IV, además del 22 de la LSI, ya que permiten actuar a las fuerzas armadas por sí mismas o en coordinación, es decir, sin la condición de subordinación prevista por la SCJN; el propio artículo 21 de la norma impugnada prevé un grupo interinstitucional con representantes de cada autoridad u or-

ganismo que participa de la intervención de las fuerzas armadas, dicha comandancia implica la no subordinación a las instancias civiles.

- 4) Vicios de inconstitucionalidad del artículo 9o. de la LSI, ya que prevé una clasificación previa, desde sede legislativa, sobre la información generada por la aplicación de la norma. Al respecto, la SCJN ha establecido que no debe haber reservas de información hacia los ciudadanos respecto del ejercicio de las funciones estatales; el legislativo no está en posición de determinar información como de seguridad nacional, como lo establece el artículo 9o. de la norma impugnada; en todo caso, el órgano que es susceptible de brindar la información es quien la clasifica de acuerdo con la naturaleza de la misma y con apego al marco legal correspondiente. La resolución de la SCJN en acciones de inconstitucionalidad en la materia aclara que las acciones que deriven en el uso legítimo de la fuerza deben estar sujetas a un sistema de rendición de cuentas.

Finalmente, el juzgador concluye con la exposición abierta de la inconstitucionalidad del sistema normativo previsto en la LSI que se reclama mediante amparo; a su vez, considera innecesario el estudio de los demás conceptos de violación señalados, fundando su afirmación en la jurisprudencia relativa a la consideración de suficiencia para los conceptos sí analizados.

Respecto a los efectos de la sentencia, destaca la fundamentación en el artículo 78 de la Ley de Amparo, ya referido con antelación, en relación con la desincorporación de la norma general mediante una declaración de inconstitucionalidad y su consecuente inaplicación. El mismo artículo faculta a los jueces de amparo para especificar las medidas adicionales a la inaplicación de una norma inconstitucional, lo cual implica que las fuerzas armadas no pueden llevar a cabo ningún acto de privación o molestia en perjuicio del quejoso respecto del cúmulo de contenidos normativos impugnados y declarados inconstitucionales.

El golpe de Estado, configurado desde el Poder Legislativo, fue preparado por el entonces senador Roberto Gil Zuartz, que basado en algunos cambios cosméticos a los artículos 7o., 9o. y otros que se “cocinaron” en el Senado, para ser aprobado finalmente por el Pleno y promulgado por el Ejecutivo, quien ciertamente bajo un contexto totalmente ilegal sostuvo que no aplicaría la LSI. Estamos ante una inaplicación de una disposición

normativa “de facto”, pero debería ser “de jure” sin “vetarla”, lo cual a su vez estaría constituyendo un posible delito federal.

El Legislativo expuso que era necesaria la intervención del ejército para preservar el Estado de derecho; por su parte, el Poder Ejecutivo en turno “prometió” no aplicar la ley hasta en tanto no se pronunciara la Corte, lo cual no es más que una mera “simulación democrática” y, por ende, lo que es mejor conocido como la “dictadura perfecta” de un Estado autoritario, que se aleja cada día más de ser un Estado “democrático y constitucional de derecho”.

Lo anterior, repito, se debe a la emisión de una LSI por “autoridad incompetente” y por otorgarle al ejército funciones que no le corresponden constitucionalmente hablando, ya que son ámbitos o esferas propias y exclusivas de la autoridad civil, atribución consignada en el artículo 102 constitucional, según lo estableció la Acción de Inconstitucionalidad 1/1994 de la SCJN; además de también ser contraria a los artículos 1o., 6o., 14, 16, 18, 19, 20, 21, 29, 39, 40, 41, 73, 124 y 129 de la Constitución de la República.

Complementario a lo descrito, entraré al pronunciamiento de diversos principios que considero pertinente enmarcar, ya que fundan y motivan la inconstitucionalidad de la LSI.

*Autoridad competente*, previsto en el artículo 16 constitucional, refiere que nadie puede ser privado de la libertad sino por mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; en consecuencia, todo lo actuado por y ante una autoridad incompetente, que en este caso es el Congreso de la Unión, es nulo, y desde un inicio carece de competencia original, por lo que *no surte efecto jurídico alguno*, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Suprema Corte y de la Corte Interamericana (véase casos: *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid vs. Chile* y *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, párrafo 339).

*Soberanía nacional y federalismo*, que establece que el poder público dimana del pueblo, conforme al artículo 39 constitucional, y además se vulneran los principios del federalismo que establecen los artículos 1o., 40, 41 y 49 constitucionales, a través de los cuales se señalan los principios constitucionales fundamentales y supremos para formar y constituir una República federal.

Para cerrar esta idea, me permito señalar una sencilla pero tajante aseveración: no debe existir preocupación alguna por lo que jurídicamente equivale a la “nada”, en tanto no exista un fundamento, no puede producirse ningún efecto jurídico trascendental, sino sólo temporal y virtualmente hablando.

### III. CONCLUSIONES

En conclusión, la realidad fáctica que constituyen todos los acontecimientos y hechos vividos ininterrumpidamente desde diciembre de 2006, aunados al cúmulo de acciones emprendidas y ejecutadas por el ejército mexicano, consistente en la vigilancia de las calles, la intervención en la seguridad pública y en la persecución de los delitos, todo ello perpetrado y “amparado” bajo un mandato no escrito, sin fundamentación, motivación y justificación, han sido, son y serán anticonstitucionales. Recordemos que la “declaración de guerra contra el crimen organizado” o “Guerra contra el «narco»” fue emitida verbalmente por el titular del Poder Ejecutivo Federal, cobijándose en el artículo 89 de nuestra Constitución, a través del cual se reconoce al presidente de los Estados Unidos Mexicanos como máximo comandante de las fuerzas armadas del país.

Pero afortunadamente hoy contamos con la confirmación de parte de la SCJN sobre la inconstitucionalidad de la norma que ha sido impugnada a través de varios mecanismos procesales vislumbrados; entre ellos el llevado a cabo por una organización de la sociedad civil, en el proceso constitucional de amparo contra dicha norma, Amparo Indirecto 124/2018, ante el juez 8o. de distrito del primer circuito (previamente analizado) y las diversas acciones de inconstitucionalidad.

Por su parte, el Poder Legislativo ha tratado de regularizar legalmente las acciones emprendidas por el ejército, sin una base adecuada o justificación constitucional alguna. El Congreso, por su parte, puede legislar solamente en materia de seguridad nacional, pero no tiene la facultad expresa en materia de seguridad interior, y por tal razón constitucional, la LSI carece de fundamento constitucional y adolece también de un vicio de origen, el cual no puede ser ni soslayado ni convalidado.

Hemos de agregar además que si desde el nacimiento de nuestra República federal existe una cláusula intangible y “pétrea”, como la establecida en la facultad reglamentaria del artículo 89 constitucional, donde se prevé al Ejecutivo como el único poder constitucional que puede disponer de la totalidad de las fuerzas armadas, llámense ejército, fuerza aérea, marina y “guardia nacional”, esta facultad histórica y originaria la tiene el presidente en sus altas funciones de comandante supremo, pero únicamente en dos casos limitados y restringidos: para declarar la guerra y en el supuesto de suspender derechos fundamentales, tal y como se señalan en dicho precepto y en el artículo 29 constitucional.

En ese tenor, respecto de la competencia exclusiva del Ministerio Público (“Fiscal General”), para investigar y perseguir los delitos con apoyo de la “policía civil”, observamos que también se viola el artículo 102-A que prevé dicha atribución de carácter exclusivo, en relación con la función persecutoria e investigadora de delitos del fuero federal y del fuero común, es decir, se trata de facultades exclusivas de seguridad pública, otorgadas constitucionalmente a policías civiles.

Debemos distinguir las particularidades de la seguridad pública y la seguridad nacional; en relación con la primera (seguridad pública), está prevista por los artículos 19, 20 y 21 constitucionales y se establece que se les confiere a las autoridades civiles federales y estatales, así como a la policía en los municipios, cuyas facultades exclusivas se fundan en el artículo 115-VII de la Constitución federal.

Cambiando de contexto, aun cuando el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hubiese sido en favor de las poco loables pretensiones del Estado-gobierno mexicano (poderes en turno, Legislativo y Ejecutivo), existe la posibilidad de recurrir a un procedimiento subsidiario ante el sistema interamericano de derechos humanos, ya sea ante la Comisión Interamericana o directamente ante la Corte, pidiéndole que ejerza *ex officio* el control de convencionalidad, al cual tenemos derecho por hallarse contenido como criterio vinculatorio por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La aplicación es de carácter obligatorio, de acuerdo con lo previsto por el artículo 62 de la Convención Americana y por su propia jurisprudencia en el *caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*; por cierto, se subraya que es contra nuestro país, en su párrafo 339, donde estimó que el Poder Judicial deberá ejercer dicho control de convencionalidad, aunque no lo invoquen las partes y de manera obligatoria, por ser el último intérprete de la Convención Americana al interior del Estado mexicano.

En consecuencia, estamos ante una inconstitucionalidad material de la LSI por la violación a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, sobre todo por los criterios derivados de la sentencia en el caso resuelto correspondiente a *Cabrera García y Montiel contra el Estado mexicano*; la legislación en comento viola los artículos 1o., 6o., 14, 16, 15, 19, 20, 29, 73 y 129 de la Constitución federal, tal como se destaca y describe a continuación y que son algunos de los que se consideran más importantes:

- El artículo primero constitucional, porque al emitir el Senado una ley inconstitucional no está cumpliendo con la promoción,



respeto, protección y garantía a los derechos humanos, reconocidos no sólo en nuestra Constitución, sino también reconocidos y tutelados a través de la Convención Americana.

- Asimismo, al disponer la LSI en su artículo 7o. que la información que recabe la Secretaría de la Defensa Nacional es reservada, causa la violación a los principios de publicidad y transparencia, característicos del derecho fundamental a la información contenido en el artículo 6o. constitucional.
- Al expedir una LSI, se contraría a los tratados internacionales que México ha suscrito y ratificado, se viola *a contrario sensu* el artículo 15 constitucional que prohíbe celebrar tratados en contra de los derechos humanos, y en el caso de la expedición de la ley, se estaría aplicando un derecho interno incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial sus artículos 7o. y 9o. respectivamente, los cuales señalan que en un plazo breve o inmediatamente se tiene que poner a disposición de un juez a un detenido. Desafortunadamente, en el caso *Cabrera García y Montiel* se demostró que el ejército no puso a disposición a los detenidos sino cuatro o cinco días posteriores, constituyéndose así una “detención arbitraria” por parte del Estado mexicano, sumando además lo relativo a la tortura de la cual fueron objeto por parte de quienes perpetraron la detención.

Finalmente, a efecto de ir cerrando el tema, debo expresar que me parece importante la presión desde diversos sectores sociales, pero creo que hizo falta una protesta más enérgica a través de peticiones o escritos de *Amicus Curiae*, en los juicios de amparo o a través de las redes sociales; si bien es cierto afortunadamente lo han hecho, destaca que ha sido con cierta desorganización, perdiendo así su capacidad de impacto en la colectividad.

Por ende, como dicen los juristas, *a contrario sensu*, en tiempo de paz no puede jamás participar el ejército en funciones propias de la autoridad civil, como es el caso de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes (artículos 19, 20, 102-A constitucionales), ni aun en una función de colaboración con las autoridades civiles, como se autorizaba en la Acción de Inconstitucionalidad 1/1999, ya que el artículo 129 de la Constitución federal establece una restricción específica, para ubicar y

guardar en tiempos de paz al ejército y en los cuarteles; considero que ni aun cambiándolo de nombre, por el de la “guardia nacional” como ahora lo propone el nuevo presidente constitucional, se puede dar autorización constitucional al ejército para actuar como policía, ya que seguirá perteneciendo a la Secretaría de la Defensa Nacional.

Respecto de la última parte del párrafo inmediato anterior, parece ser que el escenario nacional vislumbra un conflicto similar, pero ahora con la Guardia Nacional.

Derivado del actuar imparcial e independiente del juez Silva a través de la sentencia que dictó, tenemos mucha fe en el juzgador que no tiene miedo de aplicar los principios constitucionales, dando cátedra de los alcances de una resolución bien planteada, que garantice una tutela judicial efectiva para todos los mexicanos.

La resolución emitida por la SCJN la legitima políticamente como un verdadero tribunal constitucional, a fin de que preserve y mantenga incólume el Estado constitucional y democrático de derecho, que es lo mínimo que esperamos todos los ciudadanos de este órgano terminal.

Esperamos que no se simule más con una Constitución de “oropel”; queremos que deje de ser una Constitución semántica (véase Karl Lowenstein; o “Bella poesía”), y se transforme en una Constitución viva, real y vigente, dejando de ser un sueño más de todos los mexicanos ¡para el bien de todo el pueblo de México!

C



## El caso Herzog, la amnistía de 1979 y las dificultades de la justicia transicional en Brasil

Pietro de Jesús LORA ALARCÓN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones jurídicas sobre la decisión del Supremo Tribunal Federal*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En la decisión del 15 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado brasileño por la violación de los derechos y las garantías judiciales y la protección a la vida del periodista Vladimir Herzog, torturado y asesinado en un Centro de Detención (DOI-CODI) en la ciudad de São Paulo en 1975, durante la dictadura militar.

El Ministerio Público Federal, en cumplimiento de la decisión, reabrió la investigación sobre la muerte del periodista. Sin embargo, y a pesar de que la decisión de la Corte Interamericana dice claramente que el Estado cometió actos ignominiosos en un contexto de ataques a la población civil, y expone que la Ley de Amnistía —Ley 6683 de 1979— es una excluyente de responsabilidad prohibida por el derecho en casos de crímenes contra la humanidad, parte de la doctrina brasileña opina que esta decisión no se puede sobreponer a la decisión tomada por la Corte Constitucional de

---

\* Profesor de los cursos de pregrado y posgrado de la PUC/SP y del CEUB, Centro Universitario de Bauru/Sp-Brasil; Maestría y Doctorado en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)-PUC/SP; [plalarcon@uol.com.br](mailto:plalarcon@uol.com.br); <https://orcid.org/0000-0003-4086-2839>.

Brasil —Supremo Tribunal Federal— en la acción denominada Alegación de No Cumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 153.

En efecto, el Supremo Tribunal en esa ADPF consideró que la Ley de Amnistía es constitucional y, de esa manera, la posibilidad de cumplimiento de penas para los torturadores y culpables por la muerte de Herzog encuentra un fuerte obstáculo.

Por eso, nuestro artículo focaliza la actuación del Estado y la sociedad brasileña en el momento en que se dio a conocer la Ley de Amnistía, verificando después su naturaleza y alcance. Realizamos, posteriormente, un juicio crítico sobre la decisión del Supremo Tribunal Federal en la acción ADPF 153, que declara la constitucionalidad de la medida legislativa del 79 y conectamos la decisión de la Corte brasileña con la decisión emanada de la Corte de San José de Costa Rica en el *caso Herzog y otros vs. Brasil*.

Vale recordar que esta modesta contribución se inscribe en el conjunto de aportes sobre las experiencias de justicia transicional en América Latina, y que el caso brasileño adquiere relevancia tomando en cuenta que en octubre del 2018 el país conmemora los 30 años de promulgación de la Constitución federal.

### 1. *La amnistía y el contexto del estado de excepción*

No se pretende realizar un recorrido minucioso del periodo histórico de dictadura militar —con apoyo civil de los grandes empresarios y del sector financiero, dígase de paso— brasileño. Sin embargo, si nos parece importante destacar hechos que además de servir de elementos para la construcción de una base que permita comprender como surgió la amnistía, también facilite avanzar por dos caminos: el primero, que nos lleve a la propia comprensión del concepto de “justicia transicional” en el Brasil contemporáneo; el segundo, que nos conduzca al debate sobre la extensión y alcance de la amnistía tal como está expuesta en la Ley de 1979.

Futuramente, se observará, pidiendo licencia para adelantarnos un poco en el análisis, que en Brasil se registra un conflicto entre las medidas políticas tomadas para proyectar la democratización de la vida social y las medidas jurídicas que deberían estar dispuestas a proporcionar la satisfacción de los derechos de las víctimas de la dictadura militar.

Esa contradicción se manifiesta continuamente en el debate sobre la conveniencia de mantener la decisión del Supremo Tribunal —que libera a los

agentes estatales del periodo dictatorial de cualquier pena por los abusos cometidos— que a pesar de emanar de la Corte Constitucional, y por lo tanto tener expresiva fuerza jurídica, expone la confirmación de una opción política o, por otro lado, la de aplicar la decisión emanada de la Corte Interamericana —que en sentido contrario condena a esos agentes por los delitos de lesa humanidad cometidos en ese periodo—, que implica revisar la Ley de Amnistía derogando los puntos que no permitan penalizar esas personas.

En Brasil, como en cualquier comunidad organizada, el éxito y la legitimidad de una política pública, de una acción legislativa o de la decisión jurisdiccional que se pretenda pacificadora de un conflicto social particular, como el que confronta a víctimas y victimarios, dentro de los contornos de una etapa que hemos denominado —en otros artículos y ponencias— de *regeneración democrática*, depende de la manera como se atiende a la expectativa de justicia y de realización del derecho en la comunidad. Como bien alerta Pablo de Greiff, especialmente la expectativa de aquellos que tuvieron que cargar con las consecuencias de los excesos del régimen anterior.<sup>1</sup>

Adentrándonos en la historia brasileña, recordemos que las fuerzas armadas tomaron por asalto el Estado entre 1964 y 1985, desconociendo la Constitución de 1946, estableciendo la tortura, los tratamientos degradantes e instalando el recorte de las libertades públicas.

En 1968, la proclamación del Acto Institucional 5 (AI5) generó el ambiente para el terror oriundo del Estado, especialmente al amparo del artículo 10, que prohibió el uso del *habeas corpus* en favor de la persona cuando ésta se encontraba detenida por razones políticas.

Ya entre el final de 1977 y 1978, años previos a la promulgación de la Ley de Amnistía, la reacción a la dictadura militar era manifiesta, y la exigencia del retorno al Estado de derecho una presión constante, a pesar de la debilidad y las divisiones entre los opositores al régimen de excepción.

En ese contexto, en 1975 las madres de los presos políticos, que desde 1968 recorrían las cárceles en busca de sus hijos, constituyeron el germen del MFA —Movimiento Femenino por la Amnistía—. Así, juntaron padres, hermanos y familiares próximos, parientes y allegados, con el objetivo de recoger firmas en favor de la amnistía a los presos y exiliados opositores a la dictadura. Al final, más de 16,000 firmas endosaban el pedido.

---

<sup>1</sup> Greiff, Pablo de, “El esclarecimiento de la verdad, la confianza y la norma de derecho”, pp. 217 y 218, en Bergman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE-CIDE, 2009, pp. 217- 236.

Para la época, el número de personas sin posibilidad de ejercer derechos políticos ascendía a 4.682, y se estimaba en 10.000 el número de exiliados.

La lectura de esa realidad es expuesta por autores como Bernardo Kucinski, para quien en una sociedad elitista como la brasileña, en que los cuadros de la izquierda y las guerrillas incluían muchos hijos dilectos de la burguesía, el cobro por los crímenes de la represión comenzó a ser realizado en el interior de las propias clases hegemónicas. Lo mismo se da, dice Kucinski, con la persecución de los artistas plásticos, compositores, escritores. Y así, los crímenes de represión pasan a ser abominables por lo alto y lo bajo de la sociedad, y su denuncia y repudio pasa a ganar el estatus de valor dominante.<sup>2</sup>

Como se observa, la campaña por la amnistía corrió paralela a fuertes cuestionamientos a las fuerzas armadas, y fue así como, corajosamente, se profirió una sentencia el 27 de octubre de 1978 contra la Unión Federal, por la detención y muerte del periodista Vladimir Herzog.

En efecto, en plena dictadura militar, el 7o. juzgado federal del estado de São Paulo decidió favorablemente a los autores, esposa e hijos de Herzog, la acción para condenar a la Unión Federal y obligarla a indemnizar por los daños materiales y morales resultado de la muerte del periodista en la sede del Destacamento de Operaciones e Informaciones – Centro de Operaciones de Defensa Interna (DOI/CODI).<sup>3</sup>

Esa decisión en el ámbito federal fue esencial para el curso jurídico de los acontecimientos. No tardaron en aparecer los detalles sórdidos de ocultación de cadáveres de militantes políticos y una lista de 223 torturadores en los periódicos.<sup>4</sup> Pese a estos datos, ninguno de los miembros de las fuerzas armadas fue colocado nunca como reo en algún proceso.

Sin embargo, la consistencia de las denuncias y los cambios internacionales tuvieron impacto en la cúpula estatal que admitió la posibilidad de una transición a un régimen de apertura, sin abandonar el control del Estado ni el dominio del juego político en esa fase. Por eso, las fuerzas armadas

---

<sup>2</sup> Kucinsky, Bernardo, *O Fim da Ditadura Militar*; São Paulo, Contexto, 2001, p. 84.

<sup>3</sup> La decisión puede ser obtenida en [http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil\\_28out1978.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_28out1978.htm). Investigado el 14 de septiembre del 2014.

<sup>4</sup> Consultar: Moraes, Livia Assad de, “Ditadura militar, a memória jornalística como parte da revisão histórica”, *Revista Brasileira de História da Mídia*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2014, pp. 33-41, disponible en: <http://www.unicentro.br/rbhm/ed06/dossie/03.pdf>.

nunca perdieron la iniciativa política. Por el contrario, establecieron el ritmo de los cambios.

Bien aclara Werneck Sodré que el régimen conservó poderes suficientes para asegurar el control del andamio de la abertura. Y la medida de mayor repercusión, destinada a mostrar a la opinión pública que había una intención pacificadora, era la amnistía.<sup>5</sup>

La apropiación de la amnistía por las fuerzas armadas tuvo un impacto decisivo en la manera como se reconstruye la historia. De hecho, la amnistía como figura jurídico-política supone la quiebra de una situación o, por lo menos, el pasar de una época a otra. Una forma de atravesar a otra realidad. Y esa realidad inédita sugiere, entonces, que hubo una mutación en la correlación de las fuerzas que trabajan o por la conservación o por la ruptura.

Como se verá un poco más adelante, las circunstancias políticas en que se desarrolló la amnistía serán puntos neurálgicos en el debate sobre si mantenerla es un imperativo para lograr la paz y la reconciliación brasileña. En otras palabras, si es imprescindible para la continuidad de la democracia instalada por la Constitución de 1988 o si, por el contrario, la justicia es un pilar fundamental establecido constitucionalmente y el acceso a la jurisdicción es la base en que descansa la regeneración democrática.<sup>6</sup>

En el contexto singular brasileño, la sociedad, describe Werneck Sodré, asistió, en la agonía de la dictadura y como una de sus etapas, a la ejecución de un proyecto de amnistía en que el Ejecutivo unipersonal y absoluto se reservó la marcación de la lenta y compasada mudanza.

¿De qué derivaba esa anomalía? Del simple hecho de que la amnistía era generada por un régimen que de ella necesitaba para persistir, para sobrevivir como un desahogo, y, al mismo tiempo, por una resistencia democrática que de ella necesitaba para poder continuar avanzando. De un lado, por lo tanto, fuerzas poderosas retraídas organizada y metódicamente; del otro, fuerzas aún débiles, en avance muy lento y desorganizado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Sodré, Werneck Nelson, *Vida e Morte da Ditadura. Vinte anos de autoritarismo no Brasil*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1984, p. 121.

<sup>6</sup> También es posible observar en otros procesos esa misma dualidad. Consúltese el artículo de Canton, Santiago, "Leyes de amnistía", en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/MINJUSTICIA Brasil, 2011, pp. 265-291.

<sup>7</sup> Sodré, Werneck Nelson, *op. cit.*, p. 122.



Y la amnistía tendría que ser el resultado de una ley confeccionada en el Congreso, con alcance inmediato e instantáneo, con la apariencia de igualdad, de no discriminaciones, de perdonar “agentes estatales” y “subversivos”, apariencia de justicia.

Al final, el texto de la Ley, dado a conocer en 1979, determinó en su artículo 1o.:

Artículo 1o. Es concedida amnistía a todos cuantos, en el periodo comprendido entre 02 de septiembre de 1961 y 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con estos, crímenes electorales, a los que tuvieron sus derechos políticos suspenso y a los servidores de la Administración Directa e Indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los Servidores de los Poderes Legislativo y Jurisdiccional, a los Militares y a los dirigentes e representantes sindicales, punidos con fundamento en actos Institucionales o complementares.

Par. 1o. son considerados conexos, para efecto de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con crímenes políticos o practicados por motivación política.

Par. 2o. Se exceptúan de los beneficios de la amnistía a los que fueron condenados por la práctica de los crímenes de terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal.

Bajo el número 6683, la Ley inició su mistificación normativizando no aquello a lo que la sociedad civil deseaba llegar, o sea, la reconstrucción del Estado, sino el propio pasado. Su aprobación originó toda la concepción de la justicia transicional que hay en Brasil. Por eso, Abrão y Torelly exponen que el concepto de “amnistía” como “impunidad y olvido”, defendido por el régimen militar y sus apoyadores, siguió paralizado a lo largo del tiempo, pasando por actualizaciones jurisprudenciales. Por otro lado, el concepto de “amnistía”, defendido por la sociedad civil de la década de los setenta, amnistía como “libertad”, se desarrolló durante toda la democratización, consolidándose como “reparación” constitucionalizada en el artículo 8o. del Acto de las Disposiciones Transitorias de 1988, que se refiere al derecho de todos los afectados por actos de excepción institucionales o complementarios a ser considerados nuevamente ejercientes del cargo.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Abrão&Torelly, “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira”, *Revista Anistia*, núm. 7, enero-junio de 2012, Brasília, Min. da Justiça, pp. 11-47.

Bajo esas dos perspectivas, se perpetuó la vigencia de una Ley cuya intención fue mantener la impunidad de los torturadores y agentes de la dictadura. La amnistía perdonaba a la sociedad que resistía, al tiempo que mantenía toda la estructura jurídica y política en vigor. Legalizó al Estado de excepción, mantuvo en el sopor a una buena parte del movimiento social y generó que la memoria de los crímenes y las desapariciones y, con ello, la verdad, comenzaran a diluirse. La táctica comenzó a surtir efecto, en la perspectiva de dejar vacía de contenido la esencia represora del régimen militar y así, en 1979, se dio inicio a una transición maquillada.

Resalta la importancia que tenía para las fuerzas en el poder el hecho de que el Congreso expidiera el acto normativo. La apariencia de un Estado de derecho fue mantenida, porque en este tipo de Estado, cuestiones concretas son resueltas por el Ejecutivo, mientras que el Legislativo expide regularmente actos caracterizados por su generalidad y abstracción, es decir, leyes. El Ejecutivo dictatorial no emitió ningún decreto en materia de amnistía, sino que el Legislativo emitió una ley de efecto concreto, fundamentada en el presupuesto del acuerdo político y con efectos particulares, especiales, con destinatarios prefijados y autoejecutable. Esta cuestión será extremadamente relevante para la decisión de la ADPF 153, como veremos más tarde.

El Congreso de la época expidió la ley posible para la época, que pasó, entonces, a ser proyectada como expresión de la *volonté générale*, una ilusión jurídica.

En eso tiene razón el Supremo Tribunal, al juzgar la acción que buscaba la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. La Ley de Amnistía nace y muere en el tiempo y para los sucesos que creó. Técnicamente eso no le niega su ilegitimidad, que la torna en contravía con el Estado de derecho y la Constitución de 1988.

Resta saber si la acción —ADPF 153— que confronta el acto normativo con la Constitución en vigor puede provocar la convicción de que la Ley de Amnistía de 1979 no tiene validez alguna por dos posibles causas: la primera porque los requisitos necesarios para sustentarse en los marcos del Estado de derecho en ella no se verifican, y la segunda porque si confrontada con los principios —fines y valores constitucionalizados— no habría como compatibilizarla, como veremos a seguir.

## 2. La acción constitucional alegación de no cumplimiento de precepto fundamental

La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada en octubre de 1988. Desde entonces, el país inició el proceso que hemos venido llamando de *regeneración democrática*.

En más de 25 años, la Constitución ganó en fuerza normativa, no solamente por ser técnicamente una Constitución rígida, deducción que se hace al establecer el paralelo entre el proceso de elaboración de las enmiendas —artículo 60 de la Constitución— y el de elaboración de las leyes ordinarias (artículos 61, 64-66 y artículo 47 de la Constitución), sino también porque sus principios han moldado la institucionalidad y han sido determinantes para decisiones de extrema importancia socio-política.

La Constitución sometió la forma federativa de Estado, la separación de funciones, el voto directo, secreto, universal y periódico, y los derechos y garantías fundamentales al máximo grado de rigidez, petrificando la posibilidad de alteración de estos auténticos baluartes del ordenamiento jurídico (artículo 60, parágrafo 4o., de la Constitución).

En los términos del artículo 102 de la propia carta, el Supremo Tribunal Federal fue erigido como su guardián. Importa resaltar que hay una discusión actual sobre un supuesto activismo judicial, especialmente cuando se trata de colmar omisiones inconstitucionales que traban el desarrollo del diploma de 1988. Subyace un debate sobre la construcción del derecho, los nuevos paradigmas de la dogmática, el papel del juez como defensor constitucional, las decisiones contra mayoritarias y la distinción entre judicialización y activismo, al tiempo que se cuestiona el hecho de que el Supremo Tribunal sea, al mismo tiempo, corte constitucional y última instancia del aparato jurisdiccional.<sup>9</sup>

Las decisiones del Tribunal muestran una evolución de técnicas de decisión; vale la pena anotar algunas de especial relevancia, como la que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Prensa (ADPF 130), o la decisión del *caso Ellwanger*, en el cual se abordan los conceptos de raza y racismo (*habeas corpus* 82424), o la decisión que reconoce la unión homoafectiva como auténtica entidad familiar (Acción de Inconstitucionalidad ADI 4277/DF).

---

<sup>9</sup> Sobre estos elementos, sugerimos: Streck, Lenio Luiz, *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

En el presente artículo tocaremos apenas una de estas decisiones, la que examina la Ley de Amnistía, cuya interpretación tuvo consecuencias concretas en el papel de la Comisión de la Verdad, creada por la Ley 11528 de 2011, instalada el 16 de mayo del 2012 y que concluyó sus trabajos el 10 de diciembre del 2014, y tiene impacto directo en las posibilidades de cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Herzog y otros vs. Brasil*, decidido el 15 de marzo de 2018.

En el ámbito de sus competencias constitucionales —artículo 102, I, a y párrafo 1o.— el Supremo Tribunal decide las *acciones directas de inconstitucionalidad* (ADI), *declaratoria de constitucionalidad* (Adecon) y la *alegación de no cumplimiento de precepto fundamental* (ADPF). Esta última reglamentada por la ley 9882 de 1999.

La ADPF surgió para dar respuesta a algunas necesidades sistémicas, como las controversias sobre la constitucionalidad de derecho preexistente a 1988. Por eso, la ADPF es el canal jurídico adecuado para requerir el examen de constitucionalidad de actos normativos editados con anterioridad a la vigencia de la Constitución en vigor.

Al igual que las demás acciones del control concentrado de constitucionalidad, y conforme el artículo 103 de la Constitución, los legitimados para ingresar con la ADPF son personas políticas, entre ellas la Presidencia de la República, la Mesa de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, el gobernador del estado o del Distrito Federal, el procurador general de la nación, partido político con representación en el Congreso, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados (OAB), confederaciones sindicales y entidades de clase del ámbito nacional.

La OAB fue la proponente de la ADPF sobre la Ley de Amnistía en el Supremo Tribunal, provocando el examen de constitucionalidad del acto normativo.

No puede pasar desapercibido que las familias de las víctimas desaparecidas, asesinadas o torturadas no podrían ingresar con ADPF. Sin embargo, la decisión de esta acción vincula al resto de los tribunales nacionales, agotando la posibilidad de que estas familias pudieran obtener decisión en sentido diferente en el contexto brasileño. La estrategia, aun así, fue la de acudir a la Corte.

La acción recibió el número de orden 153. Durante el trámite del proceso fueron escuchados el procurador general de la República, los Defensores del Estado (*Advocacia Geral da Uniao*), y en calidad de *amicus curiae*, la

Asociación de Jueces por la Democracia, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Asociación Democrática y Nacionalista de Militares (ADNAM). La acción fue relatada por el ministro Eros Grau, y la decisión del 29 de abril de 2010 determinó su improcedencia en los términos expuestos a seguir:

LA LLAMADA “LEY DE AMNISTÍA”. ARTÍCULO 50., CAPUT, III Y XXXIII DE LA CONSTITUCIÓN DEL BRASIL. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y PRINCIPIO REPUBLICANO: NO VIOLACIÓN. CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y TIRANÍA DE LOS VALORES. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y DISTINCIÓN ENTRE TEXTO NORMATIVO Y NORMA JURÍDICA. CRÍMENES CONEXOS DEFINIDOS POR LA LEY N. 6.683/79. CARÁCTER BILATERAL DE LA AMNISTÍA, AMPLIA E GENERAL. JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM LA SUCESIÓN DE LAS FRECUENTES AMNISTÍAS CONCEDIDAS, EN BRASIL, DESDE LA REPÚBLICA. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LEYES-MEDIDA. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATAMIENTOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES Y LEY N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE EL CRIMEN DE TORTURA. ARTICULO 50., XLIII DE LA CONSTITUCIÓN DEL BRASIL. INTERPRETACIÓN Y REVISIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA. ENMIENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1985, PODER CONSTITUYENTE Y “AUTO-AMNISTÍA”. INTEGRACIÓN DE LA AMNISTÍA DE LA LEY DE 1979 EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL. ACCESO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VERDAD. 1. Texto normativo y norma jurídica, dimensión textual y dimensión normativa del fenómeno jurídico. El intérprete produce la norma a partir de los textos y de la realidad. La interpretación del derecho tiene carácter constitutivo y consiste en la producción, por el intérprete, a partir de textos normativos y de la realidad, de normas jurídicas a ser aplicadas a la solución de determinado caso, solución operada mediante la definición de una norma de decisión. La interpretación/aplicación del derecho opera su inserción en la realidad; realiza la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; en otros términos: opera su inserción en el mundo de la vida. 2. El argumento desencajado de la dignidad de la persona humana para afirmar la invalidez de la conexión criminal que aprovecharía a los agentes políticos que practicaron crímenes comunes contra opositores políticos, presos o no, durante el régimen militar, no prospera; 3. Concepto y definición de “crimen político” por la Ley no. 6.683/79. Son crímenes conexos a los crímenes políticos “los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con los crímenes políticos o practicados por motivación política”; pueden ser de “cualquier

naturaleza”, pero (1.) han de estar relacionados con los crímenes políticos o (1.1.) han de ser practicados por motivación política; son crímenes otros, que no políticos; son crímenes comunes, pero (1) relacionados con los crímenes políticos o (1.1.) practicados por motivación política. La expresión de crímenes conexos a crímenes políticos connota sentido a ser sindicado en el momento histórico de la sanción de la ley. La llamada ley de amnistía dice con una conexión *sui generis*, propia al momento histórico de la transición para la democracia. Ignora, en el contexto de la Ley n. 6.683/79, el sentido o los sentidos corrientes, en la doctrina, de la llamada conexión criminal; refiere lo que “se buscó”, según la inicial, vale decir, extender la amnistía criminal de la naturaleza política a los agentes del Estado encargados de la represión. 4. La ley extendió la conexión a los crímenes practicados por los agentes del Estado contra los que luchaban contra el Estado de excepción; por eso el carácter bilateral de la amnistía, amplia y general, que solamente no fue irrestricta porque no comprendía los ya condenados —y con sentencia transitada en juicio, la cual el Supremo asentó— por la práctica de crímenes de terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal. 5. El significado válido de los textos es variable en el tiempo y en el espacio, histórica y culturalmente. La interpretación del derecho no es mera deducción del, sino proceso de continua adaptación de sus textos normativos a la realidad y sus conflictos. Pero esa afirmación se aplica exclusivamente a la interpretación de las leyes dotadas de generalidad y abstracción, leyes que constituyen precepto primario, en el sentido de que se imponen con fuerza propia, autónoma. No aquellas, designadas leyes-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinan directamente determinados intereses, mostrándose inmediatas y concretas, y constituyen, en sí mismas, un acto administrativo especial. En el caso de las leyes-medidas se interpreta, en conjunto con su texto, la realidad en él y del momento histórico en el cual fue editada, no la realidad actual. Es la realidad histórica en la cual ella fue editada, no la realidad actual. Es la realidad histórico-social de la migración de la dictadura para la democracia política, de la transición conciliada de 1979, que ha de ser ponderada para que podamos discernir el significado de la expresión crímenes conexos en la Ley 6683. Es de la amnistía de entonces que se medita, y no de la amnistía tal y cual unos y otros hoy la conciben, sino aquella que fue en la época conquistada. Exactamente aquella en la cual, como afirma la inicial, “se buscó” extender la amnistía criminal de naturaleza política a los agentes del Estado encargados de la represión. La llamada Ley de Amnistía vehicula una decisión política asumida en aquel momento —el momento de la transición conciliada de 1979. La Ley 6683 es una ley-medida, no una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Debe ser interpretada a partir de la realidad en el momento en que fue conquistada. 6. La Ley 6683/79

precede a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —adoptada por la Asamblea General en 10 de diciembre de 1984, en vigor desde 26 de junio de 1987— y la Ley 9.455 de 7 de abril de 1997, que define el crimen de tortura; es el precepto vehiculado por el artículo 5o., XLIII de la Constitución —que declara no susceptibles de gracia e amnistía la práctica de tortura, entre otros crímenes— no alcanza, por imposibilidad lógica, amnistías anteriormente a su vigencia consumadas. La Constitución no afecta leyes-medida que la tengan precedido. 7. En el Estado democrático de derecho el Poder Judicial no está autorizado a alterar, a dar otra redacción, diversa de aquella en ella contemplada. Puede, a partir de él, producir distintas normas. Pero ni siquiera el Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescribir leyes de amnistía. 8. Revisión de Ley de Amnistía, si mudanzas en el tiempo y de la sociedad la impusieron, habrá —o no— de ser hecha por el Poder Legislativo, no por el Poder Judicial. 9. La amnistía de la ley de 1979 fue reafirmada, en el texto de la EC 26/95, por el Poder Constituyente de la Constitución de 1988. Por eso no tiene sentido cuestionar si la amnistía, tal y como fue definida por la ley, fue o no recibida por la Constitución de 1988; la nueva Constitución la (re) instauró en su acto originario. La Enmienda Constitucional n. 26 de 1985 inaugura un nuevo orden constitucional, consubstanciando la ruptura del orden constitucional que decayó plenamente con el advenimiento de la Constitución de 5 de octubre de 1988; consubstancia, en ese sentido, la revolución blanca que a ésta confiere legitimidad. La reafirmación de la amnistía de la ley de 1979 está integrada en el nuevo orden, se compone en el origen de la nueva norma fundamental. De todos modos, si no tuviéramos el precepto de la ley de 1979 como derogada por el nuevo orden constitucional, estará coexistiendo con el párrafo 1o. del artículo 4o. de la EC 26/85, existirá a la par con é (dicción del párrafo 2o. de la Ley de Introducción al Código Civil). El debate a ese respecto no sería, todavía, necesario. La una porque fue mera ley-medida, dotada de efectos concretos, ya agotados; es ley apenas en sentido formal, no siendo, con todo, en sentido material. La dos, porque el texto de jerarquía constitucional prevalece sobre el infra-constitucional cuando ambos coexistan. Afirmada la integración de la amnistía de 1979 en el nuevo orden constitucional, su adecuación a la Constitución de 1988 resulta incuestionable. El nuevo orden comprende no apenas el texto de la Constitución nueva, sino también la norma-origen. En el núcleo de esa totalidad —totalidad que el nuevo sistema normativo es— se observa que “(es) concedida, igualmente, amnistía a los autores de crímenes políticos o conexos” practicados en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. No se puede divisar antinomia de cualquier grandeza entre el precep-



to vehiculado por el párrafo 1o. del artículo 4o. de la EC 26/85 y la Constitución de 1988. 10. Se impone el desembarazo de los mecanismos que aun dificultan el conocimiento de cuanto ocurrió en el Brasil durante las décadas sombrías de la dictadura.

Con nuestras primeras consideraciones y el texto integral de la decisión emanada del Supremo Tribunal brasileño, pasaremos a algunos comentarios que consideramos, modestamente, jurídicamente importantes.

## II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 1. *Texto y norma: la dimensión textual y la dimensión normativa del fenómeno jurídico*

La decisión del Supremo Tribunal establece que texto y norma no se identifican, lo que reporta a la interpretación no apenas del texto, sino a la construcción de la norma jurídica.

Nos recuerda R. Guastini que en el campo de la interpretación jurídica, interpretar denota

*...grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.<sup>10</sup>

Nos parece que toda razón asiste al profesor italiano. Ciertamente, la interpretación requiere de valoraciones e implica opciones. Si un texto normativo es considerado claro o de difícil comprensión, esto solamente es posible porque el intérprete así lo determinó, en función de una aproximación a su objeto. Y en esa aproximación él no descarta sus concepciones ni las opciones conscientemente establecidas como pilares indiscutibles del orden jurídico en las cuales se inserta el texto normativo que interpreta. Por eso, la supuesta claridad de un texto normativo no es una cualidad

<sup>10</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999, pp. 2 y 3.

intrínseca, un atributo del texto, sino el resultado de decisiones interpretativas concordes.<sup>11</sup>

En esa visión, Eros Grau, en la obra en la cual aborda el tema, expone que

...interpretación y aplicación del derecho son una sola operación, de modo que interpretamos para aplicar el derecho y, al hacerlo, no nos limitamos a interpretar (=comprender) los textos normativos, mas también comprendemos (=interpretamos) los hechos ... como y en cuanto interpretación/aplicación, ella parte de la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasa por la producción de las normas que deben ser ponderadas para la solución del caso y termina con la escogencia de una determinada solución para él, consignada en la norma de decisión.<sup>12</sup>

Se deduce, entonces, que la interpretación cumple una función transformadora del texto normativo en norma. Por eso, el texto normativo constitucional, los textos normativos legales y, en general, el conjunto de las disposiciones, ofrecen posibilidades de interpretación. No son, por eso, exactamente las normas, sino el material de trabajo inicial del intérprete, cuya tarea es producir la norma.

De todos los intérpretes, es el juez el que produce la norma de decisión, pues está autorizado a transformar la realidad, determinar la salida que deberá darse al dilema jurídico. Sin embargo, ningún intérprete, como ya señalamos, puede establecer la norma sin que exista nada tras él —no fabrica la norma surgiendo ésta de la nada—, sino que ella es el producto de la interpretación del texto; por lo tanto, el texto producido por el legislador es imprescindible para poder avanzar. El *algo* —contenido de la norma— es el resultado de *algo* —el texto normativo— debidamente interpretado.

Otra condición de importancia es —además del texto normativo— el contexto, o sea, la realidad, el momento de la interpretación. Y desvendando el texto normativo, interpretando el hecho, el caso, se concretiza la interpretación/aplicación del derecho en cada caso.

Por eso, Eros Grau afirma que interpretar y aplicar son una operación. “La separación en dos etapas —de interpretación y aplicación— resulta de una equivocada concepción de la primera como mera operación de subsunción”.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> También, en ese sentido, *ibidem*, p. 8.

<sup>12</sup> Grau, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2005, cap. II (sin número de página).

<sup>13</sup> *Ibidem*, cap. X (sin número de página).

Sin embargo, una cuestión debe aún advertirse claramente cuando se trata de interpretar hechos. La importancia del relato de los hechos es fundamental para la decisión adecuada. Pues los hechos no están fuera de su relato.<sup>14</sup> Por eso la comprensión de la realidad deriva de la descripción del hecho, de la pre-comprensión que se tenga del hecho y del lugar que ocupe quien lo describe.

La norma producida por el intérprete, luego del análisis del texto normativo y del hecho descrito, pasa a ser justificada, sobre la base de su razonabilidad. La norma de decisión debe ser siempre la más razonable, entre varias hipótesis de razonable decisión. O, si se prefiere, la norma de decisión debe ser siempre la más justa, entre varias posibilidades de justa decisión. Y precisamente por eso, no hay apenas una única respuesta para cada dilema jurídico.

Ahora bien, la interpretación razonable o justa tiene, necesariamente, una evidente matriz en los fines y valores constitucionales. Como anota Zagrebelsky, “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva, sino como centro en el que todo debe converger”.<sup>15</sup> Por eso todo puede y debe ser reconducido a la Constitución, a sus principios, aquellos que albergan fines y valores superiores “porque sobre ellos existe un consenso suficientemente amplio que impiden que el ordenamiento sea una anarquía normativa”.<sup>16</sup>

El derecho, tanto como objeto de estudio científico como producto racional de la interpretación constructiva de las normas, se opera a partir del texto constitucional, de la interpretación de su contenido valorativo y sus fines. Por eso, pasaremos a algunas líneas sobre este tema como elemento de subsidio para nuestra visión en relación con la decisión del Supremo Tribunal brasileño en el caso examinado.

## 2. Valores y fines constitucionales

El texto normativo constitucional tiene una diferencia substancial con el restante de los textos normativos, pues es el resultado del *momento cons-*

<sup>14</sup> *Ibidem*, cap. XII (sin número de página).

<sup>15</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 40.

*tituyente*; es decir, surge en el momento en que se determinan las opciones necesarias para la conformación de la comunidad política.

Tres son los elementos más relevantes en el campo de la identificación de valores y fines en el contexto democrático: el primero, la necesidad de *superar la violencia como mecanismo de solución de conflictos*, finalidad en torno a la cual se moldean valores como la *vida humana, la paz y la seguridad*; el segundo, la finalidad de establecer que los pactos sociales tengan condiciones adecuadas de cumplimiento, en función de la cual se desarrollan funcionalmente los valores de *igualdad y libertad*; el tercero, la finalidad de establecer un sistema de producción y distribución de la riqueza social que pueda garantizar un valor concreto, la *dimensión objetiva de la dignidad humana* y la *justicia social*.<sup>17</sup>

Sobre estas bases comienza el diseño de un texto constitucional con valores y fines, o sea, elementos de consenso —*valores*— y elementos a conquistar —*fines*—, configurándose un modelo de vida, un proyecto constitucional de convivencia de la comunidad política, que reconoce la pluralidad de sus agentes. Esos valores y fines son claramente identificables en los varios artículos de la Constitución de 1988. Veamos, por ejemplo, el innegable prestigio del valor *vida humana*.

En efecto, el artículo 5o., III, nos dice que “nadie será sometido a tortura ni a tratamiento inhumano o degradante”, y luego el inciso XLIII del mismo artículo consigna que “la ley considerará crímenes sin fianza y no susceptibles de gracia y de amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de alucinógenos y drogas afines, el terrorismo y los definidos como crímenes hediondos, por ellos respondiendo los mandantes, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se omitieron”.

La Constitución brasileña sigue las mejores opciones de constitucionalismo de América Latina, del internacionalismo y de la universalidad como características de los derechos humanos para determinar la condena más fehaciente y consistente a la tortura.

Debemos considerar, sin embargo, cómo segmentos autorizados de la mejor doctrina jurídica contestan el texto de algunas Constituciones, como la de la República Argentina que no determina que los crímenes de lesa humanidad sean imprescriptibles. Y la crítica se realiza también desde otros campos del conocimiento. El historiador Osvaldo Bayer, por ejemplo, opina

---

<sup>17</sup> Alarcón, Pietro de Jesús Lora, *Ciencia Política, Estado e Direito Público*, 3a. ed., Sao Paulo, Verbatim, 2017, pp. 66.

de la carta argentina que “...la sospecha surge clara y firme. Detrás de esta Constitución nacida de un pacto —que jamás tendría que haber existido en una nación libre— está subyacente la impunidad”.<sup>18</sup> Y la verdad es que cuando se pacta y se pacta mal o sobre el imperio de la fuerza de uno de los pactantes, no puede haber garantía de seriedad política o jurídica. Es decir, el pacto no se sustenta por mero vicio del consentimiento.

Si la Constitución de Argentina tiene ese problema, en Brasil, la Ley de Amnistía, conforme a todo lo que hemos relatado en el primer capítulo de nuestra exposición, presenta también esta peculiaridad, que debe ser tomada en cuenta en el momento en que se construye la norma de decisión, es decir, en el momento en que se realiza la interpretación del texto normativo y de los hechos y se imprime carga valorativa y de fines, en términos constitucionales, al fallo.

Por eso, hay que asumir con cierta parsimonia la decisión de la Corte brasileña, que es enteramente respetable, en el marco de las posibilidades de decisión. Pero no se nos presenta razonable cuando se establece, en el punto número 4, en el que la comparación de los agentes del Estado con las víctimas, si se interpreta no solamente el texto normativo de 1979 —sin entrar en el mérito del vicio de consentimiento—, sino los hechos como vistos y relatados, sólo puede tener como consecuencia una absurda abertura, no necesaria ni plausible, a justificar la acción de los agentes estatales.

No parece posible, en los términos constitucionales actuales, asumir jurídicamente que la mejor opción para la regeneración democrática sea la sustentación del carácter bilateral de la amnistía. La norma de decisión, sobre esa base, alimentaría la táctica de las fuerzas armadas de la época, cuyo objetivo era la aceptación social, conformidad y concordancia con las actitudes que tomaron en el Estado de “no-derecho”. Es decir, el concepto de amnistía como sinónimo de impunidad y olvido quedaría presente, congelado en el tiempo por la jurisprudencia.

En esas condiciones de nada vale acudir a la Corte Interamericana, cuya jurisdicción es aceptada por Brasil a partir de 1998, para realizar el control de los actos dictatoriales con fundamento en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Decreto 678 de 1992. Casos como el del periodista Herzog estarían condenados a la eterna impunidad.

---

<sup>18</sup> Bayer, Osvaldo, “Prólogo” a la obra de Ageitos, Stella Maris, *Historia de la impunidad*, 3a. ed., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 13.

Volviendo a la carta de 1988, si investigamos aún más sus valores y fines observaremos que el artículo 3o. determina: “constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil: I- construir una sociedad libre, justa y solidaria”. Indiscutiblemente este fin constitucional está ligado a todo este proceso de regeneración democrática.

Si, por un lado, la decisión de la magna corte es blanco de nuestra modesta crítica, por otro lado, obsérvese la gallardía del décimo punto de la decisión comentada: “Se impone el desembarazo de los mecanismos que aún dificultan el conocimiento de cuanto ocurrió en el Brasil durante las décadas sombrías de la dictadura”.

Nos parece que la Corte, de esta forma, se posiciona favorablemente a la construcción de un tipo normativo que en América Latina es resultado de su peculiar realidad y al cual se refieren Abrão y Torelly, el “derecho a la memoria y a la verdad”, sustentando que si en algunos temas de derechos humanos “...la universalidad de la norma imperativa se confunde con una supuesta fundamentación metafísica del derecho, en el campo de la memoria y de la verdad la insurgencia del tipo normativo claramente afluye de un proceso político de disputa social del derecho”.<sup>19</sup>

Está en curso, bajo esa perspectiva, la construcción de un auténtico derecho fundamental, resultado de la cultura política, de la necesidad de atender a las exigencias de una nueva categoría jurídica, resultado de la regeneración democrática. La Constitución de 1988 debe rápidamente ser reformulada en ese aspecto, adicionando el nuevo derecho, aunque ya hoy se pueda desprender de su interpretación con fundamento en sus valores y fines.

### 3. *Leyes medidas y derecho*

En la decisión de la Corte la pieza clave para entender su fundamentación es que la Ley 6.883 es una ley medida (*Massnahmegesetze*), que se asemeja a un acto administrativo especial, una suerte de ley que, caracterizada de esa manera —ley medida— no ofrece condiciones de ser interpretada en su generalidad y abstracción. Siendo así, la realidad a

---

<sup>19</sup> Abrão, Paulo y Torelly, Marcelo D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, p. 27, en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/MinJusticia Brasil, 2011, pp. 23-31.

ser interpretada con el texto normativo no es la actual, sino aquella de la época en la cual la ley surgió. Por eso, la afirmación: "...es de la amnistía de entonces que se medita, y no de la amnistía tal y cual unos y otros hoy la conciben, sino aquella que fue en la época conquistada... La ley 6.683 es una ley-medida, no una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Debe ser interpretada a partir de la realidad en el momento en que fue conquistada".

En esos términos, la Ley de Amnistía reproduce una decisión política. En el presente, con fundamento constitucional, es pertinente decir que en la interpretación de la Ley 6.683 tal vez se concentre mucho de lo que pueda ser dicho sobre la relación entre *lex* y *jus*, es decir, entre ley y derecho.

La Ley 6683, como se ha constatado, no fue el resultado de un acuerdo político entre sectores en igualdad de condiciones. De un lado, el gobierno y sus armas, y del otro, la sociedad criminalizada y la oposición tolerada por la dictadura u "oposición consentida".<sup>20</sup> Delante de tamaña represión, la exteriorización por el Legislativo de una especie normativa no puede, por las mismas causas, superar la construcción del derecho.

En otras palabras, si se reconoce que la tarea del Legislativo presionado es derecho, entonces el derecho no queda apenas reducido a la ley, sino a toda y cualquier ley, dependiendo de quién consiga asumir el mando. Se mistifica, por esa vía, no sólo una legalidad absurda, sino que se pierde la oportunidad de un ejercicio reflexivo para la emancipación de una práctica jurídica anclada en valores y fines constitucionales, colocándose la apariencia de derecho encima de la substancia.<sup>21</sup>

La dimensión de la legitimidad del derecho comienza a causar nostalgia cuando la ley se presenta traicionando el sentido de lo que la generación entiende como derecho. Y por eso la Constitución otorga instrumentos, como acciones constitucionales, para juzgar la concordancia de actos anteriores a su promulgación. La idea, en este caso, es: ¿el sentido jurídico que se obtiene de la interpretación del texto y del momento en que éste fue redactado es compatible con la intencionalidad constitucional del presente? Y más aún, ¿qué sentido tendría que una Constitución determine que existe una acción constitucional con la intención de examinar actos anteriores a su promulgación, si no es posible evaluar exegéticamente el texto normativo junto a la realidad que rige en el presente?

<sup>20</sup> Abrão & Torelly, *Mutações do conceito de Anistia*, p. 21.

<sup>21</sup> Alarcón, Pietro de Jesús Lora, *op. cit.*, pp. 53-55.



Insertar en la Constitución a las víctimas de la dictadura militar, a los desaparecidos, implica despojarlos del olvido promovido por la supuesta legalidad de la época. O sea, traerlos al presente impone no ignorar la constitucionalización de la realidad actual, del ordenamiento jurídico, incluyendo la normatividad persistente desde la dictadura.

Opción contraria es reconocer que la Ley de Amnistía se posiciona por encima de los fines y de los valores constitucionales. O sea, la ley por encima de la *idea de DERECHO*. El vigor de una estructura social que desconoció la supremacía popular y que a su antojo amoldó y administró el pasaje a la democracia. Y eso tendría una repercusión en el momento de la interpretación, porque tendríamos que privilegiar el pensamiento del legislador de la época. Si la interpretación ya no puede colocar su énfasis en el pensamiento del legislador, en ningún caso, porque se reconoce que éste nos entrega un texto normativo apto a ser interpretado, y que es el intérprete aquel que determina el contenido de la norma, entonces no es posible establecer que debe primar el pensamiento del legislador de 1979, que estableció una norma, que por la vía de la alegación puede ser confrontada con la Constitución vigente, para que de la interpretación puedan salir resultados constructivos para la regeneración democrática del Brasil.

Lo que nos parece es que en el momento en que se justifica que la Ley de Amnistía es una ley medida, se substituyó el principio de la igualdad material por un concepto meramente formal. O sea, de una igualdad con substancia jurídica se pasó al igualitarismo, que colocó a las víctimas de la represión estatal en igual estatus que a los agentes de esa represión que mantenía el Estado de hecho y no el Estado de derecho. Y si equiparamos a los que procuran la creación del Estado de derecho a los que promueven el Estado de hecho, entonces se pierde el sentido real del derecho pautado en la dignidad.

Con todo respeto, el argumento de tratarse de una ley medida puede ser retóricamente viable, un concepto válido para justificar una opción política para el olvido, pero no parece suficientemente técnico en el caso en pauta.

#### 4. *La normatividad internacional y la decisión de la Corte de San José*

Dice la Suprema Corte Brasileña:

6. La Ley no. 6683/79 precede a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratamientos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —adoptada por la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987— y a la Ley no. 9455 de 7 de abril de 1997, que define el crimen de tortura; y el precepto vehiculado por el artículo 5o., XLIII de la Constitución —que declara no susceptibles de gracia o amnistía la práctica de la tortura entre otros crímenes— no alcanza, por imposibilidad lógica, amnistías anteriormente a su vigencia consumadas. La Constitución no afecta leyes-medida que la hayan precedido.

Como se percibe, la Corte no dice, porque por sobre el tema no hay duda jurídica, que las conductas practicadas por los agentes estatales no sean crímenes contra la humanidad y por lo tanto pasibles de penalidades con fundamento en las convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Lo que ocurre es que con la decisión de la acción de alegación de inconstitucionalidad se agotaron los procesos jurisdiccionales que en Brasil podrían originar una interpretación conforme con la Constitución de 1988 de la Ley de Amnistía.

Para bien entender el asunto, nos remontaremos a una decisión, en la cual Brasil ya fue condenado el 24 de noviembre del 2010, *caso Gomes Lund e otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*. Especialmente hay que destacar que, a pesar de las razones expuestas por el Estado brasileño atacando la competencia de la Corte internacional, en el sentido de que el Pacto de San José fue ratificado *bajo reserva de reciprocidad y para hechos posteriores al 10 de diciembre de 1998*, la Comisión que admite la demanda es clara al afirmar que

...en virtud de las fechas de ratificación y del reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal, la demanda se refiere a las violaciones de los derechos previstos en la Convención que persisten después de ese reconocimiento de competencia, en razón de la naturaleza continuada de la desaparición forzada o que son posteriores a ese reconocimiento.<sup>22</sup>

Adviértase que, lógicamente, la Corte Interamericana no es una revisora de la decisión del Supremo Tribunal Federal, pero sí debe ser tomado en

---

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión del 24 de noviembre de 2010, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf). (consultado el 10 de julio del 2018).

cuenta que es la Corte la competente para analizar la responsabilidad internacional del Estado brasileño por posibles violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, y que el argumento de la naturaleza continuada de conductas cuyos efectos persisten el tiempo, aunque practicadas antes de la fecha de ratificación del documento, abre la posibilidad concreta de demandas a la Corte con ese fundamento.

En el *caso Herzog*, por tratarse de un asesinato, examinados los hechos, la Corte determina que Brasil debe reiniciar la investigación y el proceso penal para identificar, procesar y punir a los responsables, atendiendo al carácter de crimen contra la humanidad de los hechos analizados, reconociendo la imprescriptibilidad de las conductas.<sup>23</sup>

Entretanto, hay que afirmar que las conductas practicadas durante la dictadura militar por agentes del Estado tienen, más allá de una discusión sobre imprescriptibilidad, consecuencias concretas en el tiempo, pues sus efectos se extienden a los brasileños de la actual generación y su concepción de transición y de justicia.

El internacionalismo, que al lado del constitucionalismo pueden ser considerados los dos grandes movimientos jurídicos del siglo XX y de comienzos del presente, es observado y trabajado en la decisión de la Corte brasileña.

Vale mencionar que la Constitución de 1988 estableció la cláusula de apertura en el párrafo 2o. del artículo 5o.: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros que recorren del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”. Y luego el párrafo 3o. del mismo artículo consigna el estatus que pueden obtener estos tratados: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.

De esta manera, cumplidas las exigencias formales del párrafo 3o., el Brasil puede modificar su texto constitucional, adicionando, extinguiendo, asimilando o introduciendo nuevos derechos fundamentales.

En el caso que examinamos, la cuestión preocupante es conocer cuál es la intensidad o el alcance práctico en la reflexión hermenéutica, y con es-

---

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión del 15 de marzo de 2018, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf) (consultado el 24 de julio de 2018).

pecial énfasis en la técnica de construcción de una norma de decisión por un tribunal nacional —en particular cuando éste es la Suprema Corte del país— de la utilización del texto normativo de las convenciones internacionales, así como de la propia jurisprudencia internacional.

No cabe duda de que es perfectamente posible la utilización de las normas oriundas de tratados, pero el problema no es ese exactamente, sino saber cuánto ellas son determinantes para la construcción de la norma de decisión, es decir, cuál es el papel que ocupan como concentradoras de una expectativa social y cómo se revela la interacción entre el derecho patrio y el internacional.

En ese sentido, en el terreno de la unidad posible y horizontal, sin jerarquizaciones que entorpezcan el vigor de los derechos humanos, es un avance que la construcción de la norma decisiva sea el resultado de una interacción entre lo nacional y lo internacional, lo que supone fortalecer la legitimidad no solamente de los tratados internacionales, sino de las cortes internacionales sobre derechos humanos, analizar sus decisiones y promover su conocimiento en el escenario local.

Se ha observado que, en algunos casos, particularmente en instancias inferiores, la práctica no deseable es utilizar las decisiones de las cortes internacionales de manera selectiva, o sea, cuando conviene, cuando sanciona a aquel que interesa sancionar y, en otros casos, no se desea la interferencia de la Corte o su decisión. Práctica perjudicial para una cultura de derechos humanos. No se pretende, tampoco, una sublimación del internacionalismo, sin vigor constitucional, lo que ha conducido a algunos autores, como Carvalho Ramos, a concluir por la necesidad de iniciar una “fertilización cruzada entre los tribunales internos y los tribunales internacionales”.<sup>24</sup>

Carvalho Ramos constató, al igual que otros investigadores del tema, que aunque se discuta el alcance y el sentido de determinada garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se busca verificar cuál es la posición de su intérprete, o sea, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción obligatoria el Brasil ya reconoce desde 1998.

Nos parece que le asiste razón al profesor brasileño. De hecho, hay que tener en cuenta la decisión de la Corte de San José, que en el caso en estudio

---

<sup>24</sup> Ramos, Andre de Carvalho, “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, USP, São Paulo, vol. 106-107, enero-diciembre 2011/2012, pp. 497-524, p. 514.

implica comenzar por advertir que la Corte no examina la constitucionalidad de la Ley de Amnistía, porque esto es tarea del Supremo Tribunal Federal, sino el control de convencionalidad, o sea, si la Ley de Amnistía entorpece o ayuda al reconocimiento de la obligación internacional del Estado. Y en ese paso, la Corte expone sin ambages que:

...este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se pronunciaron sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía, relativas a graves violaciones de los derechos humanos con el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.

Aun se puede argumentar que el Brasil fue el relator de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993. El Programa de Acción y la Declaración suscrita por los Estados señala que éstos “deben derogar la legislación que favorece la impunidad de los responsables por violaciones graves de derechos humanos.

### III. CONCLUSIONES

De lo expuesto resulta que no puede, desde nuestro punto de vista, justificarse jurídicamente que la Ley de Amnistía se aplique a los violadores de los derechos humanos, agentes estatales que promovieron crímenes contra la humanidad por razones de reconocimiento de la verdad y la memoria del país.

La Ley de Amnistía brasileña de 1979, a pesar de ser considerada, aunque bajo el ropaje de una ley, un acto administrativo, debe ser, como todo acto del poder público, interpretado conforme a la Constitución federal de 1988, sus valores y finalidades, y conforme a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Brasil.

El *caso Herzog* es una muestra de la impunidad ocasionada por una interpretación histórica de la amnistía que no puede ser más reproducida en el país. No hay duda, entonces, que la Ley de Amnistía, en el campo internacional, no solamente no fue recibida, sino que, teniendo en cuenta las convenciones internacionales, carece de cualquier legitimidad. En ese sentido, la decisión de la Corte Interamericana en el *caso Herzog* debe ser acogida y de inmediato ejecutada por Brasil.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/Min Justicia Brasil, 2011.
- ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo D., “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira”, *Revista Anistia*, Brasília, n. 7, enero-junio de 2012.
- AGEITOS, Stella Maris, *Historia de la impunidad*, 3a. ed., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2011.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, *Ciência Política, Estado e Direito Público*, 3a. ed., São Paulo, Verbatim, 2017.
- CANTON, Santiago, “Leyes de amnistía”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/Min Justicia Brasil, 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> (consultada el 10 de julio de 2018 y el 24 de julio de 2018).
- Folha São Paulo*, disponible en: [http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil\\_28out1978.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_28out1978.htm), Folha da Manhã, São Paulo (consultada el 14 de julio de 2018).
- Folha de São Paulo*, “Ministério Público reabre investigação de caso Herzog”, Folha da Manhã, São Paulo, 31.07.2018. P. A11.
- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- GREIFF, Pablo de, “El esclarecimiento de la verdad, la confianza y la norma de derecho”, en BERGMAN, Marcelo y ROSENKRANTZ, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE-CIDE, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999.
- KUCINSKI, Bernardo, *O Fim da Ditadura Militar*, São Paulo, Contexto, 2001.
- MORAES, Livia Assad de, *Ditadura militar: a memória jornalística como parte da revisão histórica* In *Revista Brasileira de História da Mídia*,

- vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2014, disponible en: <http://www.unicentro.br/rbhm/ed06/dossie/03.pdf> (consultado el 15 de julio de 2018).
- RAMOS, Andre de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2018.
- RAMOS, Andre de Carvalho, “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, USP, São Paulo, vol. 106-107, enero-diciembre 2011/2012.
- SODRÉ, Nelson Werneck, *Vida e Morte da Ditadura. Vinte anos de autoritarismo no Brasil*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1984.
- STRECK, Lenio Luiz, *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEL BRASIL, disponible en: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) (consultado el 10 de julio de 2018).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2007.







## Los derechos y garantías de fuente local en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Particular referencia a la carta de derechos de la Ciudad de México

César ASTUDILLO\*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *La posición de la SCJN ante los derechos humanos de fuente estatal*. III. *La doctrina jurisprudencial en torno a las garantías de los derechos humanos de fuente estatal*.

### I. PRELIMINAR

La Constitución de la Ciudad de México —en adelante Constitución de la CdMx— representa uno de los acontecimientos jurídicos más trascendentes de este siglo, cuya promulgación, contemporáneamente a la conmemoración del centenario de la Constitución general de la República, ha desencadenado una nueva deliberación académica que todavía aguarda un análisis detenido y puntual en torno a la relación entre el orden constitucional nacional y los órdenes locales.

El nacimiento de una nueva entidad integrante de la Federación mexicana, caracterizada por ser al mismo tiempo una especie de *ciudad-Estado*, capital del país, asiento de los poderes federales y sede de la zona metropolitana más extensa de la República, ha abierto distintas líneas de investigación

---

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco a la maestra Caridad Hernández Zenteno el apoyo brindado en la búsqueda y clasificación de la información que utilicé en la presente contribución. Asimismo, a la licenciada María Elena Antuna González, a quien se debe el diligente cuidado en la revisión formal del texto.

que han salido a la luz luego del intenso proceso constituyente de la Ciudad de México —CdMx—, con motivo del peculiar régimen jurídico con el que se ha reivindicado la especial naturaleza de la capital de la República.

Una de las problemáticas más significativas a este respecto tiene que ver con una interrogante clave que ha adquirido particular relevancia en un momento histórico como en el que nos encontramos, y dentro de un contexto institucional como el que vivimos actualmente, y que se cuestiona, ¿cuál es la función de las entidades federativas en el reconocimiento de derechos y libertades?

No hay duda que las Constituciones tienen en los derechos a uno de los *componentes genéticos* que las caracterizan, en tanto expresión de una competencia estatal dentro de un modelo federal. Sin embargo, el robusto catálogo de derechos incorporado a la Constitución de la CdMx ha vuelto a abrir un capítulo problemático que ya no tiene que ver con la relación entre la dualidad de órdenes constitucionales, sino más específicamente con la forma en la que se integran e interactúan los catálogos de derechos contenidos en ellos.

Esta definición cobra notoriedad porque se presenta al interior de una tendencia que desde 2011 se ha orientado a *descomprimir* las fuentes de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano, y dentro de un ámbito temporal en el que la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sigue dando pasos para *institucionalizar* la relación entre las declaraciones de derechos que descienden de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) y los tratados y convenciones internacionales, y a la que buscan sumarse las cartas de derechos estatales, en su afán por alcanzar el reconocimiento como fuentes primigenias de derechos y libertades.

La presente contribución busca analizar de qué manera nuestro máximo tribunal se ha ido aproximando al reconocimiento, la naturaleza, función e integración de los derechos reconocidos en las Constituciones estatales de nuestro país, así como a las garantías procesales dispuestas para su efectiva protección judicial.

Lo anterior sin dejar de destacar que carecemos aún de aproximaciones jurisprudenciales incluso en torno al significado y la posición jurídica de las Constituciones estatales dentro del ordenamiento nacional. No olvidemos que, sobre su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento mexicano, la SCJN destacó inicialmente que las mismas conforman “normas generales subordinadas al Pacto Federal” y, por ende, a la ley fundamental, y que

más tarde señalaría que en lo que toca a sus regímenes internos, “es dable considerar sus preceptos como normas autónomas respecto de la CPEUM, en términos materiales y formales”.<sup>1</sup>

Ocupa una atención especial lo que la SCJN expresó con motivo de la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas 16, 18 y 19/2017, en la que se impugnaron distintos contenidos de la Constitución de la CdMx, no sólo porque es la más reciente aproximación a los derechos de fuente estatal por parte de nuestro máximo tribunal, sino porque la resolución representa el estudio más profundo que hasta ahora ha llevado a cabo sobre el significado de los catálogos de derechos humanos de las Constituciones estatales, su ámbito competencial, alcance e interpretación, y en torno a los instrumentos procesales de tutela jurisdiccional de dicha carta.

## II. LA POSICIÓN DE LA SCJN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE ESTATAL

### 1. *Aproximación federalista a los derechos*

El análisis y las definiciones jurisprudenciales en torno a los derechos humanos, su reconocimiento y protección en el contexto de nuestro modelo federal de Estado son relativamente recientes. De hecho, no van más allá de los comienzos del nuevo siglo, luego de que la reforma integral de la Constitución del Estado de Veracruz fuera cuestionada ante la SCJN.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Es necesario destacar que carecemos aún de aproximaciones jurisprudenciales en torno a la naturaleza, el significado, la función y la posición jurídica de las Constituciones estatales dentro del ordenamiento nacional. Sobre su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento mexicano, la Corte destacó inicialmente que las mismas son “normas generales subordinadas al Pacto Federal” y, por ende, a la ley fundamental; más tarde señaló que en lo que toca a sus regímenes internos, “es dable considerar sus preceptos como normas autónomas respecto de la CPEUM, en términos materiales y formales”. Aun así, hasta ahora no ha determinado la concreta posición que guardan en relación con la Constitución mexicana, ni en relación con las leyes generales. Véase la Tesis P./J. 16/2001, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 447, registro digital: 190236. Tesis 2a. CXXVII/2010, p. 1471.

<sup>2</sup> Sobre el particular, acúdase a Astudillo, César, *Derecho procesal constitucional local*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2017, pp. 5 y ss.

En una primera etapa, que podemos denominar de *federalismo de los derechos*, nuestro máximo tribunal, sin entrar a explicitar su fundamento, validó que una Constitución estatal pudiera contener un catálogo de derechos humanos, concebidos como aquellos que “expresamente se reserva el pueblo” de dicha entidad.<sup>3</sup> Ese primer acercamiento condujo también a la inicial afirmación de que las entidades federativas pueden establecer mecanismos de control constitucional a nivel local para la tutela de los derechos locales y del entero ordenamiento constitucional, como veremos más adelante.<sup>4</sup>

Los derechos y sus garantías al interior de las entidades federativas han evolucionado desde entonces, dando oportunidad a que paulatinamente se vayan definiendo sus contornos.

Con motivo de la reforma constitucional sobre derechos de las personas indígenas de agosto de 2001, la SCJN tuvo una aproximación inicial al significado del doble reconocimiento de los mismos derechos por parte de la CPEUM y de las Constituciones estatales, y al papel que estas últimas cumplen en ese proceso. Subrayó que los derechos reconocidos por la CPEUM no pueden restringirse ni suspenderse, “sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliados” a nivel local, con el propósito de pormenorizarlos y procurar “su mejor aplicación y observancia”. Asimismo, sostuvo que dichos derechos deben ser considerados como “*derechos mínimos* que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que *pueden ser ampliados* para imprimir las *características propias* que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos” (énfasis añadido).<sup>5</sup> Sostuvo, en este sentido, que la regulación de

---

<sup>3</sup> Controversia Constitucional 16/2000, del 09 de mayo de 2002, pp. 174-176.

<sup>4</sup> *Idem*. De dicha controversia emanó la Tesis: P. XXXIII/2002, de rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 903.

<sup>5</sup> Tesis 2a. CXXXIX/2002, de rubro: “DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 446.

los derechos en la CPEUM deja un importante espacio de libertad configurativa en favor de las entidades federativas, para que puedan perfilarlos con base en su propio contexto, sus fines particulares, y los requerimientos de su realidad social; de ahí que si con anterioridad se encontraban consagrados derechos en beneficio de los indígenas, debían considerarse como suplementarios a los derechos mínimos a satisfacer, que para este efecto se erigían como “postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional”.<sup>6</sup>

En la Contradicción de Tesis 350/2009 mantuvo su criterio al destacar que el “federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales”. Evidentemente, el elevar los niveles de protección de los derechos se concebía como la consecuencia necesaria de avalar que en esta materia “las entidades federativas gozan de un cierto margen decisorio”.<sup>7</sup>

Nuestro máximo tribunal acotó, no obstante, que dentro de ese margen de libertad, lo que no podían hacer los órdenes jurídicos locales era “afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la norma suprema”,<sup>8</sup> ni introducir “restricciones indebidas” que atentasen contra derechos reconocidos dentro del orden constitucional y convencional, pues su reconocimiento y amplitud “solamente podría estar establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no individual o aisladamente en las Constituciones de los Estados”.<sup>9</sup> Con estos pronunciamientos comenzó a pergeñarse la embrionaria existencia de un *estándar de protección* mínimo a garantizar por los jueces de los derechos humanos, así como la determinación de prohibiciones normativas específicas.

<sup>6</sup> Tesis 2a. CXL/2002, de rubro: “DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO”, publicada en el *Semanario Judicial...*, cit., Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 446.

<sup>7</sup> Contradicción de Tesis 350/2009, del 6 de mayo de 2010, foja 37. De ella derivó el criterio: Tesis P/J 68/2010, de rubro: “AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES”, publicada en el *Semanario Judicial...*, cit., Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5.

<sup>8</sup> Contradicción de Tesis 350/2009, del 6 de mayo de 2010, foja 38.

<sup>9</sup> Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, del 28 de septiembre 2011, p. 86.

El juicio de amparo sirvió igualmente para que la SCJN pudiera aproximarse al tema en análisis, asintiendo que “efectivamente las entidades federativas están facultadas para gobernarse de acuerdo con su propia Constitución donde válidamente pueden establecer derechos fundamentales y un juicio local para su protección, dentro de los propios límites que establezca la Constitución Federal, lo cual implica no invadir la competencia del Poder Judicial de la Federación”.<sup>10</sup>

## 2. *Concepción centralista de los derechos*

Más próximos en el tiempo, en un inesperado giro interpretativo, la SCJN incursionó en una nueva etapa, que podríamos denominar de *centralismo de los derechos*, caracterizada por su pretensión de incidir en la manera en que los órganos jurisdiccionales estatales debían concebir y aplicar el parámetro de regularidad constitucional.

Al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, nuestro tribunal constitucional determinó que el *parámetro de regularidad constitucional* integrado por los derechos de fuente constitucional, convencional, y por la jurisprudencia nacional e interamericana, se encuentra previsto y definido por la CPEUM y, en esa medida, “no hay materia para la competencia de los Estados sobre este punto, al ser un tema inherente al orden jurídico constitucional”.<sup>11</sup> Buscó subrayar con ello que la competencia legislativa estatal no estaba habilitada para desconocer dichos derechos, ni el alcance interpretativo que les ha sido asignado por sus intérpretes privilegiados.

Imbuida en esta ruta hermenéutica, la SCJN sostuvo “que la Constitución Federal *consagró de manera implícita* la facultad a favor del Congreso de la Unión de expedir las *leyes reglamentarias* de los derechos humanos contenidos en la Constitución, a fin de establecer sus alcances” (énfasis añadido).<sup>12</sup> De este modo, y por paradójico que parezca, en aras de justificar

---

<sup>10</sup> Amparo Directo en Revisión 3057/2014, del 4 de febrero de 2015, p. 22. El criterio quedó asentado en la Tesis XXXVIII/2016 (10a.), de rubro: “TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES. CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial...*, cit., Décima Época, libro 27, febrero de 2016, p. 686, registro digital: 2010978.

<sup>11</sup> Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, del 14 de junio de 2016, pp. 61 y ss.

<sup>12</sup> *Idem*.

una inhabilitación negativa, la Corte terminó por centralizar en la Federación la regulación de los derechos humanos, excluyendo definitivamente a las entidades federativas de una libertad configurativa que no de ahora, sino históricamente, ha servido para ir reconociendo derechos adicionales o redimensionando los que le son obligatorios.

Sobre el parámetro, fue enfática al subrayar que

*...no corresponde a Legislaturas de los Estados reglamentarlo, matizarlo o de cualquier forma referirse a él, no solamente porque carecen de competencia para ello, sino porque, de permitirse esa regulación podría generar un esquema diferenciado y múltiple en cada una de las entidades federativas, lo que lejos de coadyuvar a la generación de criterios uniformes y homogéneos en materia de la protección de derechos humanos en el Estado mexicano, se traduciría en el detrimento de tales derechos en perjuicio de las personas [énfasis añadido].<sup>13</sup>*

Con esta afirmación terminó de desmoronarse la diferenciación estatal basada en las especificidades históricas, geográficas o culturales, en nombre de una pretendida homologación en beneficio de las personas.

Este cambio de ciento ochenta grados, basado fundamentalmente en la confusión conceptual entre la vocación sustancial del bloque y procesal del parámetro de constitucionalidad, condujo a la afirmación de que las entidades federativas carecen de competencia para hacer suyos determinados contenidos constitucionales, darles una especificidad estatal, prever desarrollos institucionales que les confieran una mayor eficacia y estipular otras modalidades de protección para asegurar su cumplimiento.<sup>14</sup> Las contradicciones en que incurrió el criterio asumido quedaron de manifiesto en el voto concurrente del ministro Zaldívar, y particular del ministro Ortiz Mena.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>14</sup> El voto concurrente del ministro Zaldívar patentiza esta “confusión” entre una cuestión sustantiva y una cuestión adjetiva. En su opinión, “el principal problema con la argumentación de la sentencia consiste en que *confunde* la falta de competencia para incidir en la configuración del parámetro de regularidad constitucional, con la falta de competencia para regular el control difuso de constitucionalidad o convencionalidad”; *ibidem*, p. 65. En torno a la distinción entre el bloque y el parámetro, remitimos a lo expuesto en Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, UNAM-Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 35-37.

<sup>15</sup> Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, *cit.*, pp. 65 y 67, respectivamente.



Un par de semanas después, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 87/2015, la SCJN volvió a reconocer que el legislador estatal, de conformidad con sus competencias, está habilitado para “desarrollar o incluso ampliar” el contenido de un derecho humano previsto en la CPEUM o en los tratados internacionales, pero acotó, de inmediato, que

...esta facultad no implica que las legislaturas estatales puedan introducir en sus respectivas leyes, *definiciones específicas* respecto a un derecho humano reconocido en algún ordenamiento de fuente constitucional, pues con ello se pretende *contextualizar la naturaleza* de este mismo, no obstante que el *contenido y alcance* del derecho ya se encuentra tutelado y delimitado por la propia norma suprema de la cual dimana [énfasis añadido].

Lo anterior llevó a la SCJN a considerar que

...el legislador estatal carece de competencia para establecer *definiciones de derechos humanos* que son reconocidos por la norma suprema, ya que al derivar del orden constitucional, su contenido y alcance *no resulta disponible para las entidades federativas*, pues de lo contrario se *desnaturalizaría su función* normativa, jerárquica, universal y de contenido superior respecto al resto de las normas del orden jurídico [énfasis añadido].<sup>16</sup>

La argumentación, abiertamente contradictoria, sostiene que el legislador puede ampliar el contenido de los derechos en la legislación estatal, pero sin establecer definiciones específicas; que tiene facultades para desarrollarlos, pero sin contextualizarlos, porque al hacerlo se extralimita en sus atribuciones, en virtud de que su alcance se encuentra establecido en las fuentes primigenias de las que emanan.<sup>17</sup> Esta aproximación no parece haber otorgado el reconocimiento de derechos humanos a los derivados de una fuente estatal, pues volvió a introducir el principio jerárquico y el contenido superior de los estatuidos en las fuentes primigenias, impidiendo que las relaciones entre ellos se rijan bajo los principios pro persona y de interpretación conforme.

En este sentido, coincidimos con la opinión expresada por el ministro Ortiz Mena cuando refiere que

<sup>16</sup> Acción de Inconstitucionalidad 87/2015, del 30 de junio de 2016, pp. 64 y 65.

<sup>17</sup> Por ello, en su voto concurrente, el ministro Ortiz Mena sostuvo que la afirmación de la mayoría de ministros “no soporta un simple análisis lógico”. *Idem*.

...esa argumentación resulta contraria a la forma en que nuestro modelo constitucional, por una parte, consagra al federalismo, y, por la otra, porque se distorsiona la forma apropiada de entender a los derechos humanos como principios irradiadores a todo el sistema controlables desde el valor de la coherencia normativa.

Dicha decisión abona a la limitación, cada vez mayor, de la posibilidad de un constitucionalismo multi-nivel de protección de los derechos humanos, sensible a las preferencias mayoritarias en cada estado. Con este criterio, se limita a los estados oponerse a los derechos humanos y explorar nuevas formas de protección desde la creatividad de los procesos democráticos regionales. En otras palabras, se limita la posibilidad de encontrar en los estados laboratorios democráticos de experimentación, como se ha reconocido en la jurisprudencia americana, que produzcan experiencias de la mejor manera de proteger principios constitucionales, lo que paradójicamente se ha hecho en nombre del federalismo para garantizar una visión centralista cuyo único valor sea la certeza y uniformidad.<sup>18</sup>

La concepción, hasta entonces asumida sobre los derechos, resultó altamente contradictoria porque se produjo en un momento en que la SCJN buscaba afianzar su *identidad* como tribunal constitucional apoyándose, en buena medida, en la implementación de la reforma sobre derechos humanos de 2011. Lo paradójico del caso es que en sus impulsos por “alineal, corregir y actualizar el sistema jurídico frente al nuevo parámetro constitucional fundado en los derechos humanos”,<sup>19</sup> la Corte haya dejado pasar la oportunidad de explicitar que las disposiciones jurídicas locales deben adecuarse a lo dispuesto por los derechos que descienden de las fuentes primigenias, y ser igualmente consecuentes con lo que dictan los derechos de fuente local.

Es posible que la posición asumida por la SCJN sea parte de las reacciones que se han producido al interior del Pleno en relación con el enraizamiento del control de convencionalidad y la consecuente habilitación del control difuso de constitucionalidad, que producto de la apertura de las fuentes de los derechos humanos han venido asentando una pluralidad de narrativas constitucionales, cuyo ensanchamiento, en opinión de algunos operadores, ha puesto en entredicho el carácter de órgano de cierre

---

<sup>18</sup> Voto concurrente del ministro Ortiz Mena. *Ibidem*, pp. 90 y ss.

<sup>19</sup> Astudillo, César, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional. El dilema de decidir sobre qué y cómo decidir*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 110.

asignado a la SCJN, y su condición de poseedora de la última palabra en la interpretación nacional.<sup>20</sup>

Un contexto como el que se describe ha sido propicio para externar pronunciamientos que buscan volver a afirmar el principio de supremacía constitucional que en lo concerniente a los derechos fue profundamente modulado en la Contradicción de Tesis 293/2011, obligando a que el derecho convencional y ahora el derecho subnacional de los derechos humanos cedan ante aquél, manteniendo, en definitiva, la primacía del derecho nacional.<sup>21</sup> Lo resuelto en las acciones de inconstitucionalidad expuestas va orientado en ese sentido.

### 3. *La carta de derechos de la CdMx*

La más reciente aproximación a los derechos de fuente estatal por parte de nuestro máximo tribunal se produjo en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas 16, 18 y 19/2017, en la que se impugnaron distintos contenidos de la Constitución de la CdMx.<sup>22</sup> La resolución representa el estudio más profundo que hasta ahora ha llevado a cabo sobre el significado de los catálogos de derechos humanos de las Constituciones estatales, su ámbito competencial, alcance e interpretación, y en torno a los instrumentos procesales de tutela jurisdiccional de dicha carta, en virtud de que por vez primera una entera Constitución, emanada de un proceso constituyente, de la cual nació una nueva entidad federativa en nuestro país, se sometió a revisión de compatibilidad constitucional ante nuestro tribunal constitucional.

Con el propósito de ordenar el análisis de los distintos temas impugnados, el proyecto de sentencia discutido en el Pleno de la SCJN realizó un

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>21</sup> Existen distintos ejemplos que discurren en esta dirección. Al efecto, Cossío Díaz, José Ramón, “Evolución e involución de los derechos humanos en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Rubio Llorente, Francisco *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 564.

<sup>22</sup> Promovidas por los partidos políticos Morena y Nueva Alianza, así como la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Proyecto presentado por el ministro Javier Laynez Potisek, puesto a consideración del Pleno el 20 de agosto de 2018, discutido en las sesiones de 21, 23, 27, 28 y 30 de agosto, 3, 4 y, finalmente, votado el 6 de septiembre, y cuyo engrose aún no se publica. El punto relativo al régimen competencial de los derechos fue aprobado por unanimidad.

cuestionamiento inicial de carácter general sobre si ¿puede la CdMx ampliar derechos humanos y reconocer derechos nuevos? Para responderla, desagregó cuatro órdenes de consideraciones que llevaron a sus integrantes a pronunciarse colegiada y unánimemente sobre el régimen competencial de los derechos.

Así, la SCJN sostuvo inicialmente que una disposición jurídica distinta a la CPEUM y a los tratados internacionales, que evidentemente puede reconocerse en una Constitución estatal, pero también en una ley de desarrollo de derechos, sí puede ampliar o crear nuevos derechos humanos, ya que ello no representa una alteración indebida del bloque de constitucionalidad.

Al retomar la teoría de los derechos de Alexy, la SCJN se aproximó a los derechos como mandatos de optimización cuyo desarrollo y eficacia sólo es posible si en dicha labor se faculta a distintos órganos del Estado a expedir normas más específicas. De esta manera, se apartó de lo sostenido dos años antes, en 2015, argumentando que una actividad legislativa de esta naturaleza no es una atribución exclusiva de la Federación, a través del órgano revisor de la Constitución, ni del presidente y el Senado de la República, explicitando que un constituyente local, un órgano de reforma constitucional o incluso el legislador estatal sí tienen competencia para emitir disposiciones sobre derechos humanos, con la posibilidad de desarrollar o ampliar su contenido. Sentenció que “las entidades federativas en principio pueden válidamente establecer normas relativas a los derechos humanos en sus constituciones locales”.<sup>23</sup>

En segundo lugar, afirmó que “la facultad de las entidades federativas para regular derechos humanos es congruente con los fines del federalismo”, de donde deriva que “los derechos humanos son una responsabilidad compartida entre todos los poderes públicos del país”, por ser una “materia de materias” que hace emanar obligaciones para todas las autoridades mexicanas dentro de los tres niveles de gobierno. Ello significa que las cartas de derechos se fundan en la pretensión de mejorar la calidad de vida de sus habitantes, lo cual se logra, entre otras cosas, mediante la ampliación del régimen de derechos de las personas que viven en su territorio, para hacer que respondan a las particularidades de cada entidad federativa, satisfagan necesidades particulares de sus colectividades y faciliten sus condiciones de ejercicio. En esta labor, las entidades deben generar las políticas públicas

<sup>23</sup> Acción de Inconstitucionalidad 15/2017, *cit.*, pp. 8 y ss., especialmente pp. 21 del proyecto discutido en el Pleno.

necesarias, las disposiciones jurídicas pertinentes y las interpretaciones más favorables para su materialización. “Se debe reconocer —dice la SCJN— que el federalismo abre la puerta a una sana y necesaria competencia entre entidades federativas”.<sup>24</sup>

En tercer lugar, se dijo que la naturaleza constitucional de las entidades federativas, dotadas todas de autonomía, incluida la CdMx, conduce a que no pueda existir una uniformidad de derechos en función de un “supuesto mandato de homogeneidad” que, en los hechos, invalidaría las 32 declaraciones estatales. Por el contrario, afirmó que “la innegable diversidad cultural, social y política de nuestro país” y las “grandes diferencias contextuales entre las regiones” del mismo, justifican las discordancias de derechos en cada entidad federativa, legitimando con ello la existencia del modelo federal de Estado.

De conformidad con lo anterior, subraya que:

...si bien todas las entidades federativas están obligadas como mínimo a garantizar el núcleo o contenido esencial de los derechos humanos en el ámbito de sus competencias, el sistema previsto en la Constitución Federal permite también a cada una de ellas mejorar progresivamente la calidad de vida de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción, sin que ello necesariamente represente trato discriminatorio para quienes no se encuentren allí. El “piso mínimo” que representa la Constitución Federal sigue siendo igual en toda la República.<sup>25</sup>

Este y otros argumentos llevan a la SCJN a determinar que la Constitución de la CdMx, a pesar de tener una naturaleza que la separa del conjunto de estados de la República, cuenta con plenas atribuciones para expedir disposiciones de derechos humanos, aumentar el alcance que se les confiere, ampliar su nivel de goce y ejercicio, coadyuvando con ello al mejoramiento de su alcance y protección a nivel nacional.<sup>26</sup> Por ende, en una opinión que deja atrás la de 2016, subraya que “esta entidad federativa puede, al igual que el resto de los estados de la República, reconocer, conceptualizar, matizar, ampliar, desarrollar o incluso crear

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 34 y ss., especialmente p. 37 del proyecto discutido en el Pleno.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 54-56-61 del proyecto discutido en el Pleno.

<sup>26</sup> Los elementos del régimen jurídico que separan a la Ciudad de México del resto de estados de la Federación se enuncian en la propia Acción de Inconstitucionalidad 15/2017; *ibidem*, y acumuladas, pp. 66 y ss. del proyecto discutido en el Pleno.

derechos humanos siempre y cuando esto no contradiga el parámetro de regularidad constitucional”.<sup>27</sup>

Los únicos límites establecidos a esta amplia libertad configurativa descienden de las competencias reservadas a la Federación, así como de la eventual alteración de la identidad o el contenido esencial de algún derecho reconocido en las fuentes primigenias y, en el extremo, de la potencial obstaculización de las funciones de la CdMx, dada su especial naturaleza como capital del país y sede de los poderes federales.<sup>28</sup>

### III. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE ESTATAL

Como complemento a la profunda aproximación al significado de las cartas locales de derechos humanos, la SCJN retoma y reafirma los criterios sostenidos a partir del 2000, con el propósito de validar el establecimiento de un sistema de justicia constitucional, con órganos y medios de tutela para garantizar la supremacía de la Constitución de la CdMx dentro del orden jurídico de la entidad, y para proteger los derechos incorporados a su bloque de constitucionalidad.

Recordemos que desde 2000, en un embrionario *acto de repliegue*, la SCJN se manifestó a favor de dejar de conocer de cuestiones de constitucionalidad local, argumentando carecer de “competencia para dirimir aquellos planteamientos contra actos a los que sólo se atribuyan violaciones a la Constitución del Estado o a leyes locales, cuyo remedio corresponde establecer al Constituyente Local o a las Legislaturas de los Estados”.<sup>29</sup>

Dos años más tarde, legitimó el sistema veracruzano de justicia constitucional,<sup>30</sup> señalando que la existencia del juicio de tutela de dere-

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 79 del proyecto discutido en el Pleno.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 80 y ss. del proyecto discutido en el Pleno.

<sup>29</sup> Tesis P./J. 30/2000, de rubro: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE UN ESTADO Y UNO DE SUS MUNICIPIOS. A LA SUPREMA CORTE SÓLO COMPETE CONOCER DE LAS QUE SE PLANTEEN CON MOTIVO DE VIOLACIONES A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DEL ORDEN FEDERAL”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 812.

<sup>30</sup> Sobre este inicial sistema, que rápidamente se expandiría a muchas otras entidades federativas, acúdase a Astudillo, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 59 y ss.

chos fundamentales se orientaba a la protección exclusiva del catálogo derechos consagrados en el parámetro local, para enseguida, mediante una argumentación similar, hacer lo propio en relación con la acción de inconstitucionalidad local.<sup>31</sup> Con ello se produjo la creciente incorporación de mecanismos de control constitucional en la mayoría de las entidades federativas del país, y cuya heterogeneidad condujo a la necesidad de comenzar a pensar en parámetros que permitieran armonizar sus aspectos más relevantes.<sup>32</sup>

En este contexto, en 2012 nuestro máximo tribunal sostuvo que en función de que la Constitución de cada estado de la República constituye un orden jurídico superior al resto de las leyes y normas internas, era necesario reconocer que contaban con “un amplio margen de configuración constitucional y legal” para establecer tanto el diseño de su respectivo órgano de control constitucional local como los medios procesales que garantizaran la superioridad constitucional en la entidad, siempre que respetaran el marco establecido en la CPEUM.<sup>33</sup> Y dado que “los derechos humanos generan un marco de control material que también puede ser objeto de control constitucional local”, se subrayó que la finalidad de dichos órganos de control y los sistemas de medios de impugnación se encuentran vinculados a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos referidos en el artículo 1o. de la CPEUM.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Controversia Constitucional 16/2000, *cit.*, De ella derivó la Tesis P. XXXIII/2002..., *cit.* Véase la Tesis P.J 5/2003, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 64, FRACCIÓN III, Y 65, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE. NO DEBE AGOTARSE PREVIAMENTE A LA ACCIÓN QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, t. XVII, marzo de 2003, p. 979; sobre el particular, acúdase a Astudillo, César, *Derecho procesal constitucional...*, *cit.*, pp. 116 y ss., y 323 y ss., respectivamente.

<sup>32</sup> Así lo hemos sostenido en Astudillo, César, *Derecho procesal constitucional...*, *cit.*, pp. 293 y ss.

<sup>33</sup> Acción de Inconstitucionalidad 8/2010, del 16 de octubre de 2012, pp. 68 y ss. La anterior ejecutoria dio lugar a la jurisprudencia P./J. 22/2012 (10a.), de rubro: “CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. SU ESTABLECIMIENTO EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DEBE OBSERVAR EL MARCO PREVISTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, libro XIII, octubre de 2012, t. 1, p. 288.

<sup>34</sup> Tesis P./J. 23/2012 (10a.), de rubro: “CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. ES VÁLIDO ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UN SISTEMA DE MEDIOS PARA EXIGIR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN



No dejó de enfatizar, enseguida, que “la competencia de los órganos jurisdiccionales locales a los que se ha encomendado tal facultad en las entidades, se constriñe al ámbito exclusivo del orden jurídico propio de cada uno de los Estados, y respecto de la violación a los derechos fundamentales contenidos en sus ordenamientos por entes del propio ámbito local o bien del municipal”.<sup>35</sup> Preocupada por mantener incontestado el orden constitucional, al inicial acto de repliegue para conocer temas que involucrasen la constitucionalidad de actos locales, sobrevino una *reacción fiscalizadora*, dentro de la cual patentizó que dichos medios de control no podrían contravenir al pacto federal o violentar la supremacía de la CPEUM, para lo cual toda sentencia emitida en el marco de la justicia constitucional local podría ser revisada mediante el juicio de amparo por los tribunales federales, remarcando también que los jueces locales no estarían habilitados para conocer ni ejercer el control difuso de constitucionalidad en asuntos en los que se aleguen violaciones a la CPEUM.<sup>36</sup>

Importante es destacar que dentro del Amparo Directo 6/2012, ante la identidad o coincidencia entre derechos de distinta fuente, estableció directrices iniciales para determinar el ámbito, el órgano y el medio de tutela competente; señaló que:

---

DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO ESTATAL,” publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, Décima Época, libro XIII, t. 1, octubre de dos mil doce, p. 288, registro digital: 2001870.

<sup>35</sup> Amparo Directo 6/2012, del 24 de octubre de 2012, pp. 50 y 51.

<sup>36</sup> Tesis P/J 68/2010, de rubro: “AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5, registro digital 164177. También, Tesis 1a. XXXVIII/2016 (10a.), de rubro: “TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES. CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 686. Asimismo, las tesis aisladas 1a. XXXVIII/2016, de rubro: “TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES. CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, publicada en el *Semanario Judicial...*, *cit.*, libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 686, registro digital 2010978. También, 1a. XXXIX/2016, de rubro: “CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. NO TIENE EL ALCANCE DE QUE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES CONOZCAN DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTO DE ASUNTOS QUE NO SEAN DE SU COMPETENCIA”, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial...*, *cit.*, Décima Época, libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 668, registro digital: 2010960.

...el particular, ante la estimación de la violación a un derecho humano que se encuentra reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la vez —en similares términos o idénticos—, en la Constitución Estatal, se encuentra en aptitud de acudir a reclamar su vulneración en alguno de los dos fueros conforme a la norma que corresponda; esto es, puede acudir a la jurisdicción constitucional local, en la vía de protección de los derechos humanos a invocar la violación a su derecho fundamental reconocido en la constitución de la entidad o en alguna ley de la misma; o bien, interponer el juicio de amparo indirecto, por la violación a un derecho humano reconocido en la Constitución General de la República, caso éste último en el que no requiere agotar la instancia estatal, puesto que no reclama la norma local, sino la disposición de la Norma Suprema.<sup>37</sup>

Ahora bien, en lo concerniente a la impugnación de la Constitución de la CdMx, nuestro máximo tribunal decretó la constitucionalidad del sistema de justicia constitucional, con todo y su despliegue de mecanismos de control, entre los que se encuentran las acciones y controversias constitucionales, las acciones por omisión legislativa, la revisión de la validez de los referéndums, así como las acciones de cumplimiento frente a los poderes públicos, entre otros, las cuales serán ejercitadas ante la *Sala Constitucional* del Tribunal Superior de Justicia, como una instancia de carácter permanente a la que se le reconoce como “la máxima autoridad local en materia de interpretación de la Constitución Política de la Ciudad de México” (artículo 36).<sup>38</sup>

Al pronunciarse sobre su legitimidad, aprovechó para realizar un más acabado ejercicio de acotación de sus alcances, señalando que “dentro de los medios locales de control de constitucionalidad, la actividad de control constitucional que realicen los jueces locales debe circunscribirse sólo al contraste de normas o actos locales que se impugnen por estimarse directamente violatorios de los derechos reconocidos por la Constitución local”.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Amparo Directo 6/2012, *cit.*, p. 73.

<sup>38</sup> Sobre el significado, alcance y finalidad de estos mecanismos de control y de las correspondientes salas constitucionales, remitimos, en perspectiva comparada, a lo que hemos sostenido en Astudillo, César, *Derecho procesal constitucional...*, *cit.*, pp. 217 y ss., especialmente, pp. 269 y ss.

<sup>39</sup> Acción de Inconstitucionalidad 15/2017, *cit.*, p. 364 del proyecto discutido en el Pleno.

Asimismo, avanzó un conjunto de prohibiciones que los órganos de control de constitucionalidad local deben respetar, entre los que se encuentra la imposibilidad de alterar la *identidad* o el *contenido esencial* de algún derecho reconocido en el bloque de constitucionalidad y la oposición a la doctrina jurisprudencial sustentada por la SCJN en materia de derechos humanos. Enfatizó, además, las obligaciones que al día de hoy recaen en la entera judicatura local, conminándolos a interpretar sistemáticamente los derechos locales y los reconocidos en las fuentes primigenias, y a mantener un estricto respeto por los criterios y principios de interpretación previstos en el artículo 1o. de la CPEUM.<sup>40</sup>

Como corolario de lo anterior, es importante destacar que el régimen democrático que auspicia una Constitución profundamente asentada en un vasto caudal de derechos y libertades, se ha hecho acompañar de un robusto sistema de justicia constitucional que contempla instrumentos procesales adecuados, accesibles y efectivos para impugnar la constitucionalidad y convencionalidad de actos y normas locales, al margen y con motivo de su aplicación, ante una sala constitucional dispuesta *ex profeso* para ser la garante del nascente orden constitucional de la CdMx, dotándola así de todos los elementos que permiten augurar la materialización del proyecto político, social y cultural que le subyace.<sup>41</sup>

C

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 366 y 367 del proyecto discutido en el Pleno.

<sup>41</sup> Sobre las características del derecho a un recurso efectivo, acúdase a Astudillo, César, *Estudios electorales*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 165 y ss.

## COMENTARIOS LEGISLATIVOS



## Da Tocqueville a Marshall, passando per Kelsen: il sincretismo del sistema messicano di giustizia costituzionale

Paolo PASSAGLIA\*

SOMMARIO: I. *Introduzione*. II. *Da Tocqueville... (il juicio de amparo)*. III. *...a Marshall (l'introduzione di un controllo di costituzionalità diffuso)*. IV. *...passando per Kelsen (l'esistenza di un controllo astratto di costituzionalità)*. V. *L'ibridazione come risultato di un sincretismo: la via messicana al controllo di costituzionalità*.

### I. INTRODUZIONE

La scienza comparatistica associa, generalmente, il sistema di giustizia costituzionale messicano con il *juicio de amparo*. Questa via d'accesso, in effetti, è una creazione assai peculiare della cultura giuridica messicana ottocentesca, che è riuscita ad imporsi, progressivamente, come un modello per molti altri sistemi del Centro e del Sudamerica.<sup>1</sup> La sua cir-

---

\* Professore ordinario di Diritto comparato, Università di Pisa, Italia. Coordinatore *pro tempore* dell'Area di diritto comparato del Servizio Studi, Corte costituzionale della Repubblica Italiana; [paolo.passaglia@unipi.it](mailto:paolo.passaglia@unipi.it).

<sup>1</sup> Sul tema, v. Tschentscher, Axel e Lehner, Caroline, "The Latin American Model of Constitutional Jurisdiction: Amparo and Judicial Review", *Social Science Research Network [SSRN]*, Research Paper No. 2296004, 2013, pp. 1-30, disponibile *on line* alla pagina [http://www.servat.unibe.ch/jurisprudencia/lit/Amparo\\_SSRN.pdf](http://www.servat.unibe.ch/jurisprudencia/lit/Amparo_SSRN.pdf) (ultimo accesso: 12 agosto 2018).

colazione è stata tanto ampia e la sua reputazione tanto elevata che, ad esempio, quando l'Assemblea constituyente spagnola si trovò a strutturare un ricorso diretto individuale all'organo di giustizia costituzionale basato essenzialmente sull'istituto tedesco della *Verfassungsbeschwerde*, lo denominò «*recurso de amparo*», nonostante il prodotto finale trasfuso nella Costituzione del 1978 avesse, in concreto, ben poco a che vedere con il prototipo messicano.

L'impatto dell'*amparo* sulla teoria e la prassi della giustizia costituzionale è stato così potente che, in Italia, una recente tassonomia dei sistemi di giustizia costituzionale si è fondata sull'identificazione di tre modelli: quello nordamericano, quello europeo (o kelseniano) e quello basato sul giudizio di *amparo* messicano.<sup>2</sup>

A prescindere dalla validità euristica di una tale tassonomia, che combina due sistemi complessivamente intesi ed una specifica forma di ricorso, l'idea stessa che il giudizio di *amparo* non possa essere trasfuso ne (e quindi confuso con) il modello nordamericano né tantomeno in quello kelseniano merita di essere sottolineata, giacché dimostra chiaramente l'originalità della creazione messicana. L'enfasi sull'*amparo*, tuttavia, non dovrebbe condurre a propugnare una identificazione completa del sistema messicano di giustizia costituzionale con la sua via d'accesso più rinomata al controllo di costituzionalità. Il Messico, infatti, ha una lunga storia in tema di giustizia costituzionale, di talché il concentrare l'attenzione sul solo *amparo* significherebbe trascurare la sua grande complessità e la sua ricchezza, che hanno conosciuto, tra l'altro, un incremento assai rilevante nei decenni più recenti.

Obiiettivo di queste pagine è tratteggiare, sia pure molto sommariamente, i termini della suddetta complessità, da un punto di vista storico, oltre che comparatistico, onde porre in rilievo le particolarità del sistema messicano di giustizia costituzionale e le forme che nel sistema sono state elaborate per consentire la coesistenza di diverse fonti di ispirazione. Più in particolare, sono tre le fonti che possono essere individuate, e che saranno di seguito analizzate partitamente: in primo luogo, la fonte «tradizionale» che è stata alla base dell'elaborazione del *juicio de amparo*, e poi le due fonti più recenti, sulla scorta delle quali si è venuto a formare un sistema che è, ad

---

<sup>2</sup> Cfr. E. Palici di Suni, «Tre modelli di giustizia costituzionale», *Rivista AIC*, 11 marzo 2016, No. 1/2016, consultabile *on line* alla pagina <http://www.rivistaaic.it/tre-modelli-di-giustizia-costituzionale.html> (ultimo accesso: 12 agosto 2018), pp. 1-24, spec. p. 8.

un tempo, accentrat<sup>3</sup> e diffuso. Il risultato di queste diverse influenze ha dato luogo ad un sistema che può essere considerato come un modello di per sé, tanto che, in una prospettiva comparatistica, non è solo il *juicio de amparo* a meritare una speciale attenzione, ma anche la combinazione tra le diverse forme di controllo di costituzionalità e l'approccio sincretico che in Messico si è riusciti ad adottare con esiti che meritano di essere rimarcati.

## II. DA TOCQUEVILLE... (IL *JUICIO DE AMPARO*)

L'influenza di Alexis de Tocqueville e del suo *La democrazia in America*<sup>4</sup> è attestata in maniera incontrovertibile, sia con riguardo alla recezione del principio generale della separazione dei poteri sia, ed in particolare, per ciò che attiene alla elaborazione di forme di scrutinio da parte dei giudici che fossero idonee a proteggere i diritti individuali senza incidere negativamente sulle prerogative dei pubblici poteri.<sup>5</sup> La protezione dei diritti doveva infatti essere ottenuta senza che ciò si traducesse nella supremazia dei giudici rispetto al potere politico. Tocqueville aveva descritto il *judicial review* di marca statunitense precisamente come lo strumento ideale per raggiungere questo bilanciamento, soprattutto in ragione del fatto che in esso le dichiarazioni di incostituzionalità avevano effetti esclusivamente *inter partes*. Per questo, nel momento in cui si andava ad elaborare una nuova struttura costituzionale, prima nello Yucatan e poi nella Federazione messicana, si trasse ispirazione proprio dalle parole di Tocqueville, il quale venne, infatti, espressamente citato durante i dibattiti che portarono all'introduzione di una nuova via di accesso alle corti, ed in particolare nell'opinione scritta da Mariano Otero avente ad oggetto l'*Acta constitutiva y de reformas de 1847*. La cosiddetta «Formula Otero», che altro non

<sup>3</sup> Si utilizza, in questa sede, una nozione di sistema «accentrato» che diverge rispetto alla definizione che ne ha dato la Corte suprema messicana (cfr. *Suprema Corte de Justicia de la Nación, plenum*, sentenza 16 aprile 2015, *amparo directo en revisión* No. 1046/2012). *Infra*, al par. 5, si cercherà di dar conto delle ragioni per le quali si ritiene di non dover seguire la definizione correntemente in uso in Messico.

<sup>4</sup> A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Pagnerre, 1835-1840.

<sup>5</sup> V. Hernández Álvarez, Nartha Maria del Carmen, «Influencia del pensamiento de Alexis de Tocqueville en el juicio de amparo mexicano», in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, vol. 1, pp. 115-122.



era se non la traduzione messicana della dichiarazione giudiziale di incostituzionalità resa dai giudici americani,<sup>6</sup> rappresentava la risposta all'esigenza di garantire una protezione (un *amparo*) dei diritti nei confronti delle azioni e dei provvedimenti delle pubbliche autorità che fossero lesivi di situazioni giuridiche soggettive (e, di conseguenza, delle corrispondenti previsioni costituzionali), ferma restando l'impossibilità per le corti di esercitare un potere legislativo.<sup>7</sup>

Dal 1841, quando venne introdotto per la prima volta nello Yucatan, e dal 1847, quando venne trasposto a livello federale, il *juicio de amparo* è divenuto, in sostanza, uno elemento centrale nel sistema messicano di protezione dei diritti. I molteplici sviluppi che il diritto costituzionale ha subito nel corso della storia successiva non hanno inciso su tale centralità, visto che l'idea che il *juicio de amparo* sia uno strumento per contestare, di fronte ad un giudice, le azioni e gli atti dei pubblici poteri è rimasta inalterata dinanzi alle (pur notevoli) riforme succedutesi.

---

<sup>6</sup> “*A esa redacción se le ha llamado fórmula Otero, pero en realidad la afortunada expresión del notable jurista y político jalisciense no significa otra cosa que la adopción de la judicial review norteamericana, divulgada por el clásico libro de Alexis de Tocqueville, La Democracia en América del Norte. En su famoso voto particular, Mariano Otero señaló que se pretendía implantar en nuestro país el sistema estadounidense, y cita varias expresiones que indudablemente toma del escritor francés*”: così Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 87-142, spec. p. 135. Sulla «formula Otero», v. Fernández Segado, Francisco, “El voto particular de don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México. Nota introductoria sobre los antecedentes des juicio de amparo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2000, pp. 579-614; Elías Mussi, Edmundo e Silva Ramírez, Luciano, “La fórmula Otero y la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas”, in González Oropeza, Manuel e Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 27-48.

<sup>7</sup> Sull'impatto delle sentenze concernenti questioni di costituzionalità rese prima che la riforma del 2011 mutasse significativamente l'assetto del sistema (cfr. *infra*, nel testo), v. Fix-Zamudio, Héctor e Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordinamiento mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2008, pp. 199-262; Martínez Estrada, Ricardo “Las sentencias de los tribunales constitucionales”, in Corzo Sosa, Edgar (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 301-315; Orozco Henríquez, José de Jesús, “Las sentencias de control de la constitucionalidad de normas generales electorales en México”, *idem*, pp. 195-222; Ortiz Mayagoitia, Guillermo Iberio, “Tipología de las sentencias constitucionales que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *idem*, pp. 223-250.

Può stupire che, per quel che concerne la struttura del sistema di giustizia costituzionale, il *juicio de amparo* abbia avuto effetti significativamente diversi rispetto a quelli che si sarebbero potuti immaginare rifacendosi al modello che aveva costituito la fonte di ispirazione. Come noto, il controllo di costituzionalità statunitense è il prototipo dei sistemi diffusi, in quanto consente a qualunque corte di dichiarare che un atto viola la Costituzione. Di contro, il *juicio de amparo* si è sostanziato in una delimitazione del numero delle corti abilitate a proteggere i diritti nei confronti dell'azione dei pubblici poteri: trattandosi di una procedura giurisdizionale speciale, sin dall'inizio l'*amparo* è stato concepito come la *sola* procedura percorribile al fine di ottenere tutela per violazioni costituzionali; così, stante il fatto che la procedura si radica di fronte alle giurisdizioni federali, l'esistenza dell'*amparo* ha reso impossibile per le corti statali il far valere la Costituzione federale per censurare atti ed azioni del potere al fine di proteggere diritti. In quest'ottica, non è un caso che la Corte suprema messicana definisca la procedura di *amparo* come l'espressione di un sistema accentrato di giustizia costituzionale:<sup>8</sup> per quanto la sua introduzione abbia consentito, a *svariate* corti, di controllare atti ed azioni pubbliche, il suo risultato è stato anche quello di *circoscrivere* il novero di corti abilitate a svolgere tale scrutinio, con il che può dirsi che, in ultima analisi, l'*amparo* ha *accentrato* al livello federale la protezione dei diritti costituzionali.

La distinzione tra le corti federali e le corti statali è sempre stato un elemento fondamentale del sistema basato sull'*amparo*: l'art. 103, in combinazione con l'art. 107, della Costituzione federale del 1917, nelle sue successive modifiche, anche recenti, concentra inequivocabilmente l'*amparo* nelle mani delle corti federali.

Il principio secondo cui l'*amparo* è un rimedio giurisdizionale azionabile solo a livello di corti federali vale per tutti i tipi di *amparo*. In proposito, giova rammentare che l'idea di offrire uno strumento giurisdizionale per la protezione dei diritti individuali riconosciuti dalla Costituzione contro atti della pubblica autorità si concretizza in diverse modalità, a seconda del tipo di atti che vengano contestati. Un *amparo* indiretto può essere azionabile contro leggi, trattati internazionali, regolamenti, decreti o altri atti, e più in generale contro qualunque atto dei pubblici poteri che non siano sentenze definitive, che, ad avviso del ricorrente, rappresentino una violazione dei suoi diritti costituzionali; il ricorso deve essere presentato di fronte ad un

<sup>8</sup> Cfr: la sentenza menzionata *supra*, nota 3.

giudice distrettuale (*Juzgados de Distrito*) oppure, quanto si contesta un atto adottato da un giudice distrettuale, di fronte ad un giudice di circuito in composizione monocratica (*Tribunal Unitario de Circuito*). Al fine di contestare una sentenza definitiva, invece, deve essere presentato un *amparo* diretto di fronte ad un giudice di circuito in composizione collegiale (*Tribunales Colegiados de Circuito*).

L'*amparo* indiretto e l'*amparo* diretto differiscono anche con riferimento all'impugnazione della decisione di prime cure.

Per l'*amparo* indiretto, le decisioni rese dal giudice distrettuale o dal giudice monocratico di circuito sono soggette ad impugnazione di fronte ad un giudice collegiale di circuito (*amparo indirecto en revisión*). L'impugnazione è però presentata direttamente alla *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, d'ufficio o su istanza di parte, quando, in un caso che attiene alla costituzionalità di una legge federale o di un trattato internazionale, non si hanno precedenti, l'esito del giudizio è di eccezionale interesse e si ritiene necessaria una interpretazione del testo costituzionale in quanto di speciale rilevanza per l'ordinamento giuridico nazionale.

Con riguardo all'*amparo* diretto, invece, la decisione del giudice collegiale di circuito può essere impugnata di fronte alla Corte suprema di giustizia (*amparo directo en revisión*), ma solo nel caso in cui si debba decidere in ordine ad una questione inerente alla costituzionalità o meno di una regola generale oppure quando si tratti di chiarire l'interpretazione da dare ad una previsione costituzionale o alla formulazione di un diritto umano riconosciuto in un trattato internazionale; ad ogni modo, il caso sottoposto alle giurisdizioni deve richiedere una decisione di speciale rilevanza (come regola generale, dunque, una decisione della Corte suprema di giustizia è richiesta essenzialmente per chiarire la questione giuridica emersa).

È da notare che, in taluni casi eccezionali, la Corte suprema di giustizia, per l'*amparo* diretto, può esercitare la giurisdizione in unico grado (*amparo directo transcendental*): ciò si verifica quando la questione è così importante che si impone una decisione della più alta corte del Paese. In queste circostanze, la Corte suprema può avocare a sé la questione, agendo dunque *ex officio*, oppure può essere destinataria di una richiesta in tal senso da parte del giudice collegiale di circuito o del Procuratore generale della Repubblica.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Una sintetica, ma compiuta analisi del *juicio de amparo* in Messico è consultabile in México, in: *Estructura y competencia de las cortes y tribunales supremos de justicia en Iberoamérica*, Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, pp. 549-622, spec. p. 567.

Come si vede, anche se l'*amparo* è circoscritto all'interno della giurisdizione federale, il numero dei giudici legittimati ad esercitare il sindacato di costituzionalità è lungi dall'essere esiguo. A questo proposito, proprio come in un sistema diffuso, la certezza del diritto rappresenta un problema con cui fare i conti, tanto più che l'ordinamento messicano, non essendo avendo un sistema di *common law*, non può avvalersi degli strumenti offerti dalla *doctrine* del precedente vincolante per assicurare la coerenza tra le pronunce giurisdizionali. La questione della certezza del diritto non è del tutto estranea ad un'altra, vale a dire a quella del possibile sovraccarico per le corti, ed in particolare per quella posta al vertice del sistema, che è chiamata a svolgere un ruolo di chiusura per tutta la giurisdizione federale.

La strada che, al riguardo, si è percorsa in Messico per dare efficienza al sistema è certamente originale, poiché innesta alcune soluzioni ispirate al *common law* all'interno di una struttura di *civil law*. Due aspetti del sistema meritano una particolare attenzione.

Il primo aspetto attiene ai meccanismi di impugnazione che si sono sommariamente descritti, i quali mostrano chiaramente che la Corte suprema di giustizia dovrebbe, in linea di principio, essere adita solo per casi particolarmente importanti. Sebbene i due sistemi funzionino in modo molto diverso, gli effetti della selezione fatta in Messico sulla base della rilevanza della questione da decidere può richiamare, da un punto di vista teorico, gli effetti del *writ of certiorari* per la Corte suprema federale statunitense. In concreto, tuttavia, emerge tra i due una chiara differenza, poiché la Corte suprema messicana non ha un reale potere di selezione dei casi, ed è dunque costretta a fronteggiare un carico di lavoro che è considerevolmente maggiore di quello dell'omologo statunitense.<sup>10</sup> La comparazione è interessante anche con riferimento alla nozione di «impugnazione», dal momento che la selezione dei casi operata in relazione all'*amparo* messicano è basata sull'interesse generale, il che la avvicina all'idea che conforma l'impugnazione nei sistemi di *common law*, mentre la regola generale dei sistemi di *civil*

---

<sup>10</sup> Prendendo in considerazione il periodo compreso tra il 2013 ed il 2016, il numero di casi pervenuti annualmente è stato compreso tra i 6.000 e gli 8.000. I giudizi originati da un *amparo* indiretto sono quelli che più contribuiscono al sovraccarico per la Corte, visto che il loro numero eccede sempre i 2.000 per anno e, sovente, anche i 3.000. Fonte: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretaría de Acuerdos – Estadística Judicial, *Estadística mensual. Mayo 2017*, consultabile *on line* alla pagina <http://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2017-06/SGAEM0517.pdf> (ultimo accesso: 12 agosto 2018).

law, pur con alcune notevoli eccezioni,<sup>11</sup> è che il diritto all'impugnazione si lega essenzialmente all'interesse della parte.

Il secondo aspetto da prendere in considerazione concerne gli effetti delle pronunce che decidono ricorsi di *amparo*. La «Formula Otero», come si è visto, era collegata all'obiettivo di assicurare che le sentenze avessero soltanto effetti *inter partes*. Ora, poiché il sistema messicano rientra nel novero di quelli di *civil law*, non c'è ovviamente modo di imporre la regola dello *stare decisis*. Tuttavia, il principio della efficacia meramente *inter partes* delle pronunce è stata molto presto assoggettata ad un ripensamento, alla luce del riconoscimento di effetti vincolanti alla c.d. *jurisprudencia*, vale a dire all'orientamento giurisprudenziale che si sostanzia nella ripetizione della stessa *ratio* in pronunce rese da corti superiori, e cioè dalla Corte suprema di giustizia o da giudici collegiali di circuito.<sup>12</sup> Più precisamente, la Corte suprema stabilisce una *jurisprudencia* quando conferma la stessa *ratio* in cinque successive decisioni rese in diverse sessioni. Per attribuire efficacia vincolante ad una *ratio* ripetuta, le pronunce debbono essere adottate dal *plenum* con una maggioranza di almeno otto voti su undici oppure da una sezione della Corte con una maggioranza di almeno quattro voti su cinque. Per quanto attiene ai giudici collegiali di circuito, le pronunce richiedono l'unanimità del collegio di tre giudici.

Questo sistema venne introdotto dalla *Ley de Amparo* del 1882, proprio per garantire la certezza del diritto in un sistema caratterizzato dall'assenza di una dottrina del precedente. Da allora, si è sviluppato un ampio dibattito sulla portata degli effetti vincolanti della *jurisprudencia*. Due

---

<sup>11</sup> Ad esempio, il diritto ad un giudizio di merito da parte dell'organo di giustizia costituzionale su un ricorso diretto individuale è generalmente soggetto a considerazioni riguardanti l'interesse generale del caso e di una possibile decisione su di esso. A tal proposito, le innovazioni apportate dalla legge organica n. 6 del 2007 al *recurso de amparo* di fronte al Tribunale costituzionale spagnolo sono esempi emblematici, poiché il cambiamento più significativo è consistito proprio nel rafforzamento del peso dell'interesse generale nella selezione dei casi.

<sup>12</sup> Per una descrizione delle modalità attraverso cui una *jurisprudencia* viene a formarsi, v. López Benítez, Lilia Mónica, "Sistemas de jurisprudencia en el juicio de amparo", in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, op. cit., vol. 2, pp. 535-549; v. anche, con particolare riguardo ai rapporti tra la *jurisprudencia* e la dichiarazione di inconstituzionalità, Coello Garcés, Clicerio e Herrera García, Alfonso, "Jurisprudencia por reiteración y declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes en el juicio de amparo", *idem*, vol. 2, pp. 513-533.

tesi principali sono state avanzate: l'una definisce la *jurisprudencia* come una fonte formale del diritto, come tale vincolante per tutte le autorità pubbliche, l'altra limita gli effetti della *jurisprudencia* all'interpretazione delle disposizioni normative, con il risultato che i suoi effetti vincolanti si dispiegherebbero soltanto all'interno della giurisdizione, senza incidere sulle altre autorità.

Qualche anno fa, il *juicio de amparo* ha conosciuto importanti riforme, che hanno avuto ad oggetto anche la «formula Otero». In effetti, la riforma costituzionale del 6 giugno 2011, attuata con la *Nueva Ley de Amparo* del 2 aprile 2013, ha introdotto, tra l'altro, una nuova procedura volta a consentire alla Corte suprema di giustizia di dichiarare, nell'ambito di un procedimento di *amparo*, l'incostituzionalità di previsioni normative.<sup>13</sup>

Ai termini dell'art. 107, par. secondo, della Costituzione, come risultante dalle modifiche, la dichiarazione di incostituzionalità ha effetti *erga omnes*, quindi espunge dall'ordinamento giuridico le previsioni di cui si constata la incompatibilità con la Costituzione. Questo nuovo strumento per reagire contro gli atti delle pubbliche autorità è stato concepito per rafforzare la superiorità della Costituzione, ma anche per ridurre il carico di lavoro imposto alle corti, oltre che per rafforzare l'eguaglianza e, soprattutto, per migliorare, in generale, la protezione dei diritti, grazie all'impatto di una dichiarazione che dispiega i propri effetti su tutti i consociati, e non solo sulle parti in giudizio.<sup>14</sup>

In concreto, se la Corte suprema di giustizia, nel decidere ricorsi in sede di *amparo* indiretto, constata —in due distinti procedimenti— che una disposizione normativa (in qualunque settore tranne che nel diritto tributario) è incostituzionale, il presidente della Sezione che ha reso la seconda constatazione o il presidente della Corte, se a pronunciarsi è stato il *plenum*, informa l'autorità cui l'atto è imputabile della decisione resa dalla Corte.

<sup>13</sup> Gli effetti del nuovo assetto normativo relativo al *juicio de amparo* sono presi in esame da Carranco Zúñiga, Joel, “Diagnóstico del juicio de amparo a cuatro años de vigencia de la nueva ley”, in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, op. cit., vol. 1, pp. 167-186; Ojeda Bohórquez, Ricardo, “Actualidad del juicio de amparo a 100 años de la Constitución mexicana de 1917”, *idem*, vol. 1, pp. 201-214.

<sup>14</sup> Sul tema, v. Figueroa Mejía, Giovanni Azael, “Efectos de las sentencias de amparo: modificación parcial del principio de relatividad a través de la declaratoria general de inconstitucionalidad”, in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, op. cit., vol. 2, pp. 393-407.



Analogamente, l'autorità è informata quando, in sede di *amparo* diretto, la Corte suprema di giustizia stabilisce una *jurisprudencia* secondo la quale una disposizione (in qualunque settore tranne che nel diritto tributario) è incostituzionale.

Una volta che all'autorità interessata sia stata notificata la decisione, iniziano a decorrere i novanta giorni che le vengono riservati per modificare o abrogare la disposizione considerata incostituzionale. Se l'autorità non elimina il vizio di costituzionalità, la Corte suprema, in seduta plenaria, pronuncia la dichiarazione di incostituzionalità. Perché la dichiarazione sia validamente resa, è richiesta una maggioranza di almeno otto voti.

Con questa nuova procedura, la Corte suprema di giustizia è stata dotata di una attribuzione tipica di un sistema accentrato di giustizia costituzionale, con la conseguenza che il *juicio de amparo*, nel suo complesso, ha visto incrementare le sue peculiarità: pur essendo una procedura diretta specificamente al controllo degli atti dei pubblici poteri a beneficio dei ricorrenti, non trascura (più) una diversa prospettiva e diversi obiettivi, come, in special modo, quello di garantire la superiorità della Costituzione in termini generali ed astratti.

Questa evoluzione potrebbe suggerire l'esistenza di un percorso verso il recepimento del modello europeo di giustizia costituzionale, o meglio verso l'avvicinamento ai sistemi misti basati sul modello europeo, in cui il controllo concreto di costituzionalità è associato ad una possibile dichiarazione con effetti *erga omnes* dell'incompatibilità delle disposizioni scrutinate con la Costituzione. A ben vedere, tuttavia, i mutamenti che sono intervenuti nel sistema messicano sono molto più complessi: nei paragrafi seguenti si cercherà di darne conto.

### III. ...A MARSHALL (L'INTRODUZIONE DI UN CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ DIFFUSO)

Pur non essendo un sistema accentrato (salvo quanto si è accennato e si dirà in ordine alla qualificazione data dalla Corte suprema), il sistema basato esclusivamente sul *juicio de amparo* è stato caratterizzato da una difficoltà che colpisce praticamente tutti i sistemi accentrati, e cioè l'esistenza di aree dell'ordinamento prive di protezione in ragione, per un verso, dell'impossibilità per i giudici comuni di disapplicare atti e disposizioni incompatibili con la Costituzione e, per l'altro, dell'impossibilità



di ottenere adeguati rimedi giurisdizionali per qualunque tipo di lesione lamentata.

Questa duplice inefficienza ha caratterizzato il sistema messicano per un lungo periodo, specie con riferimento ai giudici statali, i quali non hanno avuto possibilità di svolgere un sindacato sulla legislazione sino a quando il panorama giuridico non è cambiato in maniera significativa. Ciò si è verificato nel 2011, per effetto del combinarsi di una importante riforma costituzionale e di una altrettanto importante risoluzione della Corte suprema.

La revisione costituzionale del 10 giugno 2011 ha avuto un impatto considerevole sulla posizione del diritto internazionale in seno all'ordinamento giuridico messicano. L'art. 1, par. primo, della Costituzione, come emendato, tutela esplicitamente i diritti individuali per come riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati internazionali firmati dal Messico, ed impedisce qualunque limitazione a questi diritti, «*salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece*».

Il rango dei trattati internazionali nell'ordinamento interno è ulteriormente chiarito nell'art. 1, par. secondo, che così recita: «*[L]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*».

La protezione dei diritti è quindi basata sia sulla Costituzione che sui trattati internazionali, e se la prima prevale quando si tratta di limitazioni che vengono imposte ai diritti (art. 1, par. primo), in riferimento all'interpretazione non si dà, invece, una gerarchia rigida, poiché il criterio guida è quello di estendere la protezione dei diritti (par. secondo).<sup>15</sup>

Il rango quasi identico che hanno la Costituzione ed i trattati internazionali è ulteriormente confermato all'art. 133, come modificato, che precisa i rapporti tra diritto federale e diritto statale stabilendo che la «*Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión*». Conseguentemente, «*[l]os jueces de cada entidad*

<sup>15</sup> Con riferimento all'interpretazione della Costituzione e dei trattati internazionali alla luce della prevalenza che deve essere accordata alla protezione dei diritti, v. Ruiz Legazpi, Ana, «La cláusula de simpatía con los derechos en México: la aplicación de los tratados y la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos tras la reforma constitucional de 2011 (en especial, Convención y Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, pp. 287-309.

*federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas».*

L’impianto normativo che si articola sull’insieme di queste previsioni è stato alla base di una fondamentale risoluzione resa dalla Corte suprema di giustizia,<sup>16</sup> con cui si è stabilito il principio secondo il quale

...[s]i bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados..., sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.<sup>17</sup>

La Corte suprema ha così posto le basi per integrare il sistema messicano di giustizia costituzionale, arricchendolo di un controllo di costituzionalità e di convenzionalità.<sup>18</sup> In effetti, con la risoluzione del 2011, in Messico, qualunque giudice, nell’esercizio delle sue attribuzioni, è legittimato a verificare se una disposizione normativa è compatibile con la Costituzione o con i trattati internazionali vincolanti per l’Unione messicana e, in caso di accertata incompatibilità, lo stesso giudice può disapplicare la disposizione al fine di proteggere un diritto riconosciuto dalla Costituzione o dai trattati internazionali. Alla luce dell’interpretazione fatta propria dalla Corte suprema, l’art. 133 della Costituzione, nella sua versione più recente, ha permes-

---

<sup>16</sup> *Expediente Varios* No. 912/2010, “Rosendo Radilla Pacheco Case”, risoluzione emanata il 14 luglio 2011.

<sup>17</sup> *Id.*, par. 29

<sup>18</sup> Per quel che concerne l’impatto della risoluzione della Corte suprema e la conseguente introduzione di un sistema diffuso di giustizia costituzionale, v. Herrera García, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2011”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, pp. 443-474; Hallivis Pelayo, Manuel Luciano, “Control difuso de la convencionalidad”, in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917, op. cit.*, vol. 2, pp. 287-297; A. Herrera García, Alfonso, “El control difuso de regularidad de la leyes en el juicio de amparo directo: complejidades conceptuales y frente al sistema interamericano de derechos humanos”, *idem*, vol. 2, pp. 299-316; Pardo Rebolledo, Jorge Mario, López Andrade, Guillermo Pablo e Silva Díaz, Ricardo Antonio, “Control de convencionalidad y bloque de regularidad constitucional en el juicio de amparo”, *idem*, vol. 2, pp. 317-333. In lingua inglese, v. Narváez Medécigo, Alfredo, “Constitutional Review in Mexico: A Best of All Worlds Solutions?”, *idem*, *Rule of Law and Fundamental Rights*, Berlin, Springer, 2016, pp. 213-258.

so ai giudici statali di svolgere il controllo di costituzionalità, attribuendo loro, in tal modo, un potere che non era mai stato riconosciuto<sup>19</sup> —e che sarebbe stato esercitato quasi immediatamente—,<sup>20</sup> un potere destinato a ridurre drasticamente il divario tradizionale intercorrente tra le giurisdizioni federali e le giurisdizioni statali.<sup>21</sup>

Con l'attribuzione a tutti i giudici messicani del potere di controllare la costituzionalità (e la convenzionalità) del diritto nazionale, la protezione dei diritti ha potuto beneficiare di una consistente riduzione delle zone grigie sprovviste di tutela giurisdizionale. Una significativa difficoltà, tuttavia, residuava: il riferimento è all'incertezza dell'attribuzione anche ai giudici federali di un potere generalizzato di controllo della costituzionalità degli atti. Più in particolare, l'esistenza del *juicio de amparo* poteva rappresentare, paradossalmente, un limite alla giurisdizione federale, nel senso che si poteva ritenere che i giudici federali fossero in grado di operare il controllo di costituzionalità soltanto in sede di *amparo*, e dunque che il loro potere di sindacato fosse soggetto alla tipologia di azione radicata da parte del ricor-

---

<sup>19</sup> Ancora nel 2010, il fatto che ai giudici statali fosse impedito qualunque sindacato di costituzionalità sulle leggi era considerato «*more a product of judicial interpretation at the federal level rather than an explicit institutional arrangement set in the Constitution*»: cfr. García Sarubbi, David, "Federalism and Constitutional Judicial Review in Mexico and the United States: A Normative Assessment of Two Different Jurisdictional Schemes", *Mexican Law Review*, 2011, No. 1, pp. 35-58, spec. p. 41.

<sup>20</sup> Il primo caso in cui un giudice statale ha disapplicato una disposizione legislativa statale in conseguenza della sua incompatibilità con i diritti umani risale a poche settimane dopo la emanazione della risoluzione della Corte suprema: in effetti, la sentenza nel c.d. *caso Nuevo León case* è stata resa l'8 agosto 2011. Per l'analisi dei collegamenti tra la risoluzione della Corte suprema e la sentenza della giurisdizione statale, v. Narváez Medécigo, Alfredo, "Enforcement of Fundamental Rights by Lower Courts: Towards a Coherent System of Constitutional Review in Mexico", *Mexican Law Review*, 2013, no. 1, pp. 3-44, spec. p. 36.

<sup>21</sup> Focalizzando l'attenzione sui livelli federale ed internazionale, la riforma costituzionale, ovviamente, non ha potuto prendere in considerazione il tema della protezione delle costituzioni statali. Questa tematica, che non sarà oggetto di analisi nel presente scritto, ha peraltro conosciuto significative innovazioni dall'inizio di questo secolo, innovazioni tese ad introdurre, in vari stati della Unione messicana, una «giustizia costituzionale locale»: cfr. Casarín León, Manlio Fabio, "Justicia constitucional local: retos y perspectivas", in Corzo Sosa, Edgar (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, op. cit., pp. 375-398; Astudillo Reyes, César Iván, "La justicia constitucional local en México: presupuestos, sistemas y problemas", *idem*, pp. 325-374; Carnota, Walter Fabián, "La justicia constitucional en el constitucionalismo subnacional mexicano", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2016, pp. 69-84.

rente nel giudizio. Altrimenti detto, a seguire la tesi restrittiva, in assenza di una specifica censura della costituzionalità di una certa disposizione, il giudice federale si sarebbe trovato nell'obbligo di applicarla, indipendentemente dalla sua eventuale incompatibilità con la Costituzione.

L'incertezza a questo riguardo è stata rimossa, alla fine, da una importante sentenza resa dalla Corte suprema di giustizia nel 2015, nella quale si è affermato incontrovertibilmente che il controllo di costituzionalità *ex officio* è un obbligo che si impone a qualunque giudice, in qualunque caso, con il risultato che non possono più darsi limitazioni derivanti dal tipo di azione promossa dal ricorrente e/o dal tipo di giurisdizione esercitata dal giudice.<sup>22</sup>

Grazie a queste recenti riforme costituzionali ed all'interpretazione seguita dalla Corte suprema, si è instaurato un sistema propriamente diffuso, dal quale è uscita sensibilmente rafforzata la superiorità della Costituzione.<sup>23</sup> Il compromesso raggiunto a metà dell'Ottocento con la limitazione del controllo giurisdizionale di costituzionalità attraverso il *juicio de amparo* ha lasciato spazio, all'inizio del XXI secolo, ad una chiara opzione in favore di un trapianto dell'argomento del *Chief Justice* Marshall che si pone a fondamento del modello nordamericano di giustizia costituzionale.<sup>24</sup> Non senza un qualche paradosso, gli Stati Uniti sono stati a lungo una fonte rilevante di ispirazione per la giustizia costituzionale messicana, ma questa fonte non ha mai raggiunto un livello tale da produrre una vera e propria imitazione; soltanto in tempi recenti il modello statunitense è stato finalmente adottato, proprio quando il modello europeo sembrava essere divenuto il punto di riferimento fondamentale per una rivisitazione del sistema messicano.<sup>25</sup> L'ispirazione «europea» è stata chiaramente attestata

<sup>22</sup> Sentenza 16 aprile 2015, No. 1046/2012 (v. *supra*, nota 3).

<sup>23</sup> «*Así, el Sistema jurídico mexicano inició una nueva etapa con la expresa constitucionalización de los derechos humanos, lo cual impacta en la tarea de todas las autoridades públicas del país, pues les impone obligaciones concretas con el propósito de alcanzar el pleno respeto y garantía de tales derechos, principalmente las obligaciones interpretativas de los juzgadores*»: Góngora Pimentel, Genaro David, "El juicio de amparo y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (eds), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, op. cit., vol. 2, pp. 277-286, spec. p. 278.

<sup>24</sup> Il riferimento va, ovviamente, alla *opinion* del *Chief Justice* Marshall nel caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>25</sup> Sulle successive ondate di influenze che hanno inciso e contribuito a strutturare il sistema messicano di giustizia costituzionale, v. Narváez Medécigo, Alfredo, *Enforcement of Fundamental Rights by Lower Courts*, cit., pp. 16-31.

dall'introduzione di una declaratoria di incostituzionalità con effetti *erga omnes* nel procedimento di *amparo*. Tuttavia, non si è trattato né del primo né del più chiaro esempio di influenza proveniente dall'altra sponda dell'Oceano Atlantico. Il paragrafo seguente tratterà, non a caso, di altri caratteri del sistema messicano che richiamano il modello accentrato di controllo di costituzionalità.

#### IV. ...PASSANDO PER KELSEN (L'ESISTENZA DI UN CONTROLLO ASTRATTO DI COSTITUZIONALITÀ)

Al momento di redigere la Costituzione del 1917, il *juicio de amparo* è stato concepito come la pietra miliare del sistema di giustizia costituzionale messicano; ciò nondimeno, il costituente ha lasciato spazio anche ad un'altra forma di controllo. Il riferimento va alla competenza attribuita alla Corte suprema di giustizia di decidere le controversie costituzionali instaurate dalle Camere del Parlamento, dall'Esecutivo federale o dai governatori statali. Nella prassi, questa competenza è stata a lungo esercitata soltanto in maniera episodica: in quasi otto decenni, si è avuta una dozzina di controversie costituzionali, la maggior parte delle quali, tra l'altro, neppure è stata decisa nel merito da parte della Corte suprema. Sulla scorta di questo rilievo, rappresentava una approssimazione assolutamente tollerabile l'identificare pianamente il sistema di giustizia costituzionale messicano con il funzionamento del procedimento di *amparo*, senza dover in alcun modo prendere in considerazione altre forme di controllo.

Con la riforma del 1994, entrata in vigore il 1o. gennaio 1995, è intervenuto un cambiamento di non poco momento, consistente nell'ampliamento degli ambiti nei quali la Corte suprema esercita una giurisdizione costituzionale: da un lato, il potere di promuovere controversie costituzionali è stato riconosciuto anche ad altri soggetti; dall'altro, è stata introdotta una nuova forma di ricorso.

Con riferimento alle controversie costituzionali, vari altri soggetti si sono visti riconosciuta la legittimazione ad adire la Corte suprema: oltre alle Camere del Parlamento, all'Esecutivo federale ed ai governatori statali, oggi le controversie costituzionali possono essere instaurate dai municipi, dai rappresentanti del difensore civico e dai vertici dei partiti politici. In concreto, questa estensione dell'elenco di possibili ricorrenti

si è tradotta in una crescita esponenziale del numero di decisioni rese dalla Corte suprema.<sup>26</sup>

Si è, in sostanza, consolidata una prassi in base alla quale, quando una pubblica autorità emana un atto normativo o un provvedimento generale (come una legge, un regolamento o un decreto), che incide sulla sfera di attribuzioni di un'altra autorità, la Corte suprema viene adita perché risolva la controversia.<sup>27</sup> Quando il caso giunge di fronte alla Corte, lo scrutinio da essa compiuto può estendersi a qualunque tipo di violazione della Costituzione, con il che le controversie costituzionali possono essere agevolmente assimilate ad un vero e proprio controllo di costituzionalità.<sup>28</sup> In effetti, se la Corte conclude nel senso che l'autorità convenuta ha adottato una previsione generale (come ad esempio una disposizione normativa) esercitando poteri che erano propri di un'altra autorità o di un altro livello di governo, la previsione viene inficiata ed espunta dall'ordinamento giuridico. Perché ciò accada, è peraltro necessario che la Corte suprema di giustizia, in sessione plenaria, adotti la relativa risoluzione con una maggioranza di almeno otto voti su undici. Se tale maggioranza non viene raggiunta, il ricorso che ha dato luogo alla controversia costituzionale è respinto.

La riforma costituzionale del 1994, inoltre, ha attribuito alla Corte suprema giurisdizione sulle *acciones de inconstitucionalidad*, conferendo così alla Corte il potere di controllare la legislazione in una forma astratta che richiama nitidamente i procedimenti che si svolgono di fronte alle corti costituzionali del continente europeo.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Ad esempio, dal 2009, il numero di controversie costituzionali pervenute annualmente ha sempre ecceduto quota 100, tranne che nel 2012 (quando il numero è stato inferiore: 84); nel 2010 e nel 2013 il totale ha superato quota 200 (con, rispettivamente, 206 e 203). Fonte: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretaría de Acuerdos – Estadística Judicial, *Estadística mensual. Mayo 2017, op. cit.*

<sup>27</sup> Per quel che concerne l'impatto della riforma costituzionale sullo sviluppo del contenzioso relativo alle controversie costituzionali, v. Silva Meza, Juan, "La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, No. 39, pp. 317-326, spec. p. 320.

<sup>28</sup> Gli effetti della riforma costituzionale sulla giurisprudenza della Corte suprema sono analizzati da Orozco Henriquez, José de Jesús, "La Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de 1995 y el nuevo orden constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2006, pp. 281-302.

<sup>29</sup> Recentemente, il numero di azioni promosse annualmente ha oscillato tra le 10 (nel 2010) e le 59 (nel 2016), ma la soglia dei 20 casi è stata comunque raggiunta quasi ogni anno. Fonte: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretaría de Acuerdos – Estadística Judicial, *Estadística mensual. Mayo 2017, op. cit.*

Legittimati ad adire la Corte supreme sono le minoranze parlamentari (un terzo dei membri di una delle due Camere del Parlamento federale ovvero di uno dei trentadue parlamenti statali), i governatori, i sindaci, il Procuratore generale della Repubblica ed il Presidente della Commissione per i diritti umani.

L'azione di incostituzionalità è lo strumento atto a far controllare la costituzionalità di leggi che concentra il sindacato esclusivamente presso la Corte suprema di giustizia. Il ricorso deve essere presentato entro trenta giorni dalla pubblicazione della previsione contestata.<sup>30</sup>

Se la Corte suprema dichiara la disposizione incompatibile con la Costituzione, la disposizione non può più essere applicata ed è espunta dall'ordinamento giuridico. In altri termini, la dichiarazione di incostituzionalità ha effetti generali. Anche in questo caso, è necessaria l'approvazione da parte del *plenum*, con una maggioranza di almeno otto giudici su undici.

L'azione di incostituzionalità non può in alcun modo dirsi sostitutiva del procedimento di *amparo*, in quanto gli obiettivi delle due procedure sono diversi: l'*amparo* mira alla protezione dei diritti, mentre l'azione di incostituzionalità è diretta principalmente a mantenere una coerenza all'interno del sistema delle fonti del diritto. Quest'ultimo obiettivo è, come ovvio, strettamente legato sia alla garanzia della Costituzione che alla protezione dei diritti; tuttavia, il raggiungimento di queste finalità ulteriori appare consequenziale. Come dire che la nuova attribuzione della Corte suprema di giustizia integra i requisiti identificati da Hans Kelsen come caratterizzanti delle corti costituzionali;<sup>31</sup> questi stessi requisiti, del resto, connotano, anche oggi, il modello europeo di giustizia costituzionale, o meglio sono generalmente parte dell'arsenale di attribuzioni su cui possono contare le corti costituzionali sul continente europeo. A ben vedere, infatti, il modello europeo è in larga misura un ibrido, in cui il controllo astratto di matrice kelseniana è una delle vie d'accesso alla giurisdizione costituzionale, ma in cui sono state introdotte anche forme di controllo concreto, specie attraverso meccanismi di ricorso diretto individuale o di

<sup>30</sup> «Pour la première fois, la possibilité s'est ouverte pour les perdants du débat parlementaire d'obtenir tout de même l'annulation juridictionnelle d'une loi pour un défaut juridique quelconque»: Silva Meza, Juan, *La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique*, op. cit., p. 321.

<sup>31</sup> Il testo di riferimento al riguardo è, ovviamente, Kelsen, Hans, "La Garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 197-257.



instaurazione di un sindacato di tipo incidentale promosso da giudici nel corso di un giudizio.

In questo contesto, il sistema messicano, per quanto sia un esempio di ibridazione, non presenta le stesse caratteristiche della maggior parte dei sistemi europei di giustizia costituzionale: in Messico, la coesistenza di procedimenti diversi per il controllo di costituzionalità non è il risultato di una scelta di un determinato modello (vale a dire quello proposto da Kelsen) con alcune deroghe (segnatamente, il controllo concreto); piuttosto, il carattere ibrido discende dalla confluenza di diverse ispirazioni. Alla luce di questo, quello messicano può dirsi davvero un sistema misto, probabilmente in termini più pregnanti rispetto a quelli che solitamente vengono definiti tali dalla scienza comparatistica.

#### V. L'IBRIDAZIONE COME RISULTATO DI UN SINCRETISMO: LA VIA MESSICANA AL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ

Nella pronuncia del 2015 che si è in precedenza ricordata, la Corte suprema ha distinto tra sistemi accentrati e sistemi diffusi di giustizia costituzionale, definendo il ricorso di *amparo* come espressione di sistemi del primo tipo.<sup>32</sup> Un osservatore europeo resta piuttosto sorpreso da una tale qualificazione: in Europa, infatti, il concetto di sistema accentrato è generalmente associato all'esistenza di una corte specializzata che abbia il monopolio del controllo di costituzionalità. Per questa ragione, un punto di vista esterno condurrebbe a privilegiare una collocazione del *juicio de amparo* in posizione intermedia tra il controllo diffuso, nelle forme delineate dalla Corte suprema di giustizia nel 2011, ed il controllo propriamente accentrato, riconducibile alle azioni di incostituzionalità ed alle controversie costituzionali.

Ne discende che il sistema messicano di giustizia costituzionale può essere definito come il risultato della somma di tre diversi tipi di controllo di costituzionalità, tutti derivanti da modelli differenti: il modello «autoctono», il modello nordamericano ed il modello europeo.

In questa coesistenza di diverse, autonome forme di controllo risiede la vera peculiarità del sistema messicano, una peculiarità che distingue chiara-

<sup>32</sup> Per l'analisi della sentenza, v. anche Herrera García, Alfonso, «Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2015», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2016, pp. 493-523.

mente il Messico da altri sistemi tradizionalmente annoverati tra quelli misti, come quello portoghese o quello greco: in entrambi, infatti, la diffusione del controllo di costituzionalità delle leggi, che consente ai giudici comuni di disapplicare disposizioni incompatibili con la Costituzione, è temperata dal monopolio riconosciuto al Tribunale costituzionale (in Portogallo) o ad una speciale corte suprema (in Grecia) di rendere dichiarazioni di incostituzionalità aventi effetti generali.

Una comparazione più efficace può semmai essere condotta con il sistema brasiliano, nel quale il sindacato diffuso coesiste con una procedura autonoma di matrice accentrata, senza che tra le due procedure esistano punti di intersezione. Inoltre, in Brasile, come in Messico, la giustizia costituzionale è basata essenzialmente sull'attività della Corte suprema. Il Messico, in ogni caso, mantiene una sua peculiarità, non solo in virtù della tripartizione delle ispirazioni, ma anche in conseguenza delle sue radici storiche: la protezione dei diritti costituzionali non deriva da un controllo di costituzionalità diffuso, dal momento che il sistema è stato edificato sull'assunto esplicitato che si dovesse limitare la «diffusione» del sistema.

In definitiva, l'ordinamento messicano sta quindi sperimentando una ricerca di equilibrio tra diverse forme di controllo di costituzionalità. Un equilibrio che ben può dirsi unico nel panorama comparatistico, in quanto l'esistenza di una forma intermedia come quella del *juicio de amparo* rende ancor più impellente una chiara definizione della portata di ciascuna tipologia di controllo e dei rispettivi limiti. Confrontando quello messicano con altri sistemi, può dirsi che la sua complessità non deriva tanto dal numero di attribuzioni che consentono ai giudici (e/o alla suprema corte) di controllare la costituzionalità di norme e provvedimenti: a questo proposito, il sistema messicano appare tutto sommato piuttosto semplice e lineare. La complessità deriva, piuttosto, dalla divergenza delle forme che consentono di radicare questioni di costituzionalità o, in altri termini, dalle fonti di ispirazione che sono state implementate nel corso del tempo. Sebbene tale coesistenza possa creare conflitti e problemi per il funzionamento del sistema, pare di poter dire, comunque, che in una prospettiva di medio-lungo termine, la ricchezza di strumenti che sono a disposizione del potere giudiziario messicano rappresenta un patrimonio da preservare e da fare ulteriormente sviluppare per rafforzare la protezione della Costituzione e, con essa, dei diritti individuali.





## Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil

João Paulino de OLIVEIRA NETO\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Estado democrático de derecho y la Constitución de 1988 como Constitución dirigente. III. Derechos fundamentales y los derechos fundamentales sociales en la Constitución de 1988. IV. Control de constitucionalidad, revisión constitucional y garantía de la Constitución: consideraciones a la Enmienda Constitucional 95/16. V. Consideraciones finales. VI. Referencias.*

### I. INTRODUCCIÓN

El escenario económico internacional es caótico desde 2008, el cual gran parte de los economistas consideran es una de las peores crisis de la historia del capitalismo occidental, superando incluso el propio crack de 1929. Brasil, así como muchos otros países, sufren internamente con la crisis producida allá afuera; sin embargo, tiene como agravante el caos político e institucional, lo que hace posible la profundización de la crisis económica sin lograr un proyecto de salvación de la economía.

En cuanto al mercado interno, tenemos los precios de las *commodities*, los productos que garantizaban una cierta estabilidad económica, habiendo, al mismo tiempo, los escándalos de corrupción que también acaban

---

\* Universidade Candido Mendes, Brasil. Abogado. Estudiante del posgrado *lato sensu* en derecho electoral; [joao.paulino28@gmail.com](mailto:joao.paulino28@gmail.com).

influyendo en la economía y en su desaceleración (casi estancamiento). Por consiguiente, hay elevadas tasas de desempleo, al lado de un crecimiento anual que no alcanza el 3%. Y como cereza de la torta, tenemos la más alta tasa de interés del mundo y galopantes intereses de la deuda pública que abocan gran parte de nuestro PIB anualmente. Nunca tan válida fue la afirmación de que Brasil no es para principiantes.

Este escenario catastrófico es el telón de fondo para las luchas políticas e institucionales en nuestra República, mientras no logremos encontrar salidas que permitan el estancamiento de la sangría de la crisis económica y consiga salvar los empleos de los trabajadores. En verdad, una de las alternativas que surgió en ese escenario, para ser la “salvadora de la patria”, es la medida propuesta por el gobierno encabezado por el actual presidente Michel Temer (que llega al poder, de manera al menos dudosa, tras un proceso de *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff), que fue una propuesta de enmienda a la Constitución que planteaba el establecimiento de límites a los gastos primarios no financieros de la unión por los próximos 20 ejercicios financieros, y recomendaba lo mismo para las aplicaciones referentes a la salud y educación, la cual fue aprobada y pasó a ser EC (enmienda constitucional) 95/2016.<sup>1</sup>

A pesar de instigador, este trabajo no tiene como objetivo la discusión de los aspectos económicos referentes a la EC y sus consecuencias efectivas en el plano macroeconómico como tal medida se propone. La discusión se limitará a los aspectos constitucionales referentes al artículo 110 e incisos insertados por la EC 95 en el ADCT, o sea, buscará analizar la armonización entre el dispositivo, obra del Constituyente ordinario que versa sobre los derechos sociales a la salud y a la educación, y el núcleo esencial de nuestra Constitución federal.

En esa empresa, se discurre específicamente cómo se formula el Estado democrático de derecho imaginado por nuestra Constitución, y aclara cómo sigue siendo válida la tesis del dirigismo constitucional para la realidad del capitalismo periférico, como es el caso brasileño. Además, se trata, en breves líneas, acerca de la fundamentabilidad de los derechos sociales y su protección por el artículo 60, §4o., IV de la Constitución federal. Por último, se hará el análisis del dispositivo arriba mencionado y se buscará demostrar si hay adecuación (o no) al núcleo normativo esencial de la Constitución,

---

<sup>1</sup> Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm).

de manera que se discuta cómo la revisión constitucional se limita por la garantía de la Constitución.

Para alcanzar los objetivos de este ensayo, se buscó, junto a la doctrina jurídica nacional e internacional, en libros y en artículos disponibles en medios digitales o físicos, así como en textos que se proponen hacer una interpretación de Brasil y de su historia, las condiciones para la formulación del marco teórico que sustenta la investigación y la construcción de los resultados que serán presentados, valiéndose, por tanto, del método bibliográfico. Cabe destacar que es fundamental para el pleno desarrollo de la investigación el respaldo teórico acerca de cómo se construyó el Estado brasileño, para tener claridad sobre qué construcciones teóricas jurídicas podemos afrontar para atender a las necesidades que son intrínsecas a nuestra compleja y singular realidad socio-histórico-político.

## II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1988 COMO CONSTITUCIÓN DIRIGENTE

Es necesario, incluso para comprenderlas mejor, que se discuta, aunque brevemente, sobre el contexto socio-histórico-político en que se desarrollan, o como prefiere Streck, la tradición en la que se asientan y desarrollan ambos (derechos fundamentales y control de constitucionalidad), es decir, trazar líneas sobre el Estado democrático de derecho, su sentido e incluso sobre la propia historia.<sup>2</sup>

Se vuelve imprescindible para la debida comprensión de la construcción del Estado democrático atender a la evolución de lo que sea el propio Estado. Éste, después, especialmente de la Revolución francesa, gana las características de lo que podemos llamar el Estado liberal de derecho y que pasa a imponer a los poderes estatales, límites para su acción, esencialmente extraño a las intervenciones, de manera que se garantice el libre desarrollo del individuo.

Por otro lado, en cierto momento de la historia, cuando la clase otrora dominada asciende a la dominante (se dice, la burguesía que formaba el tercer Estado en Francia), las circunstancias y las necesidades de la nueva clase dominada empiezan a imponerse y a exigir los cambios significativos

---

<sup>2</sup> Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

en el Estado, demandando que pase a garantizar, a actuar efectivamente para alterar las condiciones materiales y posibilitar la igualdad de oportunidades, configurando lo que se puede llamar “Estado social de derecho”, que culmina, por ejemplo, en las Constituciones mexicana de 1917 y de la República de Weimar de 1919, que traen importante contenido social.<sup>3</sup>

En la estera de los acontecimientos producidos por regimenes totalitarios, como el nazismo, que, con sus leyes antisemitas, con campos de concentración y, principalmente, con la “solución final”, posibilitaron la institución del terror, del genocidio y de las más abominables prácticas como política de Estado, surge en Europa un nuevo movimiento que termina por culminar en la construcción de Constituciones que poseen fuerza normativa y traen incorporados en sus textos, como disposición intangible, el respeto por la dignidad humana y la instauración de un Estado democrático de derecho, por ejemplo la Constitución de la Quinta República Francesa, la *Costituzione della Repubblica Italiana* y la *Grundgesetz* (Ley Fundamental Alemana).

Por su parte, es indispensable discutir cómo el mismo proceso que en Europa lleva a un nuevo movimiento constitucionalista atraca en tierras brasileñas. En primer lugar, es de destacar que Brasil (así como América Latina) pasó por un deletéreo proceso de colonización exploratoria, lo que impuso dificultades en lo que se refiere a la acumulación, circulación y distribución del capital, habiendo sumado a ello la formación del Estado brasileño, sostenido en acuerdos y dominaciones de las clases dominantes formándose u patrimonialismo-estamental<sup>4</sup> que muestra su cara hasta hoy. Por otro lado, el país no posee una historia que bien conviva con la democracia, demostrando, en su historia reciente, su cariz autoritario a lo largo de 21 años de régimen militar a partir de 1964. Como resultado de esos diversos hechos, la consecuencia inevitable es el no cumplimiento de las promesas de la modernidad, legando al pueblo brasileño el estancamiento, retroceso y la abisal desigualdad social.<sup>5</sup>

En este complejo contexto socio-histórico-político-económico, cargando aún la responsabilidad de dar fin al régimen dictatorial, se promulga la

---

<sup>3</sup> Bonavides, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, 11a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

<sup>4</sup> Faoro, Raymundo, *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*, 5a. ed., São Paulo, Globo, 2012.

<sup>5</sup> Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988. Nuestra carta política sigue lo que se había propuesto en las Constituciones europeas, portuguesa y española: el establecimiento de un Estado democrático de derecho con un amplio catálogo de derechos fundamentales.

De este nuevo escenario, en el que tenemos una Constitución con fuerza normativa, el pluralismo político, la garantía de los derechos fundamentales y un programa político de desarrollo social como núcleo del programa constitucional, con Streck y Bolzan, podemos aducir que “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.<sup>6</sup>

De esta manera, se trata de validar el ideal del Estado social posibilitando una igualdad material, con el fin de colmar las lagunas de la desigualdad, sin a su vez dejar de lado las garantías individuales de cara a un régimen democrático. En este sentido, significa que: “O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”.<sup>7</sup>

De este modo, la idea democrática surgida de la segunda posguerra y post-dictadura tiene un cariz sustancial, que coloca como horizonte la utopía de la transformación de la realidad en la que se inserta el texto constitucional. Es, pues, garantizar sustancialmente las libertades y no meramente en un aspecto formalmente considerado. En esta empresa, junto a Streck y Bolzan, podemos afirmar, como principio del Estado democrático de derecho, la vinculación a una Constitución, organización democrática de la sociedad, sistema de derechos fundamentales individuales y colectivos, justicia social, igualdad, separación de las funciones del Estado, legalidad, seguridad y seguridad jurídica.<sup>8</sup>

Como se percibe, no se trata sólo de alteraciones “ornamentales”, sino de cambiar el propio paradigma a partir del cual se piensa sobre Estado y derecho, y también la política, que como se desprende del propio texto constitucional,<sup>9</sup> existe en su núcleo un programa político que nos coloca en

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>7</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 204.

<sup>8</sup> Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

<sup>9</sup> Véase los artículos 1o. y 3o. de la Constitución de 1988: “Art. 1o. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”; “Art. 3o. Constituem



el camino hacia una sociedad bien diferente de la que tenemos, pues como afirman Streck y Bolzan, “...a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é por isso que o texto —dirigente e compromissório— aponta para esse desiderato”.<sup>10</sup>

En este aspecto, es importante resaltar (y aclarar) la afirmación de que la carta de octubre es un texto comprometedor y dirigente, dando relieve una vez más a la dimensión política que nuestro texto fundamental posee, de manera que eso implica directamente no sólo exigencias al legislador, sino a la propia sociedad.

La tesis del dirigismo constitucional tiene su primera elaboración, se puede decir, con el alemán Peter Lerche, pero en territorio brasileño se había extendido a partir del trabajo del constitucionalista portugués José Joaquim Gomes Canotilho. La tesis del eminente pensador lusitano, que en cierta medida es la ampliación del proyecto esbozado por Lerche, trata de concebir a la Constitución en su conjunto como dirigente, y vinculando, por lo tanto, en gran medida, al legislador, y estableciendo acciones positivas por parte del Estado.

No obstante, con el crecimiento del neoliberalismo y el crecimiento de movimientos desreguladores, diversos autores demarcan posicionamientos de crítica al dirigismo constitucional; incluso, el propio Canotilho, que hace una revisión de su tesis, ya vista, entiende que hay demasiada intervención y sustitución de la política por el derecho. En ese mismo contexto, sobresale no sólo la crítica (y crisis) de la Constitución dirigente, sino también la crisis de la propia Constitución y del Estado, implicando, por lo tanto, que es necesario comprender la Constitución y el Estado no aisladamente, sino relacionados entre sí y con la propia sociedad.<sup>11</sup>

En este sentido, para superar estas crisis es necesario una comprensión que vislumbre la relación necesaria entre Estado y Constitución junto con la propia sociedad, principalmente por el hecho de que es imprescindible que la Constitución esté orientada hacia la realidad en la que está inserta.

---

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; I - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>10</sup> Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *op. cit.*, p. 105.

<sup>11</sup> Bercovici, Gilberto, “La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution”, *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romania, v. 20, 2011, pp. 1-33, disponible en: [http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la\\_constitution.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf) (consultado el 06 de diciembre de 2016).

Exactamente por eso, la ley fundamental brasileña de 1988 demuestra su carácter dirigente y vinculante, cuando nos encontramos con la realidad nacional, en que los compromisos del desarrollo producidos por la modernidad no se cumplieron debido a factores propios de nuestra realidad. De este modo, es fundamental no una teoría general de la Constitución y del Estado, sino una teoría de la Constitución y del Estado compatibles con sus realidades. Como señalan Streck y Bolzan: “A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo não há ‘um constitucionalismo’, e, sim, vários constitucionalismos”.<sup>12</sup>

En ese mismo aspecto, el debate acerca del dirigismo constitucional y de su normatividad gana refuerzo cuando retomamos el pensamiento del eminente jurista alemán Konrad Hesse, al elaborar una importante crítica sobre la dicotomía establecida por Ferdinand Lassale, quien afirmaba la existencia de dos Constituciones, una real y otra jurídica, que resultaría de las relaciones fácticas establecidas en la sociedad, y ésta sería mera hoja de papel. En el sentido de superar tal dicotomía, Hesse diserta sobre la normatividad del texto constitucional, proponiendo una nueva relación entre la “Constitución real” y la “Constitución jurídica”, aspecto que da enorme contribución a la discusión sobre el dirigismo constitucional.

Para la empresa de ir más allá de la dicotomía propuesta por Lassale, Hesse propone que la Constitución real y la jurídica no estén escindidas, sino al contrario, establecen una relación necesaria entre sí, por lo que analizar aisladamente aquélla implicaría estar a merced de las relaciones sociales sin criterio normativo alguno, vaciando las posibilidades del texto constitucional; por otro lado, tener en cuenta sólo la jurídica es retirar de la ley fundamental sus posibilidades ante la realidad. Es pertinente, por lo tanto, traer a colación las palabras del propio Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Morais, Jose Luiz, *op. cit.*, p. 109.

<sup>13</sup> Hesse, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 14 y 15.

Es de fundamental importancia el magisterio del noble jurista germánico, cuando lo pensamos junto con la propuesta de la Constitución dirigente. Al encontrarnos con la realidad en la que estamos insertos, en que las desigualdades son prominentes y con una historia que se repite al pasar de los años, y, por otro lado, analizamos nuestro texto magno de 1988, se hace evidente, que “Elle se a la que se refiere a la lealtad, a la lealtad, a la laquelle elle appartient, sa dimension historique et sa pretention de circum”. En vista de lo ya expuesto, es fundamental la afirmación de la fuerza normativa del texto constitucional brasileño y su carácter dirigente, “pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população”.<sup>14</sup>

En este punto, hay que aclarar que la tesis de la Constitución dirigente no se presta a la idea equivocada de sustitución de la política por el derecho, de sustituir al legislador por el magistrado. La propuesta en verdad trata de dar direccionamientos a la política para la consagración de una sociedad justa y solidaria, como aspiraciones ratificadas en el pacto firmado en el momento constituyente y más allá de este momento mismo. En estos términos, se trata de afirmar que “La Constituttion Dirigeante cherche rationaliser la politique, incorporant une dimension matérielle qui la légitime, au moment où elle établit un fondement constitutionnel à la politique”.

En una última palabra sobre esta materia, es sobre todo conveniente la lección del eminente constitucionalista brasileño Lênio Streck, quien sentencia que

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofo em que convergem a dimensão democrática (formação da

---

<sup>14</sup> Bercovici, Gilberto, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, pp. 35-51, abril de 1999, pp. 36, disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474> (consultado el 7 de diciembre de 2016).

En lo que dice respecto a las normas programáticas, es posible decir, resumidamente, que ellas son “...disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”. Barroso, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 114. Estas normas son “um programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalecente em relação às normas legais ordinárias”. Crisafulli, 1952, p. 104, citado en Barroso, Luís Roberto, *O controle...*, cit., p.115.

unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de ‘essência’ do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente.<sup>15</sup>

De esta manera, quedan inofensivas las críticas que afirman que la idea de dirigismo constitucional pretende ocupar el lugar de la política. En verdad, se trata justamente de lo contrario, pues no hay posibilidad de efectividad del programa constitucional sin la política, importando que haya una convergencia y todas las funciones estén interconectadas. En estos términos, quiere afirmarse una cierta pretensión que “La politique se manifeste non seulement dans l’instauration de la Constitution (le pouvoir constituant originare) mais également dans les moments suivants d’effectuation de l’ordre constitutionnel par une politique constitutionnelle”, quedando claro, por lo tanto, que política, Constitución y sociedad se interconectan fundamentalmente.

En el caso de Brasil, se puede pasar a la discusión acerca de los derechos fundamentales, especialmente los sociales, ya que son la expresión de lo que es el Estado democrático de derecho, y la importancia del dirigismo constitucional para países del capitalismo periférico, en el caso de Brasil, materia prima para el desarrollo de este ensayo.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

En ese contexto, en que se tiene un cambio paradigmático de saludable relevancia en lo que se refiere a la comprensión acerca del Estado, el derecho y la política, después del periodo de la segunda posguerra, encontramos en la discusión sobre derechos fundamentales el *locus* para rediscutir incluso la propia democracia, tan cara a ese nuevo modelo que se propone todavía transformar la realidad en la que está inserto, como ya se ha dicho, con especial importancia para países de la periferia del capitalismo que aún no alcanzan niveles razonables de condiciones mínimas de supervivencia con dignidad, debido a largos y penosos procesos que la propia historia demuestra.

<sup>15</sup> Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

No se diferencia de ese cuadro Brasil, que se ha construido en bases autoritarias y de permanente estrechamiento del espacio público de discusiones, habiendo, a veces (por no decir siempre), la confusión entre lo público y lo privado, en que ni siquiera la idea misma de República logró obtener éxito en su intento. De esta forma, la idea de Constitución pasa a tener un vínculo necesario con la idea de derechos fundamentales, importando, a su vez, un significativo vínculo con la propia democracia.

De este modo, se vuelve intangible tratar de los derechos fundamentales, ya que son la materia prima normativa que asegura el sustento para el desarrollo de la idea en la que se funda no sólo este ensayo, sino toda una tradición que se propone construir y dar efectividad al que consagra el texto fundamental de nuestra República. En este sentido, traer a colación la magistral lección de Lenio Streck es de gran relieve:

A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um ‘desde-já-sempre’, condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no-mundo.<sup>16</sup>

Siendo así, significa decir que la relación entre derechos fundamentales y democracia condiciona el propio actuar del Estado (y también de los particulares) limitándolo y presentando las premisas de donde se debe partir; por lo tanto, dirige los pasos hacia el futuro, pero sin olvidar el pasado como forma de no permitir que de nuevo se convierta en el presente.

Dicho esto, es saludable que tengamos presente la idea de que los derechos fundamentales crean y mantienen las condiciones básicas, elementales para una vida en libertad, y que tengan respeto a las propias condiciones de dignidad humana, siendo a su vez, en sentido más estricto, aquellos derechos que el propio ordenamiento jurídico vigente incorpora y califica como tales, es decir, fundamentales.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>17</sup> Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 30a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

En este sentido, es interesante notar que es posible percibir un aspecto que toma en consideración los derechos fundamentales en una dimensión formal, o sea, si se consideran fundamentales aquellos derechos que así se designan por la propia Constitución y aquellos derechos que reciben de la Constitución un grado elevado de garantía o seguridad en lo que se refiere a su inmutabilidad o dificultad de modificación.<sup>18</sup>

Por su parte, es notable (y necesaria) la existencia de una visión material acerca de los derechos fundamentales, dando por lo tanto contenido a tales derechos. En este sentido, es importante el magisterio del ilustre constitucionalista brasileño Paulo Bonavides, que trae la lección del pensamiento germánico schmittiano aduciendo que “...ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”.<sup>19</sup>

En este sentido, es evidente que tales derechos (así como ya se ha hablado anteriormente acerca de la propia Constitución) no pueden ser vistos de manera desvinculada de su realidad, así como no pueden ser considerados desde el punto de vista meramente jurídico; es decir, desde el punto de vista exclusivamente normativo, por su estatus constitucional. Es de relevante importancia comprender los derechos fundamentales en la perspectiva que los concibe a partir de su contenido histórico y demarcador de un proceso civilizatorio, es decir, que los analice dentro de la propia historia y de su devenir, garantizándolos más allá del propio orden jurídico, pero también como instrumento de transformación de determinada realidad, importando de esa forma su contenido histórico y civilizatorio. Esto puede ser ratificado a partir de las pertinentes palabras de Georges Abboud:

Outrossim, conceber os direitos fundamentais como conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados permite que se evite o ressurgimento de situações históricas que se caracterizam pela restrição ou suspensão dos direitos fundamentais. Quando os direitos fundamentais são colocados como produto histórico oriundo de processo civilizar, qualquer situação de restrição ou eliminação desses direitos poderá ser considerada ilegítima em virtude de evidente retrocesso social.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 575.

<sup>20</sup> Abboud, Georges, “O processo civilizador e os direitos fundamentais”, *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, diciembre de 2015, pp. 140-155.

Dicho esto, delineamos la importancia de los derechos fundamentales en el contexto histórico contemporáneo en que nos encontramos; además de lo formalmente presente en los textos, se trata de elementos sustantivos de las Constituciones y, principalmente, en relación con las acciones del Estado, de manera que pasamos a observar los derechos fundamentales sociales en la Constitución brasileña como característica inherente a la identidad de una Constitución dirigente en la periferia del capitalismo.

### *Derechos fundamentales sociales en la Constitución de 1988*

Como ya se ha señalado anteriormente, los momentos históricos influyen directamente en la construcción de las Constituciones y los valores que en ellas serán consagrados como fundamentales. A partir de esto y teniendo en cuenta las muchas áreas que nuestro texto magno tiene como objetivo dar cabida, tener un interminable catálogo de derechos fundamentales, sigue siendo claramente la opción del Constituyente por un procedimiento de prueba, siguiendo las pistas similares del legislador portugués originalmente, por ejemplo. Es completamente comprensible esta opción, puesto que nuestra Constitución se construye poco después de un largo periodo dictatorial. En las palabras de Ingo Sarlet, "...o procedimiento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos".<sup>21</sup>

En ese aspecto, es decir, no se trata de una salvaguardia sólo en relación a los "derechos de defensa" (es decir, los de primera dimensión), sino también a los derechos sociales. Se puede afirmar que se trata de una doble salvaguardia: por un lado, se busca no permitir que suprima lo que ya se ha conquistado (aspecto que será mejor discutido posteriormente) y, también, por otro lado, se tiende a una exigencia de permanente búsqueda para garantizar una plena efectividad de tales derechos.

Es de elogiar a nuestro Constituyente por la sensibilidad de percibir nuestras condiciones socio-históricas-económicas que relegan a la mayor

---

<sup>21</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 66.



parte del pueblo brasileño a condiciones subhumanas y alzar al plano de norma constitucional fundamental, derechos que posibiliten una igualdad más allá de la mera formalidad. Esto se evidencia al percibir que nuestra Constitución, en diversas partes de su texto, demuestra su preocupación por la dimensión social, al establecer expresamente dispositivos dirigidos para ello, como el artículo 6o., el título VIII, en el propio artículo 170 y en innumerables otros. Siendo así, pasamos a una discusión acerca de los derechos fundamentales sociales.

Estos derechos de segunda dimensión, también entendidos como derechos a la prestación, nacieron históricamente, principalmente, a partir del momento en que el modelo liberal del Estado de derecho empezó a colapsar debido al descompacto producido por la mera dimensión formal de la idea de igualdad. Para responder a estos anhelos, se pasó a garantizar derechos que exigen al Estado una prestación, permitiendo así la idea de una igualdad material. De ese modo, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.<sup>22</sup>

Ante la acumulación entre las dimensiones, tales derechos permanecen, así, presentes en el núcleo esencial de las modernas Constituciones, a pesar de que sea posible afirmar el hecho de que poseen un carácter emancipatorio cuando se colocan frente a las realidades como la brasileña y teniendo sus contenidos ampliados por la propia idea de democracia. En esa misma línea, es de gran relieve, por lo tanto, el magisterio del profesor Paulo Bonavides, al afirmar que

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.<sup>23</sup>

Aquí ya se esboza una respuesta a las críticas que aducen el carácter no fundamental de los derechos sociales, partiendo de una interpretación reduccionista del espectro de protección dada por el Constituyente a esos derechos, sostenida por un ideario liberal de que no hay que concebir ta-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>23</sup> Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

les derechos como fundamentales, en vista de que no se trata de derechos de defensa, es decir, que garanticen la libertad; en verdad, presuponen la igualdad en su dimensión meramente formal.

Tal crítica, en nuestro modo de ver, está vacía por no tener en cuenta que al lado de derechos a prestaciones en sentido estricto, existen el “hacer” estatal, encontramos, por lo tanto, derechos sociales, que exigen justamente lo contrario, buscando garantizar las libertades sociales; como ejemplo podemos citar la libertad de asociación sindical, derecho de huelga, entre otros, que se encuentran en el espectro de derechos sociales, pero poseen la típica tipología de derechos de defensa.

En cuanto a los argumentos que pretenden “desclasificar” los derechos sociales como derechos fundamentales, es saludable decir que el propio texto magno no esboza ninguna distinción entre derechos fundamentales de índole individual y los de índole social. Para ello basta ver que el propio texto constitucional prevé elementos que apuntan a la efectividad de tales derechos, como la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y el mandamiento de orden. Se desprende lo mismo al analizar el artículo 1o. del artículo 5o. de nuestra Constitución, que afirma la aplicabilidad inmediata de las normas de derechos fundamentales; así, hay clara armonía con la concepción de fundamentabilidad de los derechos sociales y nuestro ordenamiento constitucional, a partir de la apertura material producida por el § 2o. del artículo 5o.<sup>24</sup>

Por su parte, es fundamental que podamos desarrollar la idea de que tales derechos son, desde el punto de vista de las condiciones materiales, fácticas, presupuestos para el propio ejercicio de la libertad. Como nos dice Paulo Bonavides,

Mas em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

<sup>25</sup> Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit. p. 582.

Es todavía saludable decir que no hay como buscar la retirada del carácter fundamental de los derechos sociales, pues sería retirar el alma de la concepción de Estado consagrado por nuestra Constitución. El principio del Estado social y los derechos fundamentales sociales son características elementales de la propia naturaleza del texto magno, es decir, corresponden a dimensiones que forman la propia identidad constitucional.

En verdad, al garantizar la fundamentabilidad (y por corolario, la normatividad) de los derechos sociales, dando lugar a un plan de su efectividad, se trata de garantizar la propia condición de ejercicio de la ciudadanía y garantizar el propio Estado de derecho (que como bien subraya Paulo Bonavides, en países periféricos sólo han estado al servicio del Estado social); es superar el modelo social vigente de subintegración y sobreintegración<sup>26</sup> en el que sólo una parte de la población goza de los beneficios del Estado constitucional. De esa forma, "...en la medida en que se reduce la eficacia jurídico-normativa de las declaraciones constitucionales de derechos, se fortifica su función simbólica".<sup>27</sup> Función simbólica que cumple el objetivo de mantener un *statu quo* que imposibilita el carácter transformador inmanente de un Estado democrático.

De lo que se esbozó se llega a la inevitable conclusión de que no sólo los derechos fundamentales de defensa, sino también los de naturaleza prestacional, o sea, los sociales, se traducen en verdaderos parámetros de evaluación de la constitucionalidad de las normas, tanto infraconstitucionales como normas que visen la enmienda a la Constitución, siendo esta dimensión de mucha utilidad para la discusión del presente ensayo.

Se pasa ahora el análisis del control de constitucionalidad de las normas en el ordenamiento patrio, a partir de los derechos fundamentales, y cómo se armoniza (o no) con éstos la enmienda a la Constitución número 95, que durante su trámite se conoció como PEC del Techo de los Gastos Públicos que establecen un nuevo régimen fiscal. Son objeto en la delimitación de este análisis las disposiciones concernientes a los servicios de salud y educación, habida cuenta de ser eminentes derechos sociales en los términos ya esbozados a lo largo de este trabajo.

---

<sup>26</sup> Para una mejor comprensión sobre el tema, *cfr.* Neves, Marcelo, "Entre subintegración e sobreintegración: a cidadania inexistente", *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, 1994, pp. 253-277.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 267.

#### IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN: CONSIDERACIONES A LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 95/16

Cuando hablamos de control de constitucionalidad importa ante todo resaltar que la Constitución se encuentra en la cumbre de la estructura normativa constituida y que es parámetro de validez para las demás leyes. En la contemporaneidad, el Estado es Estado constitucional, alzando como principio rector el principio de la supremacía de la Constitución, estando las demás leyes a disposición para apreciar su armonía con el texto constitucional. Lección esta que podemos encontrar ya en los artículos de *El federalista*, los cuales ya decían que “...ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”,<sup>28</sup> dado que “Negar esto equivaldría a afirmar que ...los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran em virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”.<sup>29</sup>

También adviene del pensamiento jurídico norteamericano el desarrollo de la tesis de la revisión judicial, a partir del paradigmático caso de *Marbury v. Madison* (que desafortunadamente no se podrá analizar aquí) que legó para todo el pensamiento constitucional occidental una de sus principales innovaciones, originando también una de las modalidades de control de constitucionalidad, sea cual sea el control difuso,<sup>30</sup> que encuentra junto con el control concentrado<sup>31</sup> espacio en el modelo brasileño, siendo reservado al Supremo Tribunal Federal (STF) la competencia para ejercer el concentrado.

La inconstitucionalidad del acto normativo puede ser formal, es decir, por vicios que se refieran a la “dinámica” (de ahí ser llamada también in-

---

<sup>28</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 332. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” (tradução propia).

<sup>29</sup> *Idem.* “Negar isto equivaleria a afirmar que ...os representantes do povo são superiores ao povo mesmo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, senão inclusive o que proibem”.

<sup>30</sup> “Diz-se que é controle *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”. Barroso, Luís Roberto, *O controle...*, *cit.*, p. 69.

<sup>31</sup> “No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade, é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal” (*ibidem*, p. 70).

constitucionalidad nomodinámica), al procedimiento a seguir en el proceso de elaboración del acto normativo.<sup>32</sup> Puede ser por vicio material (o inconstitucionalidad nomoestática) correspondiendo a una contradicción entre el contenido del acto normativo y el contenido de la propia Constitución.

Los límites materiales se afirman, principalmente, para garantizar la identidad constitucional y el propio proyecto que en ella encuentra refugio. De ahí la importancia que tienen los derechos fundamentales justamente para averiguar la compatibilidad del acto normativo y la Constitución, a partir de los límites explícitos y de los implícitos, éstos que “...decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito”.<sup>33</sup>

Por su parte, si hay imposibilidad de que la ley infraconstitucional esté en desacuerdo con la Constitución, evidentemente lo mismo ocurre con propuestas de enmienda a la Constitución, que incluso encuentran límites materiales expresados en el propio texto constitucional en el artículo 60, §4o. y sus incisos.<sup>34</sup> En ese sentido, es sobre todo relevante traer al respecto la lección del maestro gaúcho Ingo Sarlet, quien discurriendo sobre la materia nos trae la importante afirmación de que

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.<sup>35</sup>

La preocupación del Constituyente de establecer las llamadas “cláusulas pétreas” no es injustificada. Mirando el futuro, con los ojos en la propia historia, es evidente que el legislador originario se preocupó de que el nue-

<sup>32</sup> Por ejemplo, la Ley suplemento que sea aprobada por mayoría simple, en la inconstitucionalidad existente, por no cumplir el mandato del artículo 69 de la Constitución Federal.

<sup>33</sup> Streck, *Jurisdição Constitucional...*, cit., pp. 819 y 820.

<sup>34</sup> “Art. 60... § 4o. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. Constitución Federal de 1988.

<sup>35</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, pp. 430 y 431.

vo pacto social, firmado después del largo periodo dictatorial, y principalmente el propio esqueleto que sostiene el cuerpo estatal, pudiera sufrir con intentos de alteración su aniquilación y junto con ellos las posibilidades de una sociedad democrática. Por lo tanto, no sorprendente la presencia de los derechos y garantías individuales en este rol. Sin embargo, hay cuestionamientos de sí a pesar de no estar expresamente presentes en ese dispositivo, los derechos sociales se encuentran albergados en el mismo, temática que pasamos a discutir.

La necesidad de afirmar y garantizar que los derechos sociales están protegidos por el numeral IV del §4o. del artículo 60 de la Constitución, frente a los críticos que aseveran lo contrario, nos apunta ante todo a una crisis paradigmática y a la no recepción, por gran parte de los juristas, de los cambios traídos por el constitucionalismo de la segunda posguerra. Tal necesidad es reflejo de lo que Luís Alberto Warat llamó el sentido común teórico de los juristas, siendo esto el lugar común de donde los juristas parten; se puede decir que es la fuente ideológica de sus interpretaciones. Al fin y al cabo cumple la función de asegurar el mantenimiento de las relaciones de poder que se establecen.<sup>36</sup>

Por lo tanto, a partir del paradigma liberal-individualista que está en el corazón de tal sentido común teórico, queda imposibilitada la protección a los derechos sociales a la supresión a través de una enmienda constitucional, en vista de que su interpretación (y modo de pensar) reduccionista no se abre a la interpretación de nuestra realidad junto con la Constitución, posibilitando así un “ir más allá” que haga visible y dé efectividad a la garantía de los derechos fundamentales sociales, tal como los derechos y garantías individuales. Después de todo, “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”.<sup>37</sup>

De ese punto nacen las inconsistencias del discurso de los defensores de la interpretación restrictiva del dispositivo constitucional. A pesar de que algunos derechos sociales implican un actuar del Estado, ellos encuentran como objetivo la garantía de la libertad y tienen como titular al propio individuo, o sea, se trata de construir las condiciones fácticas de ejercicio que son necesarias para que el individuo pueda desarrollarse en la propia comunidad en la que está inserto; retirar la posibilidad de esa construcción,

<sup>36</sup> Cfr. Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

<sup>37</sup> Véase Alexy, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 439, nota 27.

en la periferia del capitalismo, es, a su vez, retirar de las propias condiciones de dignidad del hombre.

Al señalar expresamente la opción por un Estado democrático de derecho, el texto constitucional trae juntamente toda la tradición que fundamenta esa construcción, importando vincular y dar fuerza normativa a tales contenidos basilares, entre ellos está la de que vinculado al Estado democrático, el principio de la dignidad de la persona humana exige del Estado su protección y respeto. Es en esta esfera que el propio constituyente elabora el artículo 3o.<sup>38</sup> de nuestro texto mayor, estableciendo objetivos a ser cumplidos por el Estado (y por la sociedad). Aunque se refiere a la Ley Fundamental alemana, son pertinentes las palabras de Hesse: “O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa”.<sup>39</sup>

Es inevitable la constatación de que a partir de nuestro texto constitucional el principio del Estado social compone nuestro ordenamiento, integrando de ánima nuestro orden. Es inherente a nuestro pacto mayor la idea de la justicia social, la cual se hace expresamente presente en diversos dispositivos constitucionales, incluso los que se refieren al orden económico.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 4o. del artículo 60, afirmando el marco programático de las normas que establecen fines al Estado, además de vaciar por completo los derechos sociales,

...descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de ‘meios’ aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade).<sup>40</sup>

Es en el propio texto magno que encontramos los direccionamientos que nos sitúan en la senda de un Estado social, no sólo como criterio de acción, sino de propia interpretación. De modo que la interpretación de la Constitución estaría desligándose de sus “...vínculos com os fundamentos

<sup>38</sup> Cfr: nota 1.

<sup>39</sup> Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175.

<sup>40</sup> Streck, *Jurisdição Constitucional...*, cit., p. 146.



e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração”.<sup>41</sup>

De este modo, es evidente que los derechos sociales (y el principio del Estado social que exhala de la identidad constitucional) guardan intrínseca relación con la garantía de la propia dignidad de la persona humana, en vista de que sin garantizar aquéllos, ésta queda vaciada de sus posibilidades de realización concreta-social.

Dicho esto, en buen momento se introduce en el debate la discusión sobre la EC 95/2016, que se conoció como “PEC del Techo de Gastos”, que establece un nuevo régimen fiscal introduciendo nuevos artículos al Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) tratando la reducción del gasto primario no financiero de la unión, es decir, la congelación de dichos gastos a lo largo de 20 años con reposición inflacionaria cada año. Sin embargo, para los límites de este ensayo, nos limitaremos a elaborar consideraciones al artículo 110 y sus incisos, el cual fue insertado por la enmienda constitucional en el ADCT.

El referido artículo dispone que las acciones y servicios públicos de salud y educación seguirán lo que se estableció para los gastos primarios, es decir, la salud y la educación tendrán el equivalente al ejercicio anterior más la reposición inflacionaria por 20 ejercicios. Es justamente esta disposición la que será objeto de análisis de constitucionalidad, dentro de los límites de este ensayo, a partir de las premisas anteriormente ya establecidas, o sea, desde la perspectiva del dirigismo constitucional a los derechos sociales como protegidos de inalterabilidad por lo dispuesto en el artículo 60, §4o., IV.

El primer punto a destacar es que la medida propuesta trata prácticamente de derogar las vinculaciones presupuestarias<sup>42</sup> de la Constitución federal, que garantizan al menos el 15% y el 18% para su aplicación en los servicios de salud y educación, respectivamente. En verdad, el legislador constituyente buscó viabilizar, además de las contingencias político-económicas, la concreción de dichos derechos sociales. En gran medida es dejar parte de los recursos que debían destinarse a tales fines a merced de la discrecionalidad del administrador, el cual puede dar a los recursos, destinos diversos a los cuales originariamente estarían vinculados.

<sup>41</sup> Bonavides, *Curso...*, cit., p. 675.

<sup>42</sup> Se trata del vínculo jurídico que une determinado(s) ingreso(s) a ser utilizados en determinada(s) finalidad(es).

De ese modo, como ya se puede deducir, el dispositivo previsto en la Enmienda 95 está viciado de inconstitucionalidad porque al haber cierto obediencia a la concreción de los derechos fundamentales (no siendo posible aquí si abogar el eufemismo de tratarse de “límites”) en las fuentes de recursos destinados a tales derechos, es hacerlos meras abstracciones, simples palabras en el papel.

En otra oportunidad, versando sobre las desvinculaciones de ingresos de la unión, el maestro Fernando Facury Scaff fue inmensamente preciso al afirmar que “Não se deve reger a análise da Constituição pela fluidez do regime econômico de conjuntura. Esta possui uma dinâmica que não comporta modificação da estrutura constitucional para a ela se adequar”.<sup>43</sup>

Además, podemos todavía afirmar la patente inconstitucionalidad del dispositivo, por afectar no sólo dos derechos fundamentales sociales, sino por estar en desacuerdo con un complejo normativo (reglas y principios) que es el verdadero fundamento del Estado democrático de derecho que fue vislumbrado por el Constituyente.

Para demostrarlo, queda claro que la reducción progresiva de los recursos destinados a la concreción de los derechos a la salud y a la educación implican un verdadero ataque a los principios del Estado social, que garantiza la acción estatal y la protección de un nivel mínimo de continuidad que ya se ha alcanzado en el ordenamiento jurídico. Hay contradicción aun con lo que impone el artículo 5o., § 1o., de la Constitución federal, o sea, la máxima efectividad de las normas definitivas de derechos fundamentales.

Además de eso, se deshace con la tesis propuesta del dirigismo de la Constitución, teniendo en cuenta que la propia fijación de vínculos presupuestarios denota que el legislador Constituyente intencionalmente quiso dejar claro cuáles son las prioridades, lo que es fundamental para la consecución de sus objetivos. La vinculación trata, en verdad, del direccionamiento del actuar estatal como medida garantizadora de los derechos humanos fundamentales.

En el caso de que se produzca un cambio en la calidad de la información, se debe tener en cuenta que, en la medida de lo posible, se refiere a la restricción o aniquilamiento de derechos fundamentales, especialmente los sociales. Este principio reduce el espacio de conformación del legislador; como bien afirma Sarlet, “...o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e

<sup>43</sup> Scaff, Fernando Facury, “Direitos humanos e a desvinculação das receitas da união”, *DRU. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, abril/junio de 2004, p. 49.

nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental”.<sup>44</sup>

Este principio consubstancia lo que se prevé en el artículo 60, §4o., IV, de la Constitución federal, limitando la actuación del Poder Constituyente derivado reformador, en el sentido de imposibilitar los derechos fundamentales. Intangible la necesidad de traer a la colación la lección de Lenio Streck:

Nesse ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da Constituição. Nenhuma emenda constitucional por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do direito.<sup>45</sup>

En la estera de lo que ya se ha hablado, es innegable la conclusión de que el vedamiento al retroceso social es instrumento garante del propio núcleo político de la Constitución. Imposibilitar medidas no sólo retroactivas, sino también las que son verdaderos retrocesos, es resguardar el proyecto de una sociedad libre, justa y solidaria que orientó la elaboración del pacto social promulgado en 1988, no pudiendo estar a disposición de las mayorías eventuales, siendo la jurisdicción constitucional el instrumento idóneo para garantizar “...a recomposição de grupos desarticulados e autorreferentes no que diz respeito à defesa jurídica dos valores democráticos reconhecidos no pacto constitucional”.<sup>46</sup>

No es posible, por lo tanto, afirmar que no hay por parte de la norma, obra del legislador constituyente ordinario, una fundamental afrenta a la protección que poseen los derechos y garantías fundamentales, establecida como cláusula pétrea, a partir de la simple afirmación de tratarse de derecho social, estando, por lo tanto, alejado del espectro de protección de la norma limitadora de reforma constitucional. Como nos dice el eminente profesor Paulo Bonavides,

<sup>44</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 383.

<sup>45</sup> *Jurisdição Constitucional...*, cit., p. 820.

<sup>46</sup> Abboud, Georges, *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 452.

...[las] Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbitrio que é o espaço de sua vivência existencial.<sup>47</sup>

Se trata, en verdad, de la protección a la propia dignidad de la persona humana. En un país donde las desigualdades y la mala distribución de la renta se traducen en la tónica de lo cotidiano, así como que la mayor parte de la población se encuentra sometida a condiciones subhumanas, la acción de cortar los recursos referentes a la salud y educación públicas es afrontar el propio principio basilar de la República brasileña.

Para decir con claridad de lo que se trata, es necesario utilizar palabras adecuadas aunque sean duras. De este modo, la propuesta que permaneció en la EC 95, tras diversos acuerdos políticos, es en realidad un acto desconstituyente, pues aniquila la esencia misma de la carta magna brasileña. Dicho esto, no queda conclusión diversa, si no la de que la aprobación de esa medida se configura en verdadera instauración de un “estado de excepción económica”, generando “...no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo”.<sup>48</sup>

En esta medida, no hay como no concluir por la insoportable inconstitucionalidad material del dispositivo 110 de la EC 95/2016, que debería haber sido apreciada ya en el momento oportuno de su tramitación, que es el de evaluación de la propuesta por las Comisiones de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal. Pero no habiendo eso ocurrido, corresponde a los legitimados por el artículo 103 de nuestra carta política postular, lo más brevemente posible, la pertinente acción directa de inconstitucionalidad, como instrumento idóneo para incitar la declaración de inconstitucionalidad por parte del Supremo Tribunal Federal, órgano constitucionalmente facultado para la guardia de la Constitución.

---

<sup>47</sup> Bonavides, *Curso...*, cit., p. 677.

<sup>48</sup> Bercovici, Gilbert, “O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo”, *Pensar*, Fortaleza, v. 11, pp. 95-99, febrero de 2006, p. 98, disponible en: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640> (consultado el 10 de diciembre de 2016).

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Al final de este trabajo podemos afirmar que la tesis del dirigismo constitucional sigue siendo válida para el caso brasileño, incluso como forma de garantizar la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, que represente uno de los objetivos establecidos por nuestro texto constitucional. De este modo, se concluye que el legislador no tiene libertad para utilizar su función para confrontar y deshacer el núcleo fundamental de nuestra carta política, sea al elaborar textos normativos infraconstitucionales, así como textos que apunten a la enmienda de la Constitución, pues se trataría de “*Détournement de pouvoir*” o como prefieren los alemanes, “*Verfassunsbeseitigung*”.

De igual modo, los derechos fundamentales y demás componentes de ese núcleo esencial no pueden estar a disposición de las contingencias políticas y económicas, pues se trata de la propia identidad del Estado; ya que los principales objetivos y las tareas del Estado poseen su normatización en el propio texto constitucional, hay que considerar que la legitimidad del poder político estatal deriva de la Constitución.

En esta esencia, los derechos fundamentales sociales, como los derechos y garantías individuales, tienen su protección garantizada contra cualquier legislación que tienda a su restricción o supresión. De igual modo, están protegidos por el espectro normativo del artículo 60, §4o., IV, que veda la posibilidad de que las enmiendas a la Constitución alcancen los derechos y garantías individuales, vista la imposibilidad de retirar de los derechos sociales más allá de su fundamentabilidad, dimensión que se vincula al propio individuo como garantía de condición material de su dignidad.

En esta medida, quedaba evidenciada la inconstitucionalidad del artículo 110 e incisos introducidos por la EC 95/2016 en el ADCT, que, en efecto, efectúa recortes en los recursos destinados a la salud y la educación, a través del establecimiento de un “techo”; en la verdadera desvinculación de los ingresos constitucionalmente destinados a la concreción de tales derechos, está, en realidad, vaciarlos y retirar su fuerza normativa e incluso de los propios dispositivos orientadores de la acción estatal.

Por último, es evidente que esta problemática es reflejo de la crisis paradigmática por la que el derecho pasa hoy, que implica una “baja constitucionalidad” y por consiguiente la baja efectividad de la propia Constitución. El sentido común teórico de los juristas es lo que sostiene esas interpretaciones

restrictivas y reduccionistas del proyecto constitucional; la matriz suministrada sólo responde a cuestionamientos de índole liberal-individualista, no estando, por lo tanto, preparada para responder a los conflictos “más allá-individuo”. En eso, la riqueza de nuestra Constitución, que es justamente su carácter emancipatorio, queda desprovista de su efectividad. De tal modo, hay que liberarse de los grilletes que nos atañen a un vetusto paradigma, después de todo, hay que garantizar la materialidad y concreción de la libertad de todos, y a no ser posible restringirlas al goce de clases privilegiadas y sus intereses.

## VI. REFERENCIAS

- ABBOUD, Georges, “O processo civilizador e os direitos fundamentais”, *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, diciembre de 2015.
- ABBOUD, Georges, *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 8a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, abril de 1999, disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474> (consultado el 07 de diciembre de 2016).
- BERCOVICI, Gilberto, “O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo”, *Pensar*, Fortaleza, v. 11, febrero de 2006, disponible en: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640> (consultado el 10 de diciembre de 2016).
- BERCOVICI, Gilberto, “La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution”, *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romeni, v. 20, 2011, disponible en: [http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la\\_constitution.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf) (consultado el 8 de diciembre de 2016).

- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 30a. ed., 2015.
- BONAVIDES, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, 11a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- BRASIL, *Constituição de 1988, Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*, 5a. ed., São Paulo, Globo, 2012.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HESSE, Konrad, *Elementos de Derecho Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso, Heck Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- MURILO DE CARVALHO, José, *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.
- NEVES, Marcelo, “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.
- SCAFF, Fernando Facury, “Direitos humanos e a desvinculação das receitas da união”, *DRU. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, abril-junio de 2004.
- STRECK, Lenio Luiz y BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

C





## Le popolazioni indigene del Messico: una tutela giuridica avanzata (con alcuni aspetti di criticità)

Mauro MAZZA\*

*SOMMARIO: I. Introduzione: la rilevanza del tema, anche nella prospettiva comparatistica. II. Il quadro normativo di partenza, secondo il testo originario della Costituzione degli Stati Uniti Messicani del 1917. III. La revisione costituzionale del 1992: il riconoscimento della composizione pluriculturale della Nazione messicana. IV. Il movimento zapatista, gli Accordi di San Andrés e il ruolo della Commissione di Concordia e Pacificazione (COCOPA). V. La revisione costituzionale del 2001: l'affermazione del pluralismo culturale, politico e giuridico, in relazione ai diritti (individuali e collettivi) delle popolazioni indigene. VI. Aspetti critici della riforma costituzionale e legislazione attuativa di livello federale. VII. Conclusioni: alcune valutazioni de iure condendo.*

### I. INTRODUZIONE: LA RILEVANZA DEL TEMA, ANCHE NELLA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

La condizione giuridica delle popolazioni indigene<sup>1</sup> nell'ordinamento messicano appare rilevante prima di tutto in considerazione della consi-

---

\* Professore associato di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo (Italia); [mauro.mazza@unibg.it](mailto:mauro.mazza@unibg.it).

<sup>1</sup> Sulla categoria globale di popoli/popolazioni indigeni/e v., da ultimo, Bennani, Hannah, *Die Einheit der Vielfalt: Zur Institutionalisierung der globalen Kategorie «indigene Völker»*, Frankfurt/M., Campus, 2017.

stenza numerica degli appartenenti alle menzionate popolazioni. Si tratta infatti, secondo i dati disponibili più recenti, del 15,1 per cento dell'intera popolazione messicana, cosicché il Messico rappresenta lo Stato americano che comprende entro i propri confini il numero maggiormente elevato di indigeni.<sup>2</sup> Con riguardo all'attribuzione della competenza legislativa sulle tematiche indigene, essa appartiene in prevalenza al livello federale, nella misura in cui le questioni indigene si riferiscono alla terra, all'acqua, alla riforma agraria, ossia a materie ricomprese nella competenza della Federazione.<sup>3</sup> Sul piano del raccordo tra diritto internazionale e domestico, il Messico ha ratificato nel 1990<sup>4</sup> la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 169 del 1989 sui diritti dei popoli indigeni e tribali, alla cui attuazione è quindi vincolato. Dal punto di vista dell'attività di rilievo internazionale, il Messico nel 2007 ha votato a favore dell'adozione della Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni.<sup>5</sup> Da ultimo, è intervenuta nel 2016 la Dichiarazione dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) sui diritti dei popoli indigeni, che riguarda le comunità aborigene di Nord America, Messico, America centrale e Caraibi.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Cfr. Del Val, José, Pérez Martínez, Juan Maio, Sánchez, Carolina, Zolla, Carlos, "Mexico", in Broch Hansen, Katrine, Jepsen, Käthe, Leiva Jacquelin, Pamela (Eds.), *The Indigenous World 2017*, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2017, p. 116. Le comunità indigene del Messico parlano ben 68 lingue diverse; le varianti dialettali sono 364 (v. nel sito Internet dell'*Instituto Nacional de Lenguas Indígenas*, all'indirizzo <http://www.inali.gob.mx>, per complete informazioni e puntuali approfondimenti sulla diversità linguistica e culturale in Messico). Cf. anche Swanton, Michael W., "Parlare messicano: le lingue indigene e lo Stato", *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, 2017, n. 8, p. 81.

<sup>3</sup> Si veda Urrea Hubbard, Enrique, "The Rights of Indigenous People in Mexico", in *Ateneo Law Journal*, 2002, p. 822.

<sup>4</sup> Per l'esattezza, il 5 settembre 1990. A commento, v. Gonzáles Galván, Jorge Alberto, "El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y la obligaciones de México con su ratificación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n. 96, settembre-dicembre 1999, p. 857.

<sup>5</sup> *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UNDRIP).

<sup>6</sup> *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, approvata nella seconda sessione plenaria dell'Assemblea generale dell'OSA il 14 giugno 2016. Cfr. Gouritin, Armelle, Aguilar, Adriana, "La adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, p. 291; Gouritin, Armelle, "Adoption de la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones le 14 juin 2016", nel sito (della *Société Française pour le Droit International*, SFDI) [www.sentinelle-droit-international.fr](http://www.sentinelle-droit-international.fr) (doc. datato 15-6-2016, data di accesso: 12-8-2018); Blanco, Cristina, "Declaración Americana sobre los Derechos

Il caso messicano è di particolare interesse nel panorama comparativo perché, come vedremo nei paragrafi seguenti, mostra un alto livello di accettazione dei due aspetti che definiscono lo *status* dei popoli indigeni, ovvero il grado di autonomia<sup>7</sup> o autodeterminazione e i diritti sui tradizionali territori usati e risorse naturali.<sup>8</sup>

## II. IL QUADRO NORMATIVO DI PARTENZA, SECONDO IL TESTO ORIGINARIO DELLA COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI MESSICANI DEL 1917

Sebbene la Rivoluzione messicana iniziata nel 1910 e culminata con l'adozione dell'attuale Costituzione federale degli Stati Uniti Messicani<sup>9</sup> del 1917 abbia avuto come priorità la redistribuzione della terra a favore dei contadini,<sup>10</sup> e quindi tematiche che sono prossime a quelle delle tradizioni rivendicazioni degli appartenenti ai popoli indigeni (non soltanto nel Messico),<sup>11</sup> tuttavia il testo costituzionale sopra indicato non conteneva

---

de los Pueblos Indígenas: breve balance de un esperado documento”, nel sito dell'*Instituto de Democracia y Derechos Humanos* (IDEHPUCP) della *Pontificia Universidad Católica del Perú*, all'indirizzo <http://idehpucp.pucp.edu.pe> (doc. datato 1-7-2016, data di accesso: 12-8-2018).

<sup>7</sup> Come è stato correttamente affermato di recente, in occasione dell'*International Indigenous Day 2017*, «territorial autonomy remains key after a century of Indigenous demands at the UN» (v. “Indigenous Global Day: More visibility pairs with harder criminalization”, nel sito [www.iwgia.org](http://www.iwgia.org), doc. datato 9-8-2017, data di accesso: 12-8-2018).

<sup>8</sup> Su questi due aspetti, M. Åhrén, Mattias, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2016.

<sup>9</sup> Per esteso, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Sul sistema costituzionale messicano v., in Italia, Olivetti, Marco, *Messico*, Bologna, il Mulino, 2013; Roza Acuña, Eduardo, *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico costituzionale e Carte costituzionali*, presentaz. di Giancarlo Rolla, Torino, Giappichelli, 2008 (ed *ivi*, 139-225, la trad. it. della Costituzione federale messicana).

<sup>10</sup> Cfr. De Giuseppe, Massimo, *La rivoluzione messicana*, Bologna, il Mulino, 2013; Zarcone, Pier Francesco, *La libertà e la terra. Gli anarchici nella Rivoluzione messicana*, Bolsena, Massari, 2006; Presutto, Michele, *La rivoluzione dietro l'angolo. Gli anarchici italiani e la Rivoluzione messicana 1910-1914*, Foligno, Editoriale Umbra, 2017 (I Quaderni del Museo dell'Emigrazione, n. 18). Per una efficace contestualizzazione storico-comparativa, v. altresì Nocera, Raffaele, Trento, Angelo, *America Latina, un secolo di storia. Dalla Rivoluzione messicana a oggi*, Roma, Carocci, 2013. Quella messicana fu la prima grande rivoluzione (e guerra civile) del Novecento

<sup>11</sup> V., se vuoi, Mazza, Mauro, “I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo”, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa (atti del XV Colloquio biennale dell'Associazione*

previsioni espresse in tema di riconoscimento e garanzia dei diritti delle popolazioni indigene.<sup>12</sup> Il solo riferimento alle comunità indigene contemplato dal testo originario della Costituzione messicana del 1917 si trovava nell'art. 27, a proposito di un peculiare istituto del diritto messicano, vale a dire l'uso delle terre da parte di comunità locali i cui membri non sono proprietari delle terre medesime.<sup>13</sup> Si tratta, in altri termini, dei terreni comuni di uso pubblico, sulla base del sistema di possesso o usufrutto della terra denominato *ejido*, secondo cui i contadini sono qualificati come *ejidatarios*, e dunque coltivano e traggono i frutti da appezzamenti di terreno dei quali non sono proprietari e che ciò non di meno gestiscono collettivamente.<sup>14</sup> Di questo istituto del diritto costituzionale messicano potevano certamente fruire anche i gruppi etnici formati da indigeni.

---

*ne Italiana di Diritto Comparato, Messina-Taormina, 31-5/2-6-2001*), Milano, Giuffrè, 2002, p. 427; *idem, La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, CEDAM, 2004. Per il contesto messicano v., in luogo di molti, Durand Alcántara, Carlos Humberto, *Derecho indígena*, México, Porrúa, 2001, trad. it., Diritto indigeno. La lotta degli indios del Messico per il riconoscimento, prefaz. (all'edizione it.) di Carlos Humberto Durand Alcántara e José Alfredo Castellanos Suárez, presentaz. di Raffaele De Giorgi, Lecce, Pensa, 2015.

<sup>12</sup> Per gli aspetti essenziali della questione indigena nella storia costituzionale messicana anteriore alla *norma fundamental* (o *Carta Magna*) del 1917, ossia con riguardo alle Carte costituzionali del 1824 e 1857, *cf.* López Bárcenas, Francisco, "Los pueblos indígenas en las Constituciones de México", *La Jornada*, 1-2-2017. Una amplissima raccolta commentata di testi costituzionali messicani, arricchita dai dibattiti parlamentari nonché da riferimenti giurisprudenziali e comparatistici, si trova in AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, Presentación di César Camacho, I-XII, México, Porrúa, 9a. ed., 2016.

<sup>13</sup> Si veda, anche con riguardo alle successive riforme costituzionali (del 1992 e 2001), Belmonte Lozano, Juan Manuel, *El derecho indígena a la tierra en México*, Prólogo di Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla e Fernando Ramos Palencia, Epilogo di Eduardo Oliva Gómez, México-Madrid, UBIJUS-Reus, 2016.

<sup>14</sup> *Cfr.* Campos Galván, Fausto, "El estudio comparativo del ejido", *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. I, n. 2, 1939, p. 95; Concheiro Bórquez, Luciano, Robles Berlanga, Héctor, *Entre las fábulas y la realidad, los ejidos y las comunidades con población indígena*, Mexico, Ed. UAM-X/Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2004. Sulle radici storiche, v. Caso, Alfonso, "Land Tenure among the Ancient Mexicans", *American Anthropologist*, n.s., vol. 25, n. 4, 1963, p. 863. (trad., dall'orig. spagn., di Charles R. Wicke); Knowlton, Robert J., "El ejido mexicano en el siglo XIX", *Historia Mexicana*, vol. XLVIII, n. 1, 1998, p. 71. Con riguardo alla perdurante validità dell'istituto, sia pure ridefinito dalla riforma agraria, *cf.* Snyder, Richard, Torres, Gabriel (Eds.), *The Future Role of the Ejido in Rural Mexico*, Boulder (CO), Rienner,

L'altro elemento che bisogna considerare trattando della situazione giuridica degli indigeni secondo il quadro normativo vigente prima delle revisioni costituzionali che saranno esaminate nei paragrafi successivi è rappresentato dalla presenza, a partire dal 1948, dell'*Instituto Nacional Indigenista* (INA). Le politiche perseguite dall'INA, che è stato ridenominato nel 2003 *Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas* (CDI),<sup>15</sup> sono state però, almeno fino all'inizio degli anni settanta del secolo scorso, improntate non tanto alla salvaguardia delle tradizioni culturali, incluse quelle giuridiche-consuetudinarie, delle comunità aborigene, quanto piuttosto all'assimilazione degli indigeni nel sistema socioculturale messicano, specialmente attraverso le politiche scolastiche e l'assimilazione dei bambini indigeni. In definitiva, si voleva "mexicanizzare" gli indigeni, secondo il c.d. integrazione culturale, per cui essi devono (*recte*: dovrebbero) parlare castigliano, nonché pensare e agire come nell'Occidente "primomondista".<sup>16</sup>

---

1998 (*Center for U.S.-Mexican Studies at the University of California, San Diego*). Si pensi che già al tempo della c.d. legislazione precostituzionale (1910-1915), l'art. 3 della *Ley Agraria* del 9 gennaio 1915 («Legge che dichiara nulle tutte le alienazioni di terreni, monti e acque dei villaggi concesse contravvenendo alla legge del 25 giugno 1856») stabiliva misure a sostegno (e per la ricostituzione, laddove possibile) di *ejidos*, e che a tale compito doveva provvedere anche la Commissione agraria nazionale contestualmente creata. *Cfr. Ley Agraria*, *El Constitucionalista*, 9-1-1915; Rivera Castro, José, Hernández Palomo, José, *El agrarismo mexicano: Textos y documentos (1908-1984)*, Sevilla, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), 1991, 65 ss. Per ogni informazione, valutazione e commento, si rinvia alla classica opera di Silva Herzog, Jesús, *El agrarismo mexicano y la reforma agraria. Exposición y crítica*, México, Fondo de cultura económica (FCE), 1959.

<sup>15</sup> V. *infra*, nel paragrafo 6.

<sup>16</sup> *Cfr.* González Galván, Jorge Alberto, "El estado pluricultural de derecho: Los principios y los derechos indígenas constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n. 88, 1997, p. 169. L'etnopolitica indigenista (integrazione etnocentrica) ebbe inizio con la creazione, nel 1917, del *Departamento de Antropología*, diretto da Manuel Gamio. Del prof. Gamio, v. *Consideraciones sobre el problema indígena*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1948 (dove sono ripubblicati gli *Editoriales* apparsi su "América Indígena y Boletín Indigenista" tra il 1942 e il 1948). Sul pensiero indigenista (o indianista) di Gamio, *cfr.* Brading, David, Urquidi, María, "Manuel Gamio y el indigenismo oficial en México", *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. LI, n. 2, aprile-giugno 1989, n. 2, p. 267; León-Portilla, Miguel, "Manuel Gamio (1883-1960)", *American Anthropologist*, vol. 64, n. 2, 1962, 356 ss. (per il quale Gamio è stato il padre dell'antropologia messicana; *ivi* anche la bibliografia completa di M. Gamio, che comprende n. 160 scritti, a cura di J. Comas).

### III. LA REVISIONE COSTITUZIONALE DEL 1992: IL RICONOSCIMENTO DELLA COMPOSIZIONE PLURICULTURALE DELLA NAZIONE MESSICANA

Il rinnovamento del diritto costituzionale messicano in materia di protezione delle popolazioni indigene fu avviato nel 1988, con la creazione della *Comisión nacional de justicia para los pueblos indígenas de México*, voluta dal Presidente messicano Carlos Salinas de Gortari.<sup>17</sup> Alla Commissione venne affidato il compito di elaborare proposte di modifica della Costituzione federale, per garantire la tutela effettiva dei diritti (individuali e collettivi) degli appartenenti alle comunità indigene. La *Comisión nacional de justicia para los pueblos indígenas*, in attuazione del mandato ricevuto, predispose un progetto di revisione costituzionale, che prevedeva in primo luogo il riconoscimento della composizione multi-etnica, o pluriculturale, della Nazione messicana. Sulla base di questa premessa, la Commissione proponeva poi di introdurre previsioni costituzionali, destinate a essere implementate dalle autorità pubbliche dei vari livelli (federale, degli Stati federati e dei Municipi), in tema di tutela delle lingue, delle consuetudini (anche giuridiche) e delle forme di organizzazione sociale dei

---

<sup>17</sup> Esponente priista, cioè del *Partido Revolucionario Institucional* (PRI). Il PRI si chiamò *Partido Nacional Revolucionario* (PNR) dal 1929 (la proposta è del 1928, la fondazione nel marzo 1929) al 1938, poi *Partido de la Revolucion Mexicana* (PRM) dal 1938 al 1946, anno in cui adottò l'attuale denominazione. Si tratta di un c.d. partito dominante, come tale distinto sia dal partito unico che dai partiti temporaneamente prevalenti. Cfr.: Langston, Joy K., *Democratization and Authoritarian Party Survival. Mexico's PRI*, New York, Oxford University Press, 2017; Javier Garrido, Luis, *El partido de la revolución institucionalizada (medio siglo de poder político en México). La formación del nuevo estado (1928-1945)*, México, Siglo Veintiuno, 2005, 11a. ed. (1a. ed. 1982); Reveles Vázquez, Francisco (coord.), *Partido Revolucionario Institucional: Crisis y refundación*, México, Gernika (in coediz. con Facultad de Ciencias Políticas y Sociales della Universidad Nacional Autónoma de México), 2003 (su struttura del PRI e *ideología priista*); Furtak, Robert, *El partido de la revolución y la estabilidad política en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales della Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, 2a. ed. (1a. ed. spag. 1974; ed. orig. *Revolutionspartei und politische Stabilität in Mexico*, Hamburg, Ubersee-Verlag, 1969); Pérez Miranda, Rafael, "Il «Partito rivoluzionario istituzionale» quale partito dominante nel sistema politico messicano", *Quaderni costituzionali*, 1996, p. 113 Sulla (difficile) attuazione della Costituzione messicana del 1917, anche in considerazione del ruolo svolto dal PRI, richiama giustamente l'attenzione Melica, Luigi, *Federalismo e libertà. I modelli di Messico*, Argentina e Venezuela, Padova, CEDAM, 2002, p. 119.



popoli indigeni. Veniva, altresì, sottolineata l'importanza di dare adeguato spazio, sia a livello costituzionale che legislativo, all'accesso alla giustizia da parte dei membri delle comunità indigene. Quest'ultimo aspetto veniva ulteriormente articolato, nella proposta della Commissione, lungo due direttrici. Per un verso, occorre —a parere della Commissione— facilitare l'accesso degli indigeni alla giustizia ordinaria, attraverso apposite misure di sostegno (anche economico). Per altro verso, era opportuno —sempre secondo la Commissione— procedere al riconoscimento, almeno parziale, dei metodi tradizionali indigeni di risoluzione delle controversie (anche in relazione ad alcuni settori della giurisdizione penale).

Gli emendamenti costituzionali, che recepivano in buona parte le proposte formulate dalla *Comisión nacional de justicia para los pueblos indígenas*, furono presentati al Congresso dell'Unione, e più esattamente alla Camera dei Deputati,<sup>18</sup> il 7 dicembre 1990. Dopo il necessario *iter* parlamentare, che prevede l'approvazione da parte della maggioranza dei due terzi dei membri presenti nelle due Camere del Parlamento nazionale nonché della maggioranza delle Assemblee legislative degli Stati federati,<sup>19</sup> il 28 gennaio 1992 sono entrati in vigore i testi modificati degli art. 4 e 27 della *lex fundamentalis* degli Stati Uniti del Messico.<sup>20</sup> In particolare, il nuovo testo dell'art. 4 della Costituzione federale stabiliva, prima delle modificazioni che saranno successivamente introdotte,<sup>21</sup> che la Nazione messicana ha un carattere plurinazionale e che i suoi popoli indigeni hanno il diritto di conservare le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche, o quantomeno parti di esse.<sup>22</sup> Rilevante è anche l'innovazione apportata dalla

---

<sup>18</sup> La Camera bassa (la Camera alta è denominata Camera dei Senatori, o Senato).

<sup>19</sup> Così stabilisce l'art. 135 della Costituzione federale. La dottrina messicana parla di un organo speciale, denominato «potere revisore della Costituzione», che è composto dal legislatore federale e dagli organi legislativi statali (o locali); *cfr.* Carpizo, Jorge, Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2009, 6a. ed., trad. it., *Diritto costituzionale messicano*, prefaz. di César Ivan Astudillo Reyes, Padova, CEDAM, 2010, p. 34. Sul sistema costituzionale messicano il testo più aggiornato è Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2016, 40a. ed. (3a. rist.).

<sup>20</sup> Si veda M. del Pilar, Hernández, “México, las reformas constitucionales de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XXVI, n. 76, gennaio-aprile 1993, p. 99.

<sup>21</sup> V. *infra*, nel presente lavoro.

<sup>22</sup> *Cfr.* González Galván, Jorge Alberto, “Reforma al artículo 4o. constitucional: pluriculturalidad cultural y derecho de los pueblos indígenas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XVII, n. 79, gennaio-aprile 1994, 105 ss.



riforma costituzionale del 1992 all'art. 27 della Costituzione federale, in tema di terreni comuni di uso pubblico.<sup>23</sup> Questo perché nel settimo comma dell'art. 27 della Carta costituzionale viene espressamente affermato che «La legge protegge l'integrità della terra dei gruppi indigeni». L'innovazione costituzionale da ultimo menzionata era stata oggetto di un prolungato dibattito parlamentare, nel corso del quale erano emerse posizioni contrastanti, con il sostegno alla riforma manifestato sia dalla maggioranza dei parlamentari del PRI nonché dal *Partido de la Revolución Democrática* (PRD), il quale ha un orientamento politico progressista e socialdemocratico;<sup>24</sup> la riforma costituzionale fu, invece, non condivisa dal *Partido Acción Nacional* (PAN), movimento politico di ispirazione cristiano-democratica espressione di un orientamento conservatore, i cui parlamentari nel voto sulla riforma preferirono astenersi.

#### IV. IL MOVIMENTO ZAPATISTA, GLI ACCORDI DI SAN ANDRÉS E IL RUOLO DELLA COMMISSIONE DI CONCORDIA E PACIFICAZIONE (COCOPA)

L'entrata in vigore del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA),<sup>25</sup> ossia dell'accordo nordamericano di libero scambio commerciale concluso da Canada, USA e Messico, avvenuta il 1o. gennaio 1994, ha determinato una importante svolta nel contesto messicano delle rivendicazioni delle popolazioni indigene.

Come si è già visto in precedenza,<sup>26</sup> la revisione costituzionale del 1992 aveva introdotto nell'ordinamento messicano il riconoscimento e la garanzia del diritto all'uso collettivo delle terre comuni da parte delle comunità indigene. Questa conquista venne considerata a rischio in conseguenza dell'adesione degli Stati Uniti Messicani al NAFTA, secondo l'opinione prevalente nel movimento indigenista, in particolare presso gli indigeni dello Stato messicano del Chiapas, i quali nel 1994, in coincidenza con l'entrata in vigore del NAFTA, diedero inizio a una insurrezione, o rivolta (*levantamiento*). La liberalizzazione del commercio, infatti, fu percepita

<sup>23</sup> V. *ante*, nel paragrafo 2.

<sup>24</sup> Il PRD è nato nel 1989 da una scissione a sinistra del PRI.

<sup>25</sup> In spagnolo, *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN). L'accordo è stato siglato il 17 dicembre 1992.

<sup>26</sup> V. *supra*, nel paragrafo 3.

come una minaccia per il controllo indigeno sulle risorse naturali, ormai riconosciuto, sia pure nella misura limitata sopra ricordata, dalla Costituzione federale messicana.

Nello Stato messicano meridionale del Chiapas ebbe, dunque, inizio l'opposizione politica, presto trasformata in guerriglia, del c.d. *Ejército Zapatista de Liberación Nacional* (EZLN),<sup>27</sup> così chiamato per richiamare la figura di Emiliano Zapata,<sup>28</sup> storico *leader* della Rivoluzione messicana del 1910-1917 (c.d. neozapatismo).<sup>29</sup> Lo scontro interno, che vide il coinvolgimento massiccio dell'esercito messicano per contrastare il movimento dei guerriglieri dell'EZLN, acquisì notorietà a livello sia nazionale che, soprattutto, internazionale. La risonanza della rivolta indigena nel Chiapas, abitato da comunità indigene maya, indusse il Governo messicano ad avviare un processo negoziale con la guerriglia zapatista.<sup>30</sup> L'esito di questi negoziati fu rappresentato dagli Accordi di San Andrés,<sup>31</sup> sottoscritti dai

<sup>27</sup> Guidato, nella qualità di portavoce dell'EZLN, dal subcomandante (per esteso: *Subcomandante Insurgente*) Marcos ("sub" perché – secondo Marcos – il "vero potere" risiede non nel comandante ma nel popolo). Cfr. Castellanos, Laura, "El levantamiento zapatista de 1994: cronología, nel website del Centro de Documentación sobre Zapatismo" ([www.cedoz.org](http://www.cedoz.org), data di accesso: 12-8-2018); Martínez Espinosa, Manuel Ignacio, "El Movimiento Zapatista: un análisis desde la teoría de la movilización de los recursos", *Kairos. Revista de Temas Sociales*, n. 18, 2006, p. 1. ([www.revistakairos.org](http://www.revistakairos.org)); Hernández Navarro, Luis, "El zapatismo, fuente de inspiración para los movimientos altermundistas", *La Jornada*, 29-12-2003 ([www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx)); Pitarch, Pedro, "Zapatistas. De la revolución a la política de la identidad", *América Latina Hoy*, n. 19, 1998, p. 5; Puente Ordórica, Guillermo, "El movimiento zapatista ¿una posibilidad de tránsito del autoritarismo a la democracia?", *América Latina Hoy*, n. 19, 1998, 31 ss. Per gli sviluppi più recenti, cfr. Colotti, Geraldina, "Messico, alternativa indigena", *Il Manifesto*, 12-2-2017; Cusset, François, "Au Chiapas, la révolution s'obstine", *Le Monde diplomatique*, giugno 2017, p. 8.

<sup>28</sup> Sul quale v. Dromundo, Baltasar, *Vida de Emiliano Zapata*, México, Guaranía, 1961; Womack, John Jr., *Zapata y la Revolución mexicana*, México, Siglo Veintiuno, 1969; Magaña, Giladardo, *Emiliano Zapata y el agrarismo en México*, I-V, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana (INEHRM), 1985.

<sup>29</sup> Si veda la ricostruzione sociostorica di Dietz, Gunther, "Zapatismo y movimientos étnico-regionales en México", *Nueva Sociedad*, n. 140, novembre-dicembre 1995, p. 33.

<sup>30</sup> La negoziazione di cui al testo era prevista dalla *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* l'11 marzo 1995.

<sup>31</sup> Così chiamati perché firmati nel Municipio di San Andrés Larráinzar, nello Stato del Chiapas. Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, "Análisis jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar", *Este País*, n. 86, maggio 1998, p. 1 ss.

rappresentanti del Governo federale e dell'EZLN<sup>32</sup> il 15 febbraio 1996. Le parole-chiave di tali Accordi furono: pluralismo, sostenibilità dello sviluppo economico, integrazione, partecipazione e autodeterminazione. Lo scopo complessivo degli Accordi era quello di ottenere, mediante la riscrittura di numerosi articoli della Costituzione federale,<sup>33</sup> una nuova e dettagliata disciplina costituzionale dei diritti delle popolazioni indigene, la quale da un lato riconoscesse pienamente il diritto all'autodeterminazione delle comunità indigene<sup>34</sup> e, dall'altro lato, non mettesse in crisi il principio della sovranità nazionale. I punti qualificanti degli Accordi di San Andrés erano, riassuntivamente: in primo luogo, il riconoscimento costituzionale del carattere multiculturale della Nazione messicana. In secondo luogo, l'adozione di norme legislative da parte delle entità federate che qualificchino espressamente i popoli e le comunità indigene come enti di diritto pubblico.<sup>35</sup> In terzo luogo, l'approvazione di una legislazione per la protezione delle terre di proprietà e uso collettivo delle comunità indigene. In quarto luogo, la previsione di disposizioni legislative in tema di sfruttamento delle risorse naturali delle terre indigene, con adeguate misure di salvaguardia per le comunità e i popoli aborigeni. In quinto luogo, l'introduzione di norme legislative riguardanti la rappresentanza politica delle comunità e delle popolazioni indigene, con la previsione altresì di disposizioni sulla presenza delle donne negli organismi elettivi, al fine di garantire le pari opportunità. In sesto luogo, l'inserimento nella legislazione penale messicana del reato di discriminazione per ragioni, tra l'altro, etniche e di lingua.<sup>36</sup>

Gli Accordi di San Andrés incontrarono ostacoli nella loro implementazione da parte del Governo messicano. Nel frattempo, era stata altresì costituita la Commissione di concordia e pacificazione del Chiapas (CO-COPA),<sup>37</sup> formata da parlamentari del Congresso dell'Unione; ad essa fu attribuito l'incarico di predisporre un progetto di riforma costituzionale, in

<sup>32</sup> Il quale dichiarò di agire in nome dei 56 popoli indigeni del Messico.

<sup>33</sup> Si trattava degli art. 4, 18, 26, 53, 73, 115 e 116.

<sup>34</sup> Sul principio di autodeterminazione "interna" dei popoli indigeni, v. Cammarata, Roberto, "I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione", *Sociologia del diritto*, 2005, n. 1, p. 45, nonché più recentemente Bellier, Irene, Cloud, Leslie, Lacroix, Laurent, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, Paris, L'Harmattan, 2017, 225 ss. (*sub Espace du politique: autodétermination, institutions, participation, accès à la justice*).

<sup>35</sup> Con la facoltà per tali enti di costituire tra di loro associazioni.

<sup>36</sup> Oltreché di sesso, di religione e di condizione sociale.

<sup>37</sup> *Comisión de Concordia y Pacificación de Chiapas*.

attuazione degli Accordi di San Andrés. Gli aspetti fondamentali del progetto di revisione costituzionale predisposto dalla COCOPA, presentato pubblicamente il 29 novembre 1996,<sup>38</sup> erano quattro. Si prevedeva, in particolare: *a)* di modificare l'art. 4 della Costituzione federale, per riconoscere e garantire il diritto di uso collettivo da parte delle comunità indigene delle terre comuni, nonché delle risorse naturali in esse presenti; *b)* di sottoporre a revisione l'art. 26 della Costituzione messicana, allo scopo di prevedere meccanismi di consultazione delle popolazioni indigene in via preventiva rispetto all'adozione di programmi o provvedimenti che riguardano la loro condizione giuridica; *c)* di modificare, ancora, l'art. 115 della *lex fundamentalis* messicana, al fine di garantire il diritto di associazione delle comunità indigene, che è essenziale per meglio organizzare e coordinare le loro attività e iniziative/azioni; *d)* di riconoscere espressamente, sia nella Costituzione federale che nella legislazione di attuazione, alle comunità indigene lo *status* di «enti di diritto pubblico» (*id est*, enti pubblici),<sup>39</sup> in modo da rafforzare ulteriormente la loro autonomia.

La campagna per le elezioni presidenziali del 2000 si intrecciò strettamente alla questione della riforma costituzionale per la tutela dei diritti delle popolazioni indigene. Questo perché il candidato dell'opposizione, Vicente Fox (esponente del PAN), dichiarò che, qualora fosse stato eletto Capo dello Stato, si sarebbe sin da subito impegnato a fare approvare il progetto di revisione costituzionale elaborato dalla COCOPA. Dopo oltre settant'anni di dominio politico incontrastato del PRI, il candidato del PAN vinse le elezioni presidenziali il 1o. dicembre 2000; già il 5 dicembre successivo, il neo-Presidente Fox inviò al Congresso dell'Unione il testo della riforma costituzionale predisposto dalla COCOPA.

L'iniziativa del Presidente Fox fu vista con favore dall'EZLN, il quale, in attesa dell'esito del dibattito parlamentare sul progetto di revisione costituzionale e allo scopo di accelerare l'*iter* di approvazione, organizzò anche la *Marcha (de la dignidad indígena y) del color del la Tierra*<sup>40</sup> dal Chiapas fino a Città del Messico.

<sup>38</sup> E sul quale il Governo federale messicano espresse le sue osservazioni, rese note il 2 febbraio 1998. Cfr. González Galván, Jorge Alberto, "Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XXXIII, n. 97, gennaio-aprile 2000, p. 359.

<sup>39</sup> *Entidades de derecho público*.

<sup>40</sup> C.d. *zapatour*; v. Macchi, Angelo, "Il Messico e il problema del Chiapas", *La Civiltà Cattolica*, 2001, p. 294, e *ivi* spec. 299-300; Mazza, Mauro, "Messico: Lo 'zapatour'

V. LA REVISIONE COSTITUZIONALE DEL 2001: L'AFFERMAZIONE  
DEL PLURALISMO CULTURALE, POLITICO E GIURIDICO,  
IN RELAZIONE AI DIRITTI (INDIVIDUALI E COLLETTIVI)  
DELLE POPOLAZIONI INDIGENE

Il testo della riforma costituzionale approvato dal Congresso dell'Unione e promulgato dal Presidente Fox il 14 agosto 2001<sup>41</sup> non fu considerato soddisfacente dall'EZLN, che anzi denunciò un presunto “tradimento” degli Accordi di San Andrés, con la conseguente mancata recezione, mediante la revisione costituzionale adottata dal Parlamento federale, dei contenuti essenziali delle proposte contenute nel progetto elaborato dalla COCOPA.<sup>42</sup> Venne anche elaborata una sorta di “controriforma indigena”, e furono presentati numerosi ricorsi costituzionali.<sup>43</sup> Le iniziative, peraltro, non ebbero successo; in particolare, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* declinò, con la pronuncia del 7 settembre 2002, la propria competenza a decidere tali questioni, affermando che il giudizio costituzionale «è improcedibile per impugnare il procedimento di integrazioni o modifiche alla Costituzione federale».<sup>44</sup>

In via preliminare all'analisi della riforma costituzionale del 2001 in materia di popolazioni indigene, si può affermare che la riforma medesima ha rappresentato nel contempo un punto di incontro, essendo maturata a seguito

---

del subcomandante Marcos e la nuova legge su diritti e cultura indigeni”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1334. La marcia degli zapatisti partì dal Chiapas il 25 febbraio 2001 e si concluse il successivo 11 marzo a Città del Messico, dopo avere percorso circa 3000 chilometri.

<sup>41</sup> Giorno della pubblicazione della riforma nel *Diario Oficial de la Federación*. Nella letteratura ispanofona, cfr. Carbonell, Miguel, Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; López Bárcenas, Francisco, Espinoza Saucedo, Guadalupe, Escalante Betancourt, Yuri, Gallegos Toussaint, Ximena, Zúñiga Balderas, Abigail, *Los derechos indígenas y la reforma constitucional en México*, México, Casa Vieja, 2002 (ed *ivi* v. spec. López Bárcenas, Francisco, “Reforma constitucional y derechos indígenas en México. Entre el consenso y la ilegitimidad”, p. 7); Duquesnoy, Michel, “Políticas indígenas y Constitución. Evaluaciones críticas en torno a las reformas constitucionales: 1992, 2001”, *Investigación en Ciencia Regional*, vol. II, n. 1, 2011, p. 43.

<sup>42</sup> V. sopra, nel paragrafo che precede.

<sup>43</sup> Cfr. Mazza, Mauro, “Messico: Pubblicata, tra molte polemiche, la contestata legge su diritti e cultura degli indigeni”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1772.

<sup>44</sup> Si veda Carpizo, Jorge, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 19, p. 39.

di accordi tra comunità indigene, movimento insurrezionale indigeno nel Chiapas e autorità federali, nonché un punto di scontro, dal momento che importanti settori del movimento (e della guerriglia) indigena non hanno condiviso l'esito finale del processo negoziale e politico per la revisione della Costituzione degli Stati Uniti Messicani.

La riforma costituzionale del 2001 provvede, in primo luogo, a precisare e approfondire la nozione di Nazione messicana pluriculturale già contemplata dalla revisione costituzionale del 1992.<sup>45</sup> In particolare, viene operata la distinzione tra popoli indigeni<sup>46</sup> e comunità indigene.<sup>47</sup> Le seconde sono una specie del genere rappresentato dai popoli indigeni. Perché si abbia una comunità indigena, secondo il testo riformato nel 2001 dell'art. 2 della Costituzione messicana, è necessario che la comunità appartenga a uno dei popoli indigeni della Nazione messicana e, inoltre, possieda una organizzazione, territori e lingua propri. Tale specificazione sembra opportuna sia rispetto al testo del progetto di riforma costituzionale licenziato dalla COCOPA,<sup>48</sup> sia anche in relazione alle previsioni contenute nella Convenzione n. 169 del 1989 adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro, e ratificata dal Messico,<sup>49</sup> che concerne i popoli indigeni e tribali ma che non si occupa della definizione delle comunità indigene.

In secondo luogo, il principio, contenuto anche nella Convenzione OIL n. 169 del 1989, per il quale un individuo viene considerato indigeno soltanto se egli stesso si auto-identifica come tale<sup>50</sup> —secondo il principio c.d. del sentimento di appartenenza— è stato accolto dall'art. 2 della Costituzione messicana *post*-riforma del 2001, il quale fa riferimento alla nozione di «coscienza della sua identità indigena». A questo riguardo, il Governo federale ha tentato a più riprese, anche se finora senza successo, di introdurre nell'ordinamento amministrativo la c.d. carta d'identità cittadina, nella quale i singoli individui possono inserire l'indicazione della propria identità etnica.

Questi due aspetti sono di fondamentale importanza, poiché costituiscono la base per il riconoscimento dei diritti sia collettivi che individuali degli appartenenti alle comunità indigene. Tali diritti sono dettagliatamente indicati

<sup>45</sup> *Cfr. ante*, nel paragrafo 3.

<sup>46</sup> *Pueblos indígenas*.

<sup>47</sup> *Comunidades indígenas*.

<sup>48</sup> Si veda sopra, nel paragrafo 4.

<sup>49</sup> *V. retro*, nel paragrafo 1.

<sup>50</sup> E alla ulteriore condizione, naturalmente, che la comunità indigena lo accetti.

nella lett. A dell'art. 2 della Costituzione revisionata nel 2001, mentre la lett. B della medesima disposizione costituzionale si occupa di definire le politiche pubbliche necessarie all'attuazione dei diritti riconosciuti dalla lett. A.

I diritti dei popoli e delle comunità di cui all'art. 2 della Carta costituzionale sono ampi (almeno dal punto di vista formale, fatti salvi cioè i problemi di effettività). Essi riguardano la libera (auto-)determinazione<sup>51</sup> e l'autonomia, il riconoscimento —entro certi limiti derivanti dal rispetto di altri principi costituzionali— dei sistemi sia normativi che giurisdizionali delle popolazioni indigene, i sistemi elettorali e di partecipazione politica/amministrativa delle comunità indigene, la tutela delle lingue indigene e della loro cultura tradizionale, l'accesso alle risorse naturali che si trovano nei territori di tradizionale insediamento delle comunità indigene, l'accesso alla giustizia ordinaria (tanto statale quanto federale), con il riconoscimento del diritto (di contenuto processuale) degli indigeni di avvalersi dell'opera di interpreti e difensori che conoscono le lingue delle comunità indigene.

## VI. ASPETTI CRITICI DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE E LEGISLAZIONE ATTUATIVA DI LIVELLO FEDERALE

Come si è visto in precedenza,<sup>52</sup> la riforma costituzionale del 2001, che pure ha introdotto significativi miglioramenti nella condizione giuridica dei popoli e delle comunità indigene, non è andata esente da (severe) critiche da parte del movimento degli indigeni messicani e, in particolare, dell'EZLN. Le valutazioni negative hanno riguardato, principalmente, due aspetti.<sup>53</sup> In primo luogo, è stata criticata la scelta di definire, nella parte finale del punto

---

<sup>51</sup> Si veda Aparicio Wilhelmi, Marco, "La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El caso de México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XLII, n. 124, gennaio-aprile 2009, p. 13, nonché ampiamente, sui concetti di *libre determinación y autonomía* nella declinazione indigena, López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP)-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, San Luis Potosí, S.L.P (México), 2015, p. 89. In Italia, ha richiamato da ultimo l'attenzione sull'importanza dell'autonomia di governo per i popoli indigeni Rosti, Marzia, "I diritti indigeni in America Latina", *Via Romagnosi. Rivista di Cultura sociale della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli*, vol. 20, 2017 ([www.fondazionefeltrinelli.it](http://www.fondazionefeltrinelli.it), data di accesso 12-8-2018).

<sup>52</sup> *Cfr.* sopra, nel paragrafo 5.

<sup>53</sup> Si *cfr.* Ficorilli, Giorgia, "La situazione giuridica degli indigeni in Messico", in Marcelli, Fabio (cur.), *I diritti dei popoli indigeni*, Roma, Aracne, 2010, spec. p. 223.



VIII della lett. A dell'art. 2 della Costituzione novellata, i popoli indigeni e le comunità indigene come enti di interesse pubblico,<sup>54</sup> piuttosto che enti di diritto pubblico. Quest'ultima definizione era contenuta nella proposta di revisione costituzionale elaborata dalla COCOPA; è evidente che la formulazione da ultimo adottata con la revisione costituzionale è meno impegnativa sia per il Governo federale che per le entità federate, dal momento che non determina, in favore dei popoli e delle comunità indigene, la titolarità di posizioni giuridiche soggettive definibili quali diritti, e specialmente di diritti politici, ma semplicemente la tutela di interessi collettivi o superindividuali.

In secondo luogo, e soprattutto, è stata (fortemente) criticata la formulazione finale del punto VI della lett. A dell'art. 2 della Costituzione riformata, la quale anch'essa si discosta vistosamente da quanto veniva contemplato nella proposta predisposta dalla COCOPA. Quest'ultima, infatti, prevedeva il diritto all'uso collettivo delle terre comuni nonché allo sfruttamento delle risorse naturali nei territori di tradizionale insediamento dei popoli indigeni e delle comunità indigene, mentre la disposizione costituzionale in esame stabilisce che devono comunque essere rispettati i diritti (individuali) di proprietà privata e quelli eventualmente acquisiti da soggetti terzi. Cosicché —hanno osservato molto criticamente gli esponenti del movimento indigeno— vengono fatti salvi (anche) i diritti, per esempio, delle imprese multinazionali sulle risorse naturali dei territori abitati dagli indigeni.

D'altro canto, la riforma costituzionale del 2001 sui diritti dei popoli indigeni e delle comunità indigene è stata integrata e completata mediante l'adozione di alcune importanti leggi federali.<sup>55</sup>

In primo luogo, la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* del 2003,<sup>56</sup> che ha introdotto misure significative di sostegno ai diritti linguistici delle popolazioni indigene. In particolare, l'uso delle lingue indigene viene riconosciuto in quattro ambiti. Si tratta, innanzi tutto, del diritto a utilizzare la lingua indigena nella (propria) comunità indigena come lingua nazionale. Inoltre, la lingua indigena può essere usata nei rapporti con la pubblica amministrazione statale. Ancora, la lingua indigena può essere utilizzata nei procedimenti giurisdizionali, con il correlato diritto

<sup>54</sup> *Entidades de interés público*.

<sup>55</sup> Cfr. González Galván, Jorge Alberto, "I diritti indigeni in Messico dopo la riforma costituzionale del 2001", in Lanni, Sabrina (cur.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, ESI, 2011, spec. p. 408.

<sup>56</sup> Pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 13 marzo 2003.

(processuale) a valersi dell'opera di interpreti e traduttori. Infine, l'uso della lingua indigena è parte integrante dei programmi di educazione obbligatoria, che deve essere bilingue e multicultural. La *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* ha, altresì, creato l'*Instituto Nacional de Lenguas Indígenas* (INALI), che ha sede a Città del Messico e fa parte dell'amministrazione pubblica federale, con il compito di promuovere sul piano generale l'uso delle lingue dei popoli indigeni e delle comunità indigene. Tra le "missioni" dell'INALI sono compresi l'effettuazione di ricerche etnografiche, etnologiche, antropologiche e linguistiche sui gruppi indigeni del Messico, l'accreditamento degli interpreti e traduttori nelle lingue indigene presso gli organi giurisdizionali, nonché il sostegno alla costituzione di istituti dello stesso tipo negli Stati federati.

In secondo luogo, è stata approvata la *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, anch'essa del 2003.<sup>57</sup> Con questo provvedimento normativo la *Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas* (CDI) ha sostituito il preesistente *Instituto Nacional Indigenista* (INI).<sup>58</sup> La CDI<sup>59</sup> ha il compito di promuovere, anche a livello locale, e di coordinare a livello nazionale, le politiche pubbliche. La finalità essenziale della CDI è agevolare lo sviluppo socioeconomico dei gruppi etnici indigeni, salvaguardandone nel contempo le specifiche tradizioni culturali. La legge riprende tra l'altro, nella sua formulazione, la definizione dei popoli indigeni e delle comunità indigene come enti, o entità, di interesse pubblico, secondo una scelta lessicale utilizzata anche nel punto VIII della lett. A dell'art. 2 della Costituzione federale dopo la riforma costituzionale del 2001 e che è stata fatta oggetto —come si è osservato poco sopra—<sup>60</sup> di numerose critiche da parte del movimento indigeno.

In terzo luogo, la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* del 2003<sup>61</sup> ha dato attuazione all'art. 1, comma 3, della Costituzione federale messicana. Questa legge federale, così come la corrispondente disposizione costituzionale, non si occupa soltanto delle discriminazioni nei confronti degli indigeni, ma più in generale dei vari motivi di possibile discriminazione (sesso, età, disabilità fisica o psichica, religione, opinioni o

<sup>57</sup> La legge è stata pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 21 maggio 2003.

<sup>58</sup> V. anche *supra*, nel paragrafo 2.

<sup>59</sup> Sulle cui attività v. il *website* all'indirizzo <http://www.gob.mx/cdi/>.

<sup>60</sup> V. in questo stesso paragrafo.

<sup>61</sup> Pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* l'11 giugno 2003.

preferenze politiche, condizioni sociali, condizioni di salute, ecc.). Tuttavia, la legge federale contro le discriminazioni è stata approvata in conformità al contenuto degli Accordi di San Andrés,<sup>62</sup> ed ha quindi tra gli scopi essenziali certamente il contrasto alle discriminazioni di cui sono storicamente vittime gli indigeni quali appartenenti a comunità particolarmente vulnerabili. In tal senso vanno lette le disposizioni della *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, come ad esempio quelle contemplate dall'art. 14, che prevedono programmi educativi bilingue nonché programmi permanenti di aggiornamento per i funzionari pubblici sulle tematiche indigene e la diversità culturale, l'informazione mediante i mezzi di comunicazione di massa sulle culture indigene, la garanzia effettiva dell'assistenza di interpreti e traduttori nei procedimenti giurisdizionali per gli indigeni che ne facciano richiesta.

## VII. CONCLUSIONI: ALCUNE VALUTAZIONI DE IURE CONDENDO

La Costituzione federale messicana, specialmente dopo la revisione del 2001,<sup>63</sup> ha definitivamente lasciato alle spalle il paradigma della imposizione di una cultura sulle altre, per abbracciare il modello della convivenza di culture differenti, tra le quali, in posizione paritaria, vi sono ormai le (etno)culture dei popoli indigeni e delle comunità indigene. Il dettato costituzionale, che pure non è del tutto soddisfacente rispetto alle rivendicazioni del movimento indigeno,<sup>64</sup> necessita di una completa attuazione da parte della legislazione, di livello sua federale che statale.

In particolare, sembrano necessarie ulteriori misure legislative di rango federale per assicurare la funzionalità delle giurisdizioni indigene, anche nell'ottica del migliore coordinamento tra queste ultime e le autorità giudiziarie federali e statali. Altri aspetti del quadro normativo vigente che mostrano lacune potrebbero essere l'assenza di procure e/o di commissioni dei diritti umani specializzate in materia di questioni indigene, op-

<sup>62</sup> V. *ante*, nel paragrafo 4.

<sup>63</sup> Abitualmente indicata "revisione costituzionale sulla questione indigena"; *cf.* Carpizo, Jorge, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 38; Kurczyn Villalobos, Patricia, "Reflexiones sociojurídicas acerca de las reformas constitucionales «en materia indígena»", *Revista Estudios Sociológicos*, vol. XXII, n. 66, 2004, p. 67 (v. anche *supra* i riferimenti bibliografici nella nota 41).

<sup>64</sup> V. quanto si è detto nei paragrafi 4-6 del presente lavoro.

pure ancora la mancata previsione dell'istituto del *recurso de amparo*<sup>65</sup> a tutela dei diritti collettivi dei popoli indigeni e delle comunità indigene.<sup>66</sup> In definitiva, se molto è stato fatto per la protezione e promozione delle tradizioni giuridiche delle popolazioni indigene, probabilmente altrettanto rimane da fare.



<sup>65</sup> Su cui v. Rolla, Giancarlo, “La origen del amparo mexicano y la evolución de los institutos de tutela de los derechos fundamentales en el continente americano”, *Nomos - Le attualità nel diritto. Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, n. 1-2017, consultabile nel *website* [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it). Per i profili storici, v. Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Prólogo di Alfonso G. Noriega, México, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1972; Barragán Barragán, José, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1980. Sul tema, lo studio classico si deve a Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, Presentación de Antonio Martínez Baez, México, Porrúa, 1964, seguito da *Idem, Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 1999, 2a. ed., nonché prima ancora *Idem, La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructuración procesal del amparo)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1955. Da ultimo, nella dottrina giuridica di espressione spagnola, v.: Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2017, 4a. ed.; Carranco Zúñiga, Joel, Zerón De Quevedo, Rodrigo, *Amparo directo contra leyes*, México, Porrúa, 2017, 5a. ed.; Chávez Castillo, Raul, *Derecho procesal de amparo conforme a la nueva ley*, México, Porrúa, 2017, 5a. ed. (a commento della *nueva Ley de Amparo* del 2 aprile 2013, data della pubblicazione nel *Diario Oficial de la Federación*, che si compone di 271 articoli ed è stata adottata in attuazione degli art. 103 e 107 della Costituzione federale); Brewer-Carías, Allan R., *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*, México, Porrúa, 2016; *Idem*, “La acción de amparo en América Latina como instrumento de protección judicial contra los actos de las autoridades y funcionarios públicos”, in Bagni, Silvia, Giovanni A. Figueroa Mejía, Pavani, Giorgia (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 739.

<sup>66</sup> *Cfr.* González Galván, Jorge Alberto, *op. cit.*, nota 55, p. 434, il quale enumera ben ventinove problemi, in tema di protezione dei popoli indigeni e delle comunità indigene, rimasti insoluti dopo la riforma costituzionale del 2001.



## Reglamentación de sesiones privadas en el Tribunal Electoral frente a los principios de justicia abierta

Quetzalli CRUZ SOSA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico*. III. *Sesiones privadas y públicas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. IV. *Propuesta de justicia abierta por parte del Tribunal Electoral*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

### I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta se inserta en el paradigma del Estado constitucional de derecho, mismo que involucra elementos que deben ser necesariamente satisfechos a fin de ser considerado como tal y que constituye parte esencial en una democracia de calidad.

En ese sentido, el ensayo que a continuación se desarrolla parte de una base teórica sobre el constitucionalismo garantista para destacar sus principales características y lo que éste implica respecto de las formas y contenidos constitucionales.

Asimismo, se exponen conceptos clave sobre *a) integridad electoral; b) tribunal y justicia abierta; c) transparencia y rendición de cuentas*, los cuales se encuentran relacionados entre sí y guardan una estrecha relación con el pro-

---

\* Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, y estudiante en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; [quetzallics@gmail.com](mailto:quetzallics@gmail.com).

blema que se expone en torno a las sesiones privadas y públicas que son celebradas de manera constante por parte del Tribunal Electoral, lo que conlleva a sostener la tesis de que esto implica una contradicción dual, por una parte respecto de los principios constitucionales reconocidos en torno al derecho de acceso a la información, y por otra, la que se da en los principios rectores de los conceptos inherentes al derecho electoral ya mencionados.

Lo anterior a fin de proponer una solución integral que haga frente a la problemática de las sesiones privadas en un escenario de impartición de justicia abierta por parte del Tribunal Electoral, en aras de ser un tribunal abierto comprometido con los principios de transparencia y certeza.

## II. MARCO TEÓRICO

El paradigma contemporáneo del Estado constitucional de derecho implica elementos que deben ser atendidos a fin de que éste pueda ser considerado como tal. Inicialmente, con la expresión “Estado de derecho” se entienden, habitualmente corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor.<sup>1</sup>

Por un lado, en sentido lato, débil o formal, “Estado de derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.<sup>2</sup>

No obstante, en un segundo sentido fuerte o sustancial, “Estado de derecho” designa sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.<sup>3</sup>

En relación con la segunda idea que se señala, referente al contenido normativo, además de la formalidad que debe seguir la creación de éste, es que se refiere a una dualidad en la acepción del constitucionalismo:<sup>4</sup>

1) Como sistema jurídico equivale a un conjunto de límites y vínculos no sólo formales, sino también sustanciales, rigidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas

---

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, España, núm. 17, 2001, pp. 31-45.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-53.

2) Como teoría del derecho se refiere a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.<sup>5</sup>

En este panorama, al constitucionalismo caracterizado por atender las formas de creación, así como el contenido normativo, pero también en el que existe una congruencia y subordinación de las leyes ordinarias que derivan de éste a los principios constitucionales, se le denomina “garantista”.

Está caracterizado por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios, y en particular los derechos fundamentales, se compran como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. Establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a las normas sobre la producción no sólo formales.<sup>6</sup>

De este modo, el Estado constitucional de derecho equivale a la positivización del “deber ser” constitucional del derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos, que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional.<sup>7</sup>

En este sentido, dentro del Estado constitucional de derecho es necesaria una congruencia constitucional con sus normas derivadas, a fin de evitar caer en antinomias que eviten la garantía constitucional que se ha descrito.

En el tema objeto del presente trabajo, la sujeción constitucional que debe existir en un constitucionalismo garantista se delimitará al actuar del Tribunal Electoral como autoridad obligada a observar los principios constitucionales que se encuentran establecidos en torno a su actuar. Por ello, es relevante destacar conceptos previos e interrelacionados: *a)* integridad electoral; *b)* tribunal y justicia abierta, y *c)* transparencia y rendición de cuentas.

---

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> *Idem.*



## 1. *Integridad electoral*

El concepto de integridad electoral se refiere tanto a los convenios internacionales como a las normas globales aplicadas de forma universal a todos los países durante todo el ciclo electoral. El ciclo incluye el periodo preelectoral, la campaña, el día de las elecciones y las repercusiones de los resultados.<sup>8</sup> Dentro de los elementos y actores que conforman el concepto, las autoridades y los tribunales en particular juegan un papel esencial en el ciclo electoral, al ser los encargados de aplicar y materializar las normas internacionales que constituyen a la integridad electoral.

Dentro de las ya referidas normas globales se encuentran los principios de eficacia, eficiencia, inclusión, transparencia, igualdad, honestidad y precisión,<sup>9</sup> los cuales, en consecuencia, deben ser observados por los tribunales como sujetos en las diversas etapas electorales de cada sistema.

Los principios pueden ser reconocidos como valores potencialmente importantes que subyacen a la noción general de la integridad electoral (así como las demandas habituales en cuanto a que las elecciones deben ser libres de restricciones indebidas y justas con todas las partes).<sup>10</sup>

## 2. *Tribunal y justicia abierta*

Si bien no existe una definición generalmente aceptada de tribunal abierto, sí existe un consenso respecto de los principios y valores clave del gobierno abierto.<sup>11</sup> El tribunal abierto, como figura equiparable al gobierno abierto respecto de sus objetivos, podría entenderse como un tribunal dirigido a propiciar compromisos concretos en su actuar jurisdiccional para promover la transparencia, aumentar la participación ciudadana en los asuntos

---

<sup>8</sup> Norris, Pippa, “The new research agenda studying electoral integrity”, *Electoral Studies*, vol. 32 (4), 2014, 563-575, citado por Martínez I Coma, Ferrán *et al.*, “Integridad en las elecciones de América 2012-2014”, *América Latina Hoy*, núm. 70, 2015, pp. 37-54.

<sup>9</sup> Martínez I Coma, Ferrán *et al.*, “Integridad en las elecciones de América 2012-2014”, *América Latina Hoy*, núm. 70, 2015, pp. 37-54.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Rodríguez Mondragón, Reyes, *Justicia abierta y la cultura legal en la relación entre el derecho y sociedad*, TEPJF, 2016, p. 7, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf> (consultado el 10 de octubre de 2018).

públicos, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para robustecer la impartición de justicia (AGA).

Conocer y entender las actividades de los tribunales demanda no sólo transparencia y acceso a la información por la ciudadanía, sino que obliga a las instituciones judiciales a que imaginen y construyan nuevos espacios de apertura que incentiven la participación y colaboración ciudadana.<sup>12</sup>

Lo anterior a fin de recalcar que los tribunales tienen que dar a conocer a puertas abiertas qué han decidido, cómo y por qué lo decidieron así,<sup>13</sup> lo cual guarda una estrecha relación con la transparencia y la rendición de cuentas por parte de éstos frente a la ciudadanía.

### 3. *Transparencia y rendición de cuentas*

La transparencia consta al menos de tres dimensiones. La primera es la existencia de un marco jurídico que regule el comportamiento del gobierno y sancione las conductas indebidas. La segunda es la disposición de mecanismos para el monitoreo o vigilancia por parte de los particulares. En la tercera se hallan los mecanismos para la justificación de las acciones del gobierno.<sup>14</sup> Estas dimensiones refieren al Estado de derecho, es decir, al marco normativo bajo el cual se dirigen y califican las actuaciones y prácticas de las instituciones públicas.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>13</sup> Shapiro, Martin, “The globalization of Judicial Review”, en *Legal culture and legal profession*, p. 123, citado en *Justicia abierta y la cultura legal en la relación entre el derecho y sociedad*, TEPJF, p. 5, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf> (consultado el 10 de octubre de 2018).

<sup>14</sup> Schedler, Andrea, “Conceptualizing Accountability”, en Schedler, Andreas *et al.* (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, pp. 14-17, citado por Márquez Gómez, Daniel, *El marco jurídico para la operación del sistema nacional anticorrupción. Combate a la corrupción, fiscalización y transparencia*, México, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, 2017, p. 161.

<sup>15</sup> Cossío, José Ramón, “Transparencia y Estado de derecho”, en Ackerman, John, *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, citado por Márquez Gómez, Daniel, *El marco jurídico para la operación del sistema nacional anticorrupción. Combate a la corrupción, fiscalización y transparencia*, México, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, 2017, p. 161.

Respecto al ejercicio de rendir cuentas, se señala que es evidente la importancia de éste, que paralelo al funcionamiento de un gobierno abierto fortalece la democracia, mediante la participación ciudadana y no exclusivamente de los actores políticos.<sup>16</sup>

Con base en estos elementos, se aprecia la relevancia de que la ciudadanía se encuentre informada. Al llevar a cabo los agentes gubernamentales una transparencia y rendición de cuentas efectiva, el efecto es una ciudadanía en posibilidad de informarse y tener certeza de los sucesos en el ámbito público.

La antesala de la participación ciudadana es la información accesible y certera; ahí recae la gran importancia de la apertura gubernamental, y en el caso que nos ocupa específicamente, la apertura jurisdiccional por parte del Tribunal Electoral a fin de contar con una sociedad informada que cuente con las herramientas necesarias para llevar a cabo una consciente exigibilidad de sus derechos.

En una concepción triangular de los conceptos señalados, es que un tribunal, en aras de ser e impartir justicia abierta, debe encontrarse comprometido con la integridad electoral, observando principios de transparencia, certeza, eficiencia, eficacia, inclusión, igualdad, honestidad y precisión, los cuales deben ser aplicados en el ejercicio jurisdiccional cotidiano.

### III. SESIONES PRIVADAS Y PÚBLICAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

El Tribunal Electoral es la máxima autoridad en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación<sup>17</sup> y funciona en forma permanente con una Sala Superior, siete salas regionales y una Sala Regional Especializada,<sup>18</sup> por lo que la impartición de justicia electoral corre a su cargo de acuerdo con las atribuciones que cada sala tiene en el ámbito de sus competencias.

En ese sentido es que la resolución de los juicios que cada entidad tiene a su cargo se lleva a cabo en sesiones mediante las cuales son discutidos y sometidos a votación de los integrantes de las salas los asuntos a resolver.

---

<sup>16</sup> Kurczyn Villalobos, Patricia, “Rendición de cuentas y combate a la corrupción”, en Salazar Ugarte, Pedro *et al.* (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 119-128, en especial p. 126.

<sup>17</sup> Artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>18</sup> Artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Estas sesiones, de acuerdo con el marco regulatorio de los tribunales, deben tener un carácter público a fin de cumplir con principios constitucionales que así lo establecen respecto de todas las autoridades, no sólo las de tipo electoral, para que cualquier persona pueda tener acceso a la discusión, votación y resolución de los juicios que en cada una se ventilan.

Sin embargo, el problema en el presente trabajo radica en la existencia de sesiones privadas que se llevan a cabo por parte de las salas que componen al Tribunal Electoral, como se observa en el listado de sesiones y acuerdos de la página web del mismo.<sup>19</sup>

Las sesiones privadas tienen fundamento legal en el Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el cual establece, respecto de la Sala Superior, que se podrán resolver sin citar a sesión pública las cuestiones incidentales, el ejercicio de la facultad de atracción, la emisión de acuerdos generales de delegación, los conflictos o diferencias laborales de su competencia, la apelación administrativa, las opiniones solicitadas por la Suprema Corte, los asuntos generales, los acuerdos de sala y los conflictos competenciales, así como aquellos asuntos que por su naturaleza determine la Sala Superior.<sup>20</sup>

Respecto de las salas regionales, se señala que las sesiones de resolución serán públicas; no obstante, estarán facultadas para resolver en sesión privada las cuestiones incidentales, los acuerdos plenarios de trámite, los conflictos laborales de su competencia, los medios de impugnación relacionados con medidas cautelares, así como aquellos asuntos que, por su naturaleza, determinen las mismas.<sup>21</sup>

De ambas normas destaca, por una parte, que hay temas específicos en los que se puede sesionar de manera privada y, en consecuencia, sin certeza respecto de la manera en que se discuten y resuelven determinados asuntos; y por otra parte, resaltan también las partes finales de ambas normas, en las que se deja abierta la posibilidad de que cualquier asunto que las propias salas determinen, de acuerdo con su naturaleza, podrán ser resueltos en sesiones privadas.

---

<sup>19</sup> Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Actas y acuerdos*, PJJ, disponible en: <https://portal.te.gob.mx/front/agreementsMinutes/index> (consultado el 09 de octubre de 2018).

<sup>20</sup> Artículo 12 del Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

<sup>21</sup> Artículo 49 del Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Asimismo, del listado de actas de sesiones que se encuentran en la página del TEPJF puede notarse que se celebran sesiones privadas el mismo día en que se celebran las públicas, con lo que se abduce que se sesiona en privado previo a las sesiones que son proyectadas en video en vivo a fin de que cualquier persona pueda seguir su transmisión, por lo que a partir de esta premisa surge la interrogante ¿este tipo de prácticas judiciales realmente cumplen con los principios de transparencia y certeza? La respuesta es negativa.

Resulta contradictoria la implementación de estas sesiones frente al principio de transparencia que se ha sostenido teóricamente debe existir en una impartición de justicia abierta por parte del Tribunal Electoral, en razón de que no se satisfacen sus tres dimensiones; por un lado, respecto del marco jurídico que debe regular el comportamiento gubernamental y sus sanciones, ya que este reglamento no contempla tal caso, sino que promueve la discrecionalidad en la toma de decisiones judiciales al *a)* permitir el desarrollo de sesiones privadas, y *b)* ser permisivo en enunciar y no limitar los casos en que éstas pueden llevarse a cabo. En torno a la segunda dimensión, se da una interrupción en el monitoreo que los particulares pueden llevar a cabo frente a los actos públicos, en el caso específico, la vigilancia ciudadana en las determinaciones del tribunal, que en consecuencia interrumpe la posibilidad de acceder a información completa y certera, misma que, siguiendo la tesis que sostiene este trabajo, constituye la antesala de la participación ciudadana.

En congruencia con lo anterior, es viable señalar el papel de estas sesiones en el paradigma del constitucionalismo garantista respecto de las formas de creación y contenidos de las normas.

Inicialmente, se reconoce constitucionalmente que toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo del Poder Judicial es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes, debiendo prevalecer el principio de máxima publicidad en su interpretación.<sup>22</sup>

En ese sentido es que toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública,<sup>23</sup> la cual incluye toda la que se encuentre en posesión del Poder Judicial, y de manera particular en el Tribunal Electoral.

---

<sup>22</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6o., apartado A, fracción I.

<sup>23</sup> *Ibidem*, fracción III.

Deriva de esta disposición constitucional la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual es metodológicamente congruente con la Constitución, al establecer que toda la información en posesión de los sujetos obligados será pública, completa, oportuna y accesible. Prescribe que toda la información pública generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y será accesible a cualquier persona, para lo que se deberán habilitar todos los medios, acciones y esfuerzos disponibles en los términos y condiciones que establezcan las leyes.<sup>24</sup>

El mismo caso de armonía constitucional en relación con la transparencia y el principio de máxima publicidad se da con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, al señalar respecto del Tribunal Electoral que las sesiones de resolución jurisdiccional serán públicas sin que se prevengan excepciones.<sup>25</sup>

En aras de robustecer el panorama normativo de subordinación constitucional, se encuentra en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública la disposición en materia de gobierno abierto, señalando que en ese escenario, compete a los órganos del Poder Judicial de la Federación propiciar el acceso al público a audiencias y sesiones en las que se resuelvan asuntos jurisdiccionales, conforme a la legislación aplicable,<sup>26</sup> supuesto en el que se encuentra el Tribunal Electoral al formar parte del Poder Judicial.

Finalmente, respecto del marco normativo que se expone, el artículo 7o. del Acuerdo General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación establece que la publicación de la información en el portal de Internet del órgano jurisdiccional se regirá por los principios de máxima publicidad, veracidad y oportunidad, utilizando un lenguaje ciudadano.

Si bien el tema central del trabajo no es el cumplimiento de obligaciones de transparencia en los portales de los sujetos obligados, el hecho de establecer principios rectores en esta acción refleja la postura en el actuar de los tribunales con base en principios que nuevamente guardan coherencia con el diseño constitucional ya señalado.

---

<sup>24</sup> Artículos 11 y 12 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>25</sup> Artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

<sup>26</sup> Artículo 67 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En ese sentido es que de una interpretación sistemática del artículo 6o. constitucional y normas derivadas, que reconocen derechos fundamentales y principios en torno a la transparencia y rendición de cuentas, se infiere que el reglamento en el que se fundamentan las sesiones privadas en materia electoral constituye una antinomia en el paradigma del constitucionalismo garantista, al ser contrario al sólido cuerpo normativo que prescribe la máxima publicidad de sus actos y, en consecuencia, de las sesiones que celebren.

De manera sintetizada, el tema que se aborda es relevante en diversos aspectos al presentarse un problema sistémico: primero en un aspecto técnico, ante la existencia de normas contradictorias en el sistema jurídico partiendo de una postura constitucional, seguido de los efectos que esta contradicción normativa tiene en la vida pública, ya que celebrar sesiones privadas, además de vulnerar principios reconocidos, tiene un efecto dominó en el que 1) las personas estén privadas de acceder a información completa y certera por la discrecionalidad que se presume en la realización de sesiones privadas, y 2) que en consecuencia, exista una imposibilidad por parte de la población en la exigibilidad de derechos civiles y políticos que pudieran considerar violados derivados del actuar jurisdiccional al no saber lo que se desarrolla en el mismo.

#### IV. PROPUESTA DE JUSTICIA ABIERTA POR PARTE DEL TRIBUNAL ELECTORAL

Ante el panorama de coexistencia de sesiones privadas y públicas, se propone una solución que gira en torno al concepto de justicia abierta en el tribunal abierto y que ha sido abordado en el marco teórico, pero sin dejar de lado conceptos correlacionados, como integridad electoral, transparencia y rendición de cuentas.

En ese sentido, se deduce que un tribunal en aras de ser abierto e impartir justicia abierta debe encontrarse comprometido inicialmente con los principios que conforman a la integridad electoral, entre los que destaca la transparencia y, de la mano de ésta, la rendición de cuentas.

Por lo que el primer paso para consolidar una justicia abierta por parte del Tribunal Electoral recae en encontrarse comprometido con serlo, ya que un tribunal simulador no tiene los recursos para cumplir cabalmente con los principios de transparencia, certeza, eficiencia, eficacia, inclusión, igualdad, honestidad y precisión, rectores de los conceptos base.



De manera específica, la principal solución al problema de las sesiones privadas es omitir su celebración, a fin de que cese un actuar contrario al constitucionalismo garantista.

Un tribunal abierto debe tomar una actitud proactiva en el ejercicio de sus atribuciones y en la medida de que ésta sea posible de realizar de acuerdo con sus reglas de actuación. Y en el caso que nos ocupa, no constituye ninguna extralimitación el hecho de celebrar únicamente sesiones públicas a fin de garantizar los principios en torno a ellas, ya que en todo caso sería una congruencia normativa.

Es decir, el Tribunal Electoral, a fin de ser un tribunal abierto, debe tomar las riendas de su actuar, sin que sea necesario que se le obligue a cesar con la discrecionalidad que se presenta en la celebración de sesiones privadas mediante otros procesos vinculantes.

Asimismo, otro actor importante en la propuesta de solución que se expone es el órgano garante en materia de transparencia, y acceso a la información, ya que en el ejercicio de sus atribuciones, debe vigilar que los principios constitucionales sean observados por todos los sujetos obligados en la materia, y en el caso particular, el Tribunal Electoral, a fin de que el derecho humano de acceso a la información sea garantizado para todas las personas.

## V. CONCLUSIONES

A manera de cierre, se concluye que en el panorama de justicia electoral en México y su relación con la transparencia, existe un gran avance en la materia que puede reflejarse en el sólido cuerpo normativo que se ha descrito en el cuerpo del trabajo, así como en el avance teórico que se ha dado al surgir nuevos conceptos que buscan una mayor democratización de las instituciones electorales que participan en las etapas que integran el proceso de elecciones a nivel global e interno.

Sin embargo, existen temas pendientes en la agenda a fin de consolidar el Estado constitucional de derecho respecto de todos los sujetos que intervienen en garantizar los derechos que se encuentran alrededor de las elecciones en nuestro país, siendo el caso del Tribunal Electoral, que si bien ha avanzado a pasos agigantados en la implementación de políticas y normas de transparencia, a fin de hacer llegar sus determinaciones y las razones de éstas, se encuentra pendiente la apertura total a fin de ser

un tribunal abierto, y en consecuencia consolidar una justicia abierta que coadyuve en el proceso democrático que vive el país.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

“Acuerdo general de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2008.

ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO, *Misión y objetivos*, México, Alianza para el Gobierno Abierto, 2018, disponible en: <http://gobabierto.mx.org/mision-y-objetivos/>.


ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO, *Preguntas frecuentes*, Alianza para el Gobierno Abierto, México, 2018, disponible en: <http://gobabierto.mx.org/preguntas-frecuentes/>.

COSSÍO, José Ramón, “Transparencia y Estado de derecho”, en ACKERMAN, John, *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, citado por MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *El marco jurídico para la operación del sistema nacional anticorrupción. Combate a la corrupción, fiscalización y transparencia*, México, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, 2017.

CRUZ-RUBIO, César Nicandro, “¿Qué es (y qué no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, marzo-agosto de 2015, citado por RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, *Justicia abierta y la cultural legal en la relación entre el derecho y sociedad*, México, TEPJF, 2016, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf>.

*Encuesta nacional de cultura constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, INE-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, citado por RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, *Justicia abierta y la cultural legal en la relación entre el derecho y sociedad*, TEPJF, 2016, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011,

- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, España, núm. 17, 2001.
- JIMÉNEZ, Carlos E., *Justicia abierta (Open Justice)*, citado por ELENA, Sandra, *Datos abiertos para una justicia abierta: un análisis de caso de los poderes judiciales de Brasil, Costa Rica, México y Perú, Iniciativa latinoamericana por los datos abiertos*, 2015, disponible en: <https://datosabiertos.org/wp-content/uploads/2015/09/4.-Justicia-abierta-Elena.pdf> (consultado el 7 de octubre de 2018).
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “Rendición de cuentas y combate a la corrupción”, en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.* (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- MARTÍNEZ I COMA, Ferrán *et al.*, “Integridad en las elecciones de América 2012-2014”, *América Latina Hoy*, núm. 70, 2015.
- NORRIS, Pippa, “The new research agenda studying electoral integrity”, *Electoral Studies*, vol. 32 (4), 2014, citado por MARTÍNEZ I COMA, Ferrán *et al.*, “Integridad en las elecciones de América 2012-2014”, *América Latina Hoy*, núm. 70, 2015.
- RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, *Justicia abierta y la cultura legal en la relación entre el derecho y sociedad*, TEPJF, 2016, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf>.
- SCHEDLER, Andrea, “Conceptualizing Accountability”, en ANDREAS SCHEDLER *et al.* (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, citado por MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *El marco jurídico para la operación del sistema nacional anticorrupción. Combate a la corrupción, fiscalización y transparencia*, México, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, 2017.
- SHAPIRO, Martin, “The globalization of Judicial Review”, en *Legal culture and legal profession*, citado por TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Justicia abierta y la cultura legal en la relación entre el derecho y sociedad*, TEPJF, disponible en: <http://portales.te.gob.mx/salas/sites/default/files/Conferencia%20JA%2025%2009%2015%20.pdf>.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Actas y acuerdos*, México, PJF, 2018, disponible en: <https://portal.te.gob.mx/front/agreementsMinutes/index>. 



## L'autonomia municipale negli Stati Uniti del Messico

Claudia SARTORETTI\*

La politica messicana tende oggi a favorire sempre più il pluralismo, la competizione e l'alternanza politica allo scopo di una maggiore e migliore integrazione dei poteri e di garantire la piena rappresentanza di tutti e tre i livelli di governo: federale, statale e municipale.

Recentemente è entrata in vigore la riforma che prevede l'abolizione del Distretto federale di Città del Messico. Il Distretto ha ufficialmente cambiato la propria denominazione con l'entrata in vigore del decreto del 30 gennaio 2016, con cui sono state derogate e riformate numerose disposizioni della (attuale) Costituzione politica del 1917. L'ordinamento del Distretto federale, pur essendo in buona sostanza assimilato a quello degli altri Stati membri, se ne differenziava per alcuni aspetti, fra i quali, in particolare, la perimetrazione delle competenze.

Per quanto riguarda i concetti di “federazione” e di “municipio”, va ricordato come essi siano emersi storicamente in modo indipendente l'uno dall'altro e abbiano avuto origine in tempi diversi. Si tratta infatti di due fenomeni che, per secoli, si sono sviluppati separatamente, senza che vi fosse una relazione causale fra i due, e come tali sono stati spesso studiati in modo autonomo e distinto, trascurando di approfondirne le (eventuali) interazioni. La città, come fenomeno geografico e sociologico, si afferma secoli prima della forma di organizzazione statale federale ed è sempre sta-

---

\* Enseña derecho público y derecho público comparado en el Departamento de Gestión de la Universidad de Turín, Italia. Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparativo y Europeo; [claudia.sartoretti@unito.it](mailto:claudia.sartoretti@unito.it).

ta considerata parte dell'organizzazione territoriale della comunità statale. L'elemento materiale che contraddistingue il Comune (il territorio) finisce per porre il Municipio in una stretta correlazione con lo Stato federale, nella misura in cui quest'ultimo rappresenta una «forma di ripartizione del potere su base territoriale».<sup>1</sup>

La federazione (o lo Stato federale) è tradizionalmente concepita come un'unione di stati, in cui appaiono rilevanti due livelli di potere: il potere centrale e quello delle entità federate. Si può notare come lo Stato federale non implica, di per sé, un sistema policentrico, un *multilevel constitutionalism* a più livelli, costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati che interagiscono fra loro reciprocamente. Lo Stato federale è infatti, per tradizione, lo stato dei due livelli, Federazione e Stati membri, pertanto la presenza di enti territoriali locali (i municipi, appunto) non rileva ai fini della connotazione di un ordinamento come “federale”. Tuttavia, qualsivoglia indagine di diritto positivo vigente che focalizzi la sua attenzione sull'organizzazione territoriale di uno Stato non può non tenere conto anche di questo livello di governo che, al pari degli altri due, prende parte anch'esso alla distribuzione in senso verticale del potere pubblico.

Come è stato, infatti, osservato,<sup>2</sup> la struttura territoriale dell'ordinamento complessivo influisce non poco sul livello di protezione costituzionale di cui gode l'autonomia locale (la Costituzione può, ad esempio, riservare la disciplina della materia “governo locale” alla legge dello Stato oppure alla competenza legislativa di livelli inferiori (Regioni, Länder, Cantoni, Comunidades Autonomas) oltre a condizionare i rapporti politici tra centro e periferia e quelli fra partiti e fra maggioranze che possono esistere, rispettivamente, nel Parlamento nazionale e nelle assemblee legislative locali. A ciò si aggiunga, poi, la presenza di eventuali enti di secondo livello (come, ad esempio, le Province o le Città metropolitane) o di forme associative che “erodono” la competenza del livello di governo più “basso” e più vicino ai cittadini.

In America Latina la presenza di Stati federali e di Stati unitari vede i rapporti centro-periferia svilupparsi con caratteristiche diverse a seconda del contesto nazionale in cui si inseriscono. L'articolazione politico-territoriale

---

<sup>1</sup> De Vergottini, Giuseppe, “Stato federale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 833.

<sup>2</sup> In questo senso, Pegoraro, Lucio, “Introduzione”, in Pavani, Giorgia, Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'Occidente*, Roma, Donzelli, 2006, p. XLVIII.

del potere si snoda su tre livelli all'interno degli ordinamenti federali: il livello federale, denominato in modo differente a seconda delle esperienze giuridiche (Unione, Nazione), quello statale o delle entità federate (definite, Province o Stati) e il livello locale (municipi in Argentina, Brasile e Venezuela, *ayuntamientos* in Messico).<sup>3</sup>

Per quanto riguarda le città, si possono cogliere numerose differenze per ciò che riguarda il loro riconoscimento giuridico e la disciplina contenuta nelle costituzioni dei singoli stati federati. A differenza di quanto accade con il c.d. "secondo livello" del potere (ossia le entità federate), questa varietà va ben oltre la questione della terminologia. In alcune federazioni, la condivisione di poteri a livello locale è puramente amministrativa. All'estremo opposto, in altri casi, il Comune può godere di una grande autonomia politica, quasi uguale a quella dello Stato (secondo livello). Tra questi due estremi, si possono poi distinguere diversi gradi di autonomia dei comuni e altrettante forme di relazioni con gli altri livelli della federazione

Il regime giuridico del governo locale varia da Stato a Stato laddove la disciplina delle autorità locali rientri nella competenza dei governi statali. Nelle vecchie federazioni le autorità locali venivano create per lo più con leggi statali, alle quali spettava altresì il potere di riconoscere e garantire ai municipi l'autonomia. Gli elementi di base del governo locale —e segnatamente lo status e le attribuzioni di loro competenza— hanno però progressivamente iniziato a essere definite all'interno delle costituzioni federali.<sup>4</sup>

La Costituzione del Brasile, ad esempio, riconosce l'autonomia di tutte le entità federali senza distinzione di sorta fra Stati e comuni. L'articolo 18 stabilisce infatti: «L'organizzazione politica e amministrativa della Repubblica federativa del Brasile comprende l'Unione, gli Stati, il Distretto federale e i comuni, tutti autonomi, come prevede questa Costituzione». I comuni brasiliani hanno una grande autonomia politica e amministrativa. Esercitano una funzione legislativa esclusiva su temi definiti come «interesse

<sup>3</sup> Mezzetti, Luca, "L'America Latina", in Carrozza, Paolo, Di Giovine, Alfonso, Ferrari, Giuseppe Franco (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 461.

<sup>4</sup> Steyler, Nico, "Comparative reflections on local government and metropolitan regions in federal countries", in Blindebancher, Raoul, Pasma, Chasma (ed by), *Dialogues on local government and metropolitan regions in federal countries*, *Forum of Federations*, 2007, Booklet Series, vol. 6, Montreal, McGill-Queen's University Press, p. 3; Steyler, Nico (ed by), *A Global Dialogue on Federalism*, vol. 6, *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2009.

locale» (artículo 30). Sebbene soggette a controllo giudiziario da parte dei tribunali statali e federali, le leggi municipali non possono essere modificate o sostituite dagli altri poteri (legislativi ed esecutivi) statali o federali.<sup>5</sup>

In Italia, invece, l'art. 114 della Costituzione recita: «La Repubblica è composta dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni», sembrando così fare riferimento più a una “Repubblica delle autonomie” che a un vero Stato federale. Secondo l'approccio “classico” al federalismo, la federazione (o Stato federale) è essenzialmente un'unione di stati ed è caratterizzata dalla presenza di due livelli di potere statale: quello centrale e quello locale. Al contrario, l'art. 114 indica gli elementi costitutivi della Repubblica mettendo in linea tutte le istituzioni territoriali del sistema, a partire da quelle più vicine ai cittadini: Comuni, Province, con la variabile Città metropolitane, Regioni e Stati. Per questo motivo molti autori preferiscono parlare dell'Italia come di un sistema policentrico —una Repubblica delle autonomie— piuttosto che di uno Stato federale.

Negli Stati Uniti, la federazione si basa, sin dalla sua origine, sulla distinzione tra poteri centrali (federali) e Stati federati, senza preoccuparsi dell'autonomia politica a livello locale-comunale. In altre parole, nel sistema federale degli Stati Uniti, «i governi locali sono creature legali degli Stati, stabilite in conformità con le costituzioni e gli statuti statali». Tutti gli Stati prevedono la creazione di governi locali e determinano quanta autorità può essere esercitata da ogni tipo di governo.<sup>6</sup>

Negli Stati Uniti del Messico, la figura dei Comuni si è progressivamente rafforzata a livello costituzionale con l'entrata in vigore della Costituzione del 1917. La realtà messicana economica, amministrativa e sociale mostra, tuttavia, ancora un grosso deficit per quanto riguarda il riconoscimento dell'autonomia municipale, a causa del forte centralismo politico che ha caratterizzato —e, in parte continua a caratterizzare— il contesto politico messicano. A ciò si aggiunga la presenza di un presidenzialismo “esasperato” che ha il compito di limitare l'effettivo consolidamento del governo locale; pertanto, a prescindere dalla tecnica di ripartizione delle competenze tra federazione ed enti territoriali periferici, il sistema politico messicano,

---

<sup>5</sup> Ferrari, Sergio, “Local Government in Brazil and Switzerland: A Comparative Study on Merger and Inter-Municipal Cooperation”, IFF Working Paper Online, Núm 5, Fribourg, 2015, disponible en: <https://www3.unifr.ch/federalism/en/research/iffworkingpaperonl.html>.

<sup>6</sup> Kincaid, John, “Overview of Local Government” in Kemp, Roger L. (ed. by), *Forms of Local Government*, MacFarland & Company Jefferson, 1999, p. 5.



come anche, seppur in maniera meno evidente, quello degli altri Stati ibero-americani tradizionalmente federali, non sempre riesce a configurare il federalismo come un freno al potere centrale. Le ragioni sono molteplici: l'assenza di un federalismo fiscale e la concentrazione nelle mani delle istituzioni centrali del potere di decidere in ordine all'esazione e all'allocatione delle risorse; una prassi democratica che si è consolidata solo nelle ultime decadi, poiché fino agli anni Ottanta tutti i Paesi dell'America Latina hanno vissuto parentesi caratterizzate dalla presenza di governi autoritari; una ripartizione di poteri che privilegia la figura presidenziale, ancor più che nella forma di governo statunitense, dal momento che gli è riconosciuta l'iniziativa legislativa ed esercita il potere di veto in misura spesso maggiore di quanto faccia il suo omologo negli USA.

In Messico, sin dall'antichità, la concentrazione di potere e di controllo nell'autorità centrale è stata sempre molto forte. Alcuni autori identificano le origini della centralizzazione nel popolo azteco e nella colonizzazione spagnola con i viceré.<sup>7</sup> Questo spiegherebbe, infatti, le caratteristiche principali del federalismo messicano, nato per conservare lo stato coloniale unitario contro le forze divisive e centrifughe, piuttosto che essere sorto come una forma specifica di decentramento territoriale. Come è stato sottolineato,<sup>8</sup> il sistema federale venne introdotto in Messico come un metodo per conservare l'unità nazionale e con il quale, al di là della necessità di garantire una forma di riparto delle competenze fra enti territoriali distinti, si voleva armonizzare il gioco di forze fra Città del Messico (capitale della Repubblica) e le aree di potere ubicate in ogni regione o località del Paese, in modo che non si separassero.

Di conseguenza, al di là delle formali dichiarazioni costituzionali a favore del decentramento, in Messico, come in molte altre realtà statali dell'America Latina, ciò che veramente caratterizza tali esperienze è la concentrazione di potere nelle mani delle istanze federali, a svantaggio dei poteri locali.

Fino al 2000 (sotto il controllo del Partito Rivoluzionario Istituzionale, le cui politiche si contraddistinguevano per essere centriste), anche se gli Stati e i Comuni mantenevano, sulla base della Costituzione, un buon numero di competenze e poteri, essi non potevano esercitarli perché i governatori degli

---

<sup>7</sup> Delgado de Cantù, Gloria M., *Historia de Mexico*, México, Pearson Prentice Hall, 2002.

<sup>8</sup> Torres Estrada, Pedro, "Federalismo e municipalità in Messico e Venezuela", in Pavani Giorgia, Pegoraro Lucio (a cura di), *op. cit.*, p. 328.

Stati e i sindaci municipali erano de facto controllati dal potere esecutivo nazionale e dal suo partito.

Alti e bassi hanno segnato la storia costituzionale del Messico, che si caratterizza soprattutto per l'avvicinarsi di carte costituzionali che riconoscevano la distribuzione territoriale dei poteri (come quelle del 1824 e del 1857) fra le quali si inserisce la parentesi centrista codificata dalla Costituzione del 1836.

Dopo il breve periodo dell'Impero di Massimiliano I e l'elezione del presidente Benito Juárez, la Costituzione del 1857 tornò in vigore fino al 1917, anno in cui fu sostituita da una nuova Costituzione, proclamata il 5 febbraio 1917 e che resta, nonostante le numerose revisioni, il cardine del sistema istituzionale di uno degli Stati più importanti dell'America Latina.

Nonostante il contenuto "federale" della nuova Costituzione, il Partito Rivoluzionario Istituzionale, che conservò il potere ininterrottamente nel Paese per 71 anni (dal 1929 al 2000), condusse un processo di ri-accentramento dei poteri nelle mani del presidente federale a discapito di Stati e Comuni. La centralizzazione costituzionale dei poteri nelle mani del governo federale diminuì considerevolmente il potere decisionale degli Stati e dei comuni: i governatori dello Stato, e anche molti sindaci furono formalmente nominati dal presidente, nei confronti del quale divenivano così responsabili, anche se eletti. I comuni messicani, pur se disciplinati dagli ordinamenti statali, continuavano di fatto a dipendere dal governo nazionale.

Durante gli anni 90 il governo nazionale iniziò a intraprendere politiche per favorire gli enti subnazionali, ma, nonostante i cambiamenti sociali e le modifiche costituzionali apportate nella seconda metà del XX secolo, i governi subnazionali (in particolare i comuni) non riuscirono a raggiungere la piena autonomia politica che un ordinamento federale richiede.

Nel 1997 Rodríguez<sup>9</sup> scrisse «le cose non sono cambiate molto dagli anni '70» e ogni livello di governo continua a essere più debole, più dipendente e più povero di quello collocato a un livello immediatamente superiore.

Solo con la transizione verso la democrazia avvenuta nel 2000 (quando il Partito Rivoluzionario Istituzionale perse la Presidenza del Messico), la distribuzione delle competenze iniziò a essere rispettata, grazie soprattutto all'introduzione di meccanismi costituzionali di protezione nella Costitu-

---

<sup>9</sup> Rodríguez, Victoria E., *Decentralization in Mexico. From reforma municipal to solidaridad to Nuevo federalismo*, Boulder, Westview Press, 1997.

zione. È stato, tuttavia, osservato<sup>10</sup> come, a prescindere dall'alternanza politica al potere esecutivo che si verificò nel 2000, con la fine del partito di centro-destra che aveva instaurato in Messico un regime monopartitico con metodi autoritari alcune pratiche e impronte del forte centralismo vissuto fino a quel momento sono permase anche successivamente.

Detto questo, in Messico (come in molti altri stati dell'America Latina) la Costituzione prevede, all'art. 115 un ulteriore livello di decentramento costituito, all'interno dei singoli Stati, dai liberi Municipi ai quali è sostanzialmente affidato l'esercizio delle competenze amministrative all'interno del territorio statale. Base di divisione territoriale, i Comuni sono rappresentati nella Costituzione messicana come una collettività organizzata e un'entità politica dotata di personalità giuridica e con propri beni.

La costituzione, infatti, è il documento fondamentale per la federazione messicana, come per tutti gli Stati federali, dal momento che essa regola la divisione dei poteri fra i vari livelli di governo, compreso il riconoscimento della competenza in materia di spesa pubblica e con riguardo all'aspetto tributario.

Più specificamente, il fondamento costituzionale del sistema federale messicano si basa sul combinato disposto degli articoli 2 e 40 della Costituzione: il primo stabilisce il principio dell'unità e dell'indivisibilità della nazione messicana, mentre il secondo dichiara: «È la volontà del popolo messicano costituire una Repubblica rappresentativa, democratica, laica, federale, composta da Stati liberi e sovrani in tutto ciò che riguarda il loro regime interno, e da Città del Messico, uniti in una federazione stabilita secondo i principi di questa legge fondamentale». Il disegno costituzionale è così fondamentalmente ispirato a due principi fondamentali: la separazione dei poteri e il federalismo.

All'articolo 115, la Carta costituzionale prevede anche un ulteriore livello di decentramento costituito, all'interno dei singoli Stati, da Comuni a cui è in gran parte affidato l'esercizio di poteri amministrativi all'interno del territorio dello Stato.

I comuni rappresentano il secondo livello della divisione amministrativa in Messico, dove la divisione amministrativa di primo livello è costituita dallo Stato, e sono regolati dalla costituzione federale, dalle costituzioni statali e dalla legislazione ordinaria.

<sup>10</sup> Torres Estrada, Pedro, *op. cit.*, p. 329.

Tutti gli Stati sono divisi in comuni, la più piccola entità politico-territoriale autonoma del Messico. Attualmente, ci sono 2.438 comuni che, malgrado le differenze economiche e sociali, presentano la stessa configurazione giuridico-costituzionale e a ciascuno dei quali ogni Costituzione statale dedica una parte del suo testo alla disciplina municipale. Buona parte dei Municipi presentano una struttura governativa che si basa su ciò che è conosciuto in Costituzione come il “Municipio libero”.

Il principio dell'autonomia locale è evocato nell'Art. 115 della Costituzione federale con riferimento ai “Comuni liberi”; questa espressione è usata come sinonimo di “Municipi autonomi” e chiarisce la volontà degli elettori di garantire e salvaguardare l'autonomia dei governi locali.

L'espressione “*el Municipio libre*” era stata messa in discussione da molti accademici<sup>11</sup> poiché in verità questa è l'ultima condizione che i governi locali sembrano avere in Messico, almeno fino al 2000. Il riferimento all'autonomia comunale ha evidenziato il profondo divario tra le regole scritte che hanno riconosciuto i governi locali dal 1917 e il modo in cui la politica messicana, durante la parentesi autoritaria, ha mantenuto le autorità municipali sotto un controllo economico e politico quasi totale dei governi federale e statale.<sup>12</sup>

L'Art. 105 della Costituzione (definito dagli autori come “*estabilizador del Poder Público*”) riconosce ai comuni la possibilità di ricorrere davanti al massimo tribunale messicano e impugnare leggi o atti contrari alla Costituzione che violino l'autonomia comunale.<sup>13</sup> La revisione della Costituzione messicana avvenuta nel 1994, che ha ampliato in misura significativa l'ambito delle c.d. controversie costituzionali previste nel summenzionato art.105, evidenzia come le Costituzioni federali latinoamericane abbiano preso in seria considerazione l'ipotesi che possano sorgere conflitti tra organi federali e organi degli Stati membri. Lungi dal trascurare questo aspetto, si è cercato di fare fronte a questo problema, riconoscendo in capo alla Corte

<sup>11</sup> Per un'attenta ricostruzione, *cf.*, Flores, Arturo A., *Local Democracy in Modern Mexico: A Study in Participatory Methods*, Arena Books, Bury St.Edmunds, 2005, pp. 9 ss.

<sup>12</sup> Fagen, Richard, Tuohy, William, *Politics and Privilege in a Mexican City*, Stanford, Stanford University Press, 1972, p. 83, osservano come «Each level of government is weaker, more dependent and poorer than its immediate-superior level. Local government is the least autonomous entity of the Mexican political pyramid».

<sup>13</sup> Sul punto, *ex multis*, *cf.*, Luna Leal, Marisol, “Conflictos por límites territoriales intermunicipales en México. Estado de la cuestión, México”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 299, disponibile en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2921/14.pdf>).

Suprema una funzione arbitrale di equilibrio fra i diversi livelli di governo. Questo procedimento di difesa è stato pensato e strutturato in modo da proteggere le istituzioni dello Stato, fra le quali i Comuni, in modo simile a come si proteggono i diritti fondamentali degli individui.

Il nuovo ruolo della Corte non si limita più a controllare la legittimità costituzionale delle leggi federali e statali o dei trattati internazionali. L'emendamento introdotto nel 1994 ha permesso di ampliare la competenza della Corte Suprema, riconoscendole il potere di risolvere i conflitti di competenze sorti fra governo federale, governi statali e Municipi.<sup>14</sup>

L'articolo 115, finalizzato a disciplinare i Comuni, regola i rapporti con gli stati e fissa un lungo e dettagliato elenco di principi cui le singole municipalità devono conformarsi.

Più specificatamente, la Costituzione messicana riconosce ai comuni potestà regolamentare. L'art.115, seconda sezione, stabilisce:

I consigli comunali hanno il potere di emanare, in conformità con in principi normativi stabiliti dalle assemblee legislative degli Stati, disposizioni di polizia e di buon governo, regolamenti, circolari e disposizioni amministrative di osservanza generale entro le loro rispettive giurisdizioni, per organizzare la pubblica amministrazione municipale, regolamentare le mater, i procedimenti, funzioni e servizi pubblici di loro competenza e assicurare la partecipazione cittadina e comunale.

Formalmente, la Costituzione messicana non riconosce il potere legislativo ai comuni (il potere legislativo appartiene solo alla Federazione e agli Stati), tuttavia alcuni autori<sup>15</sup> sostengono che i governi locali detengono questo potere dal punti di vista materiale. In sostanza, i comuni hanno una sorta di potere legislativo "sostanziale" che è assicurato dal modo in cui il sistema delle competenze locali è regolato.

L'art. 115 della Costituzione elenca, infatti, in dettaglio le competenze dei Comuni, sicché si può affermare che è la stessa carta costituzionale («la Legge Suprema di tutta l'Unione» come recita l'art.133) a fornire il parametro in base al quale la protezione della sfera di potere dei comuni è garantita. Questa è una caratteristica peculiare del sistema politico messicano.

<sup>14</sup> Fix-Fierro, Héctor, "Judicial Reform and the Supreme Court of Mexico: The Trajectory of Three Years", *Mexico Law Journal*, vol. 6, n. 1, 1998, p. 1.

<sup>15</sup> Torres Estrada, Pedro, *La autonomía municipal y su garantía constitucional directa de protección*, México, UNAM, 2005.

Conformemente al principio de reparto de competencias previsto nel testo costituzionale, il governo federale può legiferare ed è competente solo nelle materie che il legislatore costituzionale gli abbia espressamente riservato. (L'art.73 fornisce un lungo e dettagliato elenco delle attribuzioni riservate al Congresso federale); ciascuno Stato, a sua volta, può approvare leggi in tutti gli ambiti loro assegnati e in tutte quelle materie che la Costituzione non gli abbia precluso. Gli Stati membri possono cioè esercitare la propria competenza solo nelle aree che non appartenga a un altro livello di governo, e cioè che non siano state assegnate alla federazione o ai Comuni.

La municipalità è prevista nella Costituzione per soddisfare soprattutto due necessità: la fornitura di servizi e la pianificazione dello sviluppo.<sup>16</sup>

Più concretamente, la Costituzione stabilisce poteri e responsabilità comunali relativi alla fornitura di servizi pubblici come acqua potabile, drenaggio, fognature e trattamento delle acque reflue; illuminazione pubblica; pulizia, raccolta, trasferimento, trattamento e smaltimento finale dei rifiuti; mercati e centri di fornitura; cimiteri; passaggi pedonali; strade, parchi e giardini e relativa manutenzione; sicurezza pubblica, in conformità con i termini dell'articolo 21 della presente Costituzione, sicurezza pubblica e traffico urbano. I Comuni possono anche assistere i governi statali e federali in materia di istruzione, servizi di emergenza antincendio e servizi sanitari, protezione ambientale e manutenzione di monumenti e siti storici.

Per quanto riguarda la capacità di regolare le attività economiche locali, la Costituzione conferisce ai comuni il compito di formulare, approvare e amministrare piani regolatori e di sviluppo urbano municipale; partecipare alla creazione e gestione delle proprie riserve territoriali; partecipare alla programmazione di piani di sviluppo regionali, i quali devono essere in concordanza con i piani generali della materia; autorizzare, controllare e vigilare sull'utilizzo del territorio, nell'ambito della loro giurisdizione territoriale; intervenire nella regolamentazione della proprietà dei terreni urbani; rilasciare licenze e permessi per la costruzione; partecipare alla creazione e all'amministrazione di zone destinate a riserva ecologica e alla creazione e all'attuazione di programmi di ordinamento con riferimento a queste aree; intervenire nella preparazione e attuazione dei progetti di trasporto pubblico di passeggeri, quando questi progetti hanno un impatto sul loro ambito territoriale; concludere e sottoscrivere accordi per l'amministrazione e la custodia delle zone federali.

<sup>16</sup> Flores, Arturo, *op. cit.*

Come abbiamo detto prima, la riforma costituzionale del 31 dicembre 1994 riconosce poi ai Comuni il diritto di adire direttamente, in caso di conflitto di attribuzione, la Corte Suprema messicana impugnando leggi e atti contrari alla Costituzione che violino l'autonomia municipale. Si deve, tuttavia, notare che le sentenze pronunciate dalla Corte Suprema hanno effetti solo *inter pares* e non anche *erga omnes*, pertanto la legge dichiarata incostituzionale sarà disapplicata solo nei confronti del Comune che ha sollevato la controversia costituzionale che, in questo caso non avrebbe effetti generali. In ogni caso il potere di ricorrere alla Corte previsto dall'art.105 Cost. ha contribuito ad aiutare i Comuni a far rispettare le proprie competenze e la propria autonomia.

I Comuni sono “governati” ciascuno da un consiglio comunale (*ayuntamiento*) che rappresenta un organo collegiale pienamente democratico, dal momento che tutti i suoi componenti sono eletti a suffragio universale (art.115 Cost.). L'*ayuntamiento* è guidato da un sindaco o presidente municipale (*presidente municipal*) il cui lavoro è supportato da un numero predeterminato di consiglieri comunali (*regidores*) e dagli assessori (*síndicos*), che operano nel rispetto dei principi normativi generali stabiliti dalle assemblee legislative degli Stati cui i Comuni appartengono.

Va osservato l'impiego particolare del termine “*governado*”, che è stato introdotto al posto del termine “*amministrato*” dopo la riforma costituzionale del 1999, con la quale è stato anche modificato l'articolo 115. Con tale locuzione, il legislatore mostra di voler considerare il Comune non solo come una entità autarchica che persegue funzioni puramente amministrative ma in modo più complesso come un “governo” di rango costituzionale.<sup>17</sup> Il riconoscimento della “capacità di governo” a favore dei Comuni, nell'ambito delle proprie competenze costituzionali, spiega altresì la scelta del legislatore costituzionale di parlare anziché più riduttivamente di “livelli” di governo, di “ordini” di governo (*órdenes de gobierno*) che si collocano sullo stesso piano di eguaglianza, benché siano limitati rispetto alle attribuzioni che la Costituzione assegna a ciascuno dei tre enti territoriali.

---

<sup>17</sup> Olivos Campos, José René, “Gobernación municipal en Mexico: alcances y desafíos”, *Revista IUS*, vol. 7, núm. 32, julio-diciembre de 2013, p. 118, il quale osserva come il riconoscimento della capacità di *governar* comporti la possibilità di esercitare: «la acción y los resultados de gobernar, que conjuga legalidad, administración, recursos, organización, decisiones y participación mediante las instituciones del gobierno para la atención de exigencias, la definición de objetivos y la conducción de la sociedad».



La Constitución concede i poteri di governo esclusivamente al Consiglio comunale e non ci devono essere entità o autorità intermedie tra questo e le amministrazioni dello Stato. I membri dei consigli comunali non possono essere rieletti per il periodo immediatamente successivo.

A partire dal 1983, i Municipi possono riscuotere tasse sulla proprietà e tariffe pagate dagli utenti. Va però evidenziato come la maggior parte delle risorse derivino dai finanziamenti versati ai Comuni dagli Stati e dal governo federale più che essere il frutto di un' autonoma e riconosciuta potestà municipale in materia di regolamentazione delle entrate locali.

A ciò si aggiunga che, sulla base dell' art. 115, i consigli comunali, previo accordo fra loro, possono coordinare le loro attività e collaborare per una maggiore efficace prestazione dei servizi pubblici o il miglior esercizio delle rispettive funzioni. In questo caso, trattandosi dell' associazione di comuni di due o più Stati, è necessaria l' approvazione delle rispettive assemblee legislative degli Stati.

Infine, la Costituzione, nel rispetto dell' art. 2 che riconosce la composizione pluriculturale del Paese, basata originariamente sui suoi popoli indigeni,<sup>18</sup> prevede anche la possibilità di costituire “Comuni indigeni” con poteri simili a quelli degli altri Comuni messicani, allo scopo di rappresentare le autorità territoriali nelle quali si concentra una grande percentuale di indigeni. L' art. 115, III sezione, quarto comma, stabilisce espressamente che «le comunità indigene, nell' ambito comunale, possono coordinarsi e associarsi nei termini e per i fini previsti dalla legge», e segna il passaggio da un regime del *Municipio libre* mono-municipale ad un regime multi-municipale.<sup>19</sup>

Nel complesso, il decentramento sembra essere stato garantito in linea di principio e sul piano formale, ma dal punto di vista sostanziale non pare sia stata prestata sufficiente attenzione alle modalità che ne avrebbero consentito la piena e concreta attuazione. Il decentramento politico non è stato, infatti, assunto nella sua interezza. La centralizzazione storica in tutte le sue forme continua, infatti, a rappresentare il vero problema, fungendo da ostacolo alla effettiva realizzazione di uno Stato decentra-

<sup>18</sup> Sull' art. 2 cfr., Magneschi, Chiara, “Una riflessione sull' articolo 2 della Costituzione messicana: i “diritti indigeni””, *Jura Gentium*, 2009, disponibile en: <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/magneschi.htm>.

<sup>19</sup> Araceli Bargaete Cal y Mayor, “Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México”, *Alteridades*, México, vol. 18, núm. 35, enero-junio de 2008.

to che garantisca l'autonomia territoriale a tutti livelli, a cominciare da quello comunale.

L'instabilità costituzionale che da sempre ha contraddistinto i paesi dell'America Latina, come si è già precisato, è una delle ragioni che ha portato il Messico, come numerosi altri ordinamenti ibero-americani, a consentire una anomala concentrazione del potere esecutivo nelle mani del Presidente e a sviluppare forme di iper-presidenzialismo che hanno finito per incidere negativamente sull'equilibrio dei poteri, sia a livello orizzontale che a livello verticale. Le parentesi autocratiche caratterizzate dall'alta concentrazione di poteri nelle mani degli organi centrali hanno lasciato il loro segno e hanno condizionato in parte i successi processi di transizione democratica, laddove si è voluto conservare una certa tendenza a riconoscere maggiore importanza al governo centrale rispetto a quello degli Stati membri.

Per quanto la Costituzione, dal punto di vista formale, abbia riconosciuto ai Comuni un ruolo rilevante all'interno dello stato federale, dal punto di vista sostanziale i governi locali non sono mai riusciti a esercitare appieno i propri poteri, né hanno potuto disporre di risorse proprie o di una forza politica tale da consentire loro di godere di una piena autonomia e una effettiva ed efficace capacità decisionale.<sup>20</sup>

In definitiva, anche se il Messico è un Paese federale, come recita la Costituzione, esso conserva molte caratteristiche tipiche degli Stati accentrati che lo rendono un ordinamento molto particolare. Nonostante l'adesione formale di tutte le entità della federazione (compresi i comuni) al principio di eguaglianza, la realtà pratica è piuttosto diversa e si avverte una certa difficoltà a rispettare appieno questo principio. E ciò non soltanto per la differenza di risorse pubbliche tra gli Stati (e fra le municipalità), ma anche a causa —secondo alcuni—<sup>21</sup> della portata troppo ampia e vaga delle

<sup>20</sup> Santin del Rio, Leticia, "Decentralization and Democratic Governance in Mexico", in Tulchin, Joseph S., Selee, Andrew (ed. by), *Decentralization and Democratic Governance in Latin America*, Washington, Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press, 2004, p. 167; Carrera-Hernandez, Ady P., "La descentralización municipal in México. Breve historia de su evolución y desafíos", *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Granada, núm. 11, noviembre de 2016, il quale sottolinea come il processo di autonomia e decentralizzazione dei municipi messicani non sia stato lineare, al punto da potersi parlare di una «descentralización sin autonomía».

<sup>21</sup> Galilea Ocón, Sergio, Letelier Saavedra, Leonardo, "El estado de los servicios descentralizados en América Latina. Una perspectiva comparada", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 55, febrero de 2013, p. 17.

norme che assegnano le competenze e di quella clausola sui poteri impliciti che consente di aggiungere alle competenze riconosciute in capo alla Federazione un ulteriore potere normativo da esplicitarsi in tutti gli ambiti che essa ritenga necessari per regolare le materie a essa attribuite dalle disposizioni costituzionali.

Un esempio che mostra come il fenomeno della centralizzazione continui a persistere nell'ordinamento giuridico messicano e a condizionare l'autonomia comunale è dato dall'attuazione del "Comando unico di polizia" introdotto attraverso la recente riforma dell'articolo 21 della Costituzione introdotta il 29 gennaio 2016. Il nuovo regolamento stabilisce, infatti, che la sicurezza pubblica ora «è una funzione della Federazione, delle entità federate e dei Comuni», ma non definisce in dettaglio i campi d'azione di ciascuna area di governo.

L'articolo 115 della Costituzione messicana, così come modificato dalle revisioni costituzionali che hanno avuto luogo a partire dal 1983, ha indubbiamente conferito, almeno sulla carta, molti poteri ai comuni e, dal punto di vista formale, ha aumentato il controllo del governo locale sui propri affari. Più in particolare, negli ultimi trent'anni, in Messico, alle municipalità è stato riconosciuto il diritto a partecipare all'indirizzo politico dello Stato di cui fanno parte, e al processo di revisione o integrazione della Costituzione del suo Stato. Va tuttavia osservato come, ancora una volta, dal punto di vista sostanziale le riforme abbiano avuto in verità un impatto piuttosto limitato sull'autonomia politica del Comune.

Uno degli esempi più chiari è dato dalla riscossione dell'imposta patrimoniale: i Municipi non sono titolari di un potere di imposizione fiscale diretta, ma dipendono integralmente dai trasferimenti disposti dal Governo federale.<sup>22</sup> Come è stato osservato,<sup>23</sup> il trasferimento di maggiori poteri ai governi subnazionali non ha significato un corrispondente aumento delle loro capacità amministrative e istituzionali.

Si può infatti notare una forte dipendenza delle autorità subnazionali dalle entrate raccolte a livello federale e statale e, di conseguenza, si può parlare di un decentramento effettivo e reale per la scelta delle spese e

---

<sup>22</sup> Vedaschi, Arianna, "Il federalismo fiscale in Messico", in Ferrari, Giuseppe Franco (cura di), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli, 2010, pp. 504-505.

<sup>23</sup> Cabrero Mendoza, Enrique, "Fiscal federalism in Mexico: Distortions and Structural Traps", *Urban Public Economics Review*, vol. 18, 2013, p. 12.

non anche per la gestione autonoma delle entrate. Per questa ragione si può parlare di un decentramento fittizio o perlomeno realizzato a metà, dal momento che vede limitate le azioni dei governi subnazionali e agisce come un meccanismo normativo che controlla l'autonomia sia degli Stati che dei Comuni.<sup>24</sup>

Il significativo aumento delle entrate comunali è quindi la conseguenza della crescita dei finanziamenti federali e non è dunque imputabile al riconoscimento della capacità impositiva delle amministrazioni locali ai quali è per lo più negata la possibilità di riscuotere direttamente le imposte. Le risorse trasferite dai governi federali messicani agli Stati e ai Comuni rappresentano infatti la principale fonte di reddito a livello locale con gravi conseguenze sullo sviluppo economico del singolo Comune.<sup>25</sup>

Come è stato osservato il Messico, rispetto ad altri ordinamenti, sia federali che unitari, presenta un grave squilibrio tra le entrate e le spese del governo a livello centrale e subnazionale. Dal punto di vista delle entrate, il Messico sembra più vicino ai governi unitari che ai sistemi federali. Al contrario, la spesa rende il Messico più simile ai Paesi caratterizzati da un elevato decentramento di poteri. Si potrebbe allora dire che il Messico spende come uno Stato federale ma genera entrate al pari di un Paese centralizzato.

A differenza della definizione tradizionale di “decentramento” (la cui peculiarità è il trasferimento di funzioni e risorse dal governo nazionale alle entità subnazionali), il dislocamento di poteri a vantaggio delle municipalità messicane è avvenuto, da un lato, assicurando una deconcentrazione

---

<sup>24</sup> Unda Gutiérrez, Mónica, Moreno Jaimes, Carlos, “La recaudación del impuesto predial en México: un análisis de sus determinantes económicos en el período 1969-2010”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, nueva época, vol. 60, n. 225, septiembre-diciembre de 2015, p. 45, osservano come «La constante de la historia fiscal mexicana ha sido la baja recaudación tributaria. Los tres niveles de gobierno la padecen pero quien más la sufre es la hacienda municipal».

<sup>25</sup> Romo de Vivar Mercadillo, Manuel Ricardo, “Descentralización fiscal, capacidades administrativas y recaudación del impuesto predial en los municipios de México: una aproximación teórica”, *Economía y Sociedad*, núm. 35, julio-diciembre de 2016, p. 155, ma spec., p. 156, osserva testualmente: «México ha vivido un proceso de descentralización fiscal, con diferentes intensidades y ritmos, para hacer frente a los problemas públicos que se presentan a nivel estatal y, especialmente, en el ámbito municipal, este proceso se ha distinguido por la transición de un modelo centralizador a uno descentralizado que busca tanto la equidad fiscal como la eficiencia económica, mediante las Funciones de distribución y asignación de los recursos, por parte del gobierno federal a los gobiernos locales».

dall'alto verso il basso di poteri e risorse ma, dall'altro lato, ha comportato un ri-accentramento dal basso verso l'alto per ciò che concerne la riscossione dei redditi e la fornitura di servizi.<sup>26</sup>

In sostanza, si può cogliere una sorta di divario tra forma e sostanza, o meglio, tra autonomia formalmente riconosciuta ed efficace ed effettivo decentramento così male implementato. Si può infatti parlare di una decentralizzazione parzialmente “fittizia”.

La conclusione parrebbe allora essere quella sottolineata in un articolo pubblicato su *The Economist* del 15 novembre 2014, intitolato *Mexico's political system. Redrawing the federal map*, in cui, efficacemente, sul sistema fiscale messicano, è stato scritto «Il potere si può disperdere, il denaro no», evidenziando come l'80% delle entrate federali sia stanziato per la federazione; la maggior parte del residuo spetta agli Stati, mentre soli il 5% viene devoluto i comuni.



---

<sup>26</sup> Selee, Andrew, *Decentralization, Democratization and Informal Power in Mexico*, Pennsylvania, Penn State University Press, 2011; Astudillo Moya, Marcela, García Morales, María Isabel, “Inter-Governmental Fiscal Relationships of Municipalities in Argentina and Mexico”, *International Journal of Accounting and Taxation*, June 2015, vol. 3, n. 1, p. 15; Smith, Heidi Jane, “Descentralización fiscal y capacidad de gobiernos locales: los casos de México y Argentina 1990-2010”, *Revista de Administración & Desarrollo* (Colombia), vol. 41, p. 45.



## La constitucionalidad de la cláusula de barrera instituida en Brasil por la Enmienda Constitucional 97

Fabio LIMA QUINTAS\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Una perspectiva dialógica para la jurisdicción constitucional.* III. *¿Qué nos dice el STF en relación con la cláusula de barrera, en el juicio de la ADI 1.351?* IV. *¿Qué nos dice el STF en relación con la distribución del tiempo para la propaganda electoral gratuita?* V. *Conclusión.* VI. *Referencias.*

### I. INTRODUCCIÓN

En Brasil, la promulgación de la Enmienda Constitucional 97, del 4 de octubre de 2017, volvió a traer a colación la discusión sobre la cláusula de rendimiento electoral,<sup>1</sup> ahora con estatus constitucional e instituida de forma

---

\* Doctor en derecho del Estado (derecho constitucional) por la Universidad de São Paulo, Brasil. Profesor en el Instituto Brasiliense de Derecho Público-IDP (Brasilia-DF); [fabioquintas@idp.edu.br](mailto:fabioquintas@idp.edu.br).

<sup>1</sup> Para Diogo Rais y Paulo Henrique Espagnol de Farias, la cláusula de barrera se asocia a la siguiente cuestión: “¿es legítimo restringir la vida de los partidos a partir de sus resultados electorales?”. Por otro lado, la cláusula de rendimiento se asocia a la respuesta dada a la siguiente cuestión: “¿el rendimiento electoral pasado puede obstar la participación del partido en las elecciones subsecuentes?”. La cláusula de barrera “se relaciona a la participación de los diputados y senadores de las agrupaciones políticas en las Casas Legislativas”, mientras que la cláusula de rendimiento electoral trata “de la posibilidad de participar en las elecciones”. Aunque ambas cláusulas tienen el mismo objetivo, afectan a aspectos distintos de la organización partidaria (Rais, Diogo y Farias,

progresiva, al ir imponiendo requisitos que han de ser cumplidos a partir de 2018 y que estarán plenamente vigentes en 2030, a fin de habilitar a los partidos políticos a recibir recursos del fondo partidario y a tener acceso a la propaganda electoral partidaria gratuita (ya que dicha cláusula de rendimiento no impide el acceso de los partidos a esa propaganda electoral ni al Fondo Electoral de Financiamiento de Campaña).

Cuando estén vigentes todos los requisitos previstos en la Enmienda Constitucional 97,

...sólo tendrán derecho a recursos del fondo partidario y acceso gratuito a la radio y a la televisión, en la forma de la ley, aquellos partidos políticos que, de forma alternada: I – obtengan, en las elecciones para la Cámara de Diputados, como mínimo, el 3% (tres por ciento) de los votos válidos, distribuidos en al menos un tercio de las unidades de la Federación, con un mínimo del 2% (dos por ciento) de los votos válidos en cada una de ellas; o II – hayan conseguido elegir al menos quince Diputados Federales, distribuidos en al menos un tercio de las unidades de la Federación (artículo 17, párrafo 3o., de la Constitución brasileña) [traducción propia].<sup>2</sup>

Es cierto que esta nueva conformación del sistema electoral brasileño (recordando que la Enmienda Constitucional 97 veda coligaciones en elecciones proporcionales) provocará profundas modificaciones en el sistema partidario: la cantidad de partidos políticos con actuación en el Parlamento del país será menor y tendrán dificultades de acceso a él los que carezcan de representación.<sup>3</sup>

Algunos identificarán en esta nueva enmienda constitucional una decisión política que desafía el entendimiento firmado por el Supremo Tribunal Federal (STF), el cual, al juzgar las acciones declarativas de inconstitucio-

---

Pedro Henrique Espagnol de, “O STF e a cláusula de barreira: entre as experiências e suas projeções”, *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, vol. 21, núm. 1, pp. 95-118, noviembre de 2017).

<sup>2</sup> “...somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação” (art. 17, § 3o., da Constituição brasileira).

<sup>3</sup> Ribeiral, Tatiana Braz, “Cláusula de barreira: reflexões da história recente no Brasil”, *Cadernos Adenauer XVIII*, núm. 4, 2017, p. 78.



nalidad (ADI) 1.351 y 1.354, reconoció la inconstitucionalidad de diversos dispositivos de la Ley 9.096, de 1995, que fijaban límites a los partidos políticos que no logran cierto rendimiento electoral, y estableció cláusulas de rendimiento y de barrera (como hizo, más recientemente, la ADI 4.430).

En este sentido, Marco Anthony Steveson Villas Boas<sup>4</sup> ya afirmaba, en 2013, que la propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) 2, de 2007, al disponer sobre la aplicación de la cláusula de barrera a los partidos políticos preexistentes, “sea por ley infraconstitucional, sea por enmienda a la Constitución, además de ignorar el estatus activo y positivo (percepción del fondo partidario y derecho a la propaganda gratuita en la radio y en la televisión)”<sup>5</sup> [traducción nuestra], atentaba contra diversas normas constitucionales, destacando también la necesaria defensa de la isonomía, la libertad de los partidos políticos, la soberanía popular, el pluralismo político, el pluripartidismo, la protección de las minorías, la libertad de asociación y la igualdad de voto de los electores.<sup>6</sup>

El hecho de identificar, en las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil, un fuerte obstáculo a la actuación política deriva de una forma de pensar la interacción entre democracia, soberanía popular y Constitución, en un Estado constitucional que concibe la necesidad de mantener íntegro un conjunto de normas (carta magna) de la acción política ordinaria, por medio de la actuación de un órgano que se encuentre aislado de la influencia directa de la política.

En la reflexión que se plantea sobre quién ha de ser el guardián mayor de la Constitución, entre los extremos de la supremacía parlamentaria y de la denominada en inglés *judicial review of legislation*, se ha estado pensando en las últimas décadas sobre la virtud de los sistemas de control de constitucionalidad que invierten en la interacción entre los tribunales constitucionales y los órganos políticos, bajo la hipótesis de que cada uno de estos polos posee capacidades institucionales complementarias.

---

<sup>4</sup> Villas Boas, Marco Anthony Steveson, “A cláusula de barreira no direito brasileiro”, *RIDB*, año 2, 2013, núm. 8, pp. 8966-8969, disponible en: <http://www.idb-fdul.com>.

<sup>5</sup> “seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar os status ativo e positivo (percepção do fundo partidário e direito à propaganda gratuita no rádio e na TV) dos partidos políticos”.

<sup>6</sup> En sentido diverso, véase: Agra, Walber de Moura y Alencastro Neto, Emiliane Priscilla, “A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 12, núm. 2, 2o. cuatrimestre de 2017, disponible en: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

Esta fue la premisa metodológica que adoptó el ministro Luiz Fux en el juicio de la ADI 5105, al analizar la constitucionalidad de la Ley 12.875, de 2013, en la cual se establecían criterios de distribución del tiempo de radio y televisión para las nuevas asociaciones partidarias. Para el Ministro Fux,

...el marco teórico actual de los diálogos constitucionales repudia la adopción de concepciones “juriscéntricas” en el campo de la hermenéutica constitucional, en la medida en que preconiza, descriptiva y normativamente, la inexistencia de una institución poseedora del monopolio del sentido y del alcance de las disposiciones magnas, además de llevar a la gramática constitucional a otros foros de discusión, más allá de los Tribunales [traducción nuestra].<sup>7</sup>

A partir de ese enfoque institucional que privilegia el denominado “diálogo constitucional” y que busca identificar (nuevos) límites y posibilidades para el ejercicio de las funciones de los poderes (y que es refractaria de respuestas definitivas en cuestiones constitucionales), se propone una nueva reflexión acerca de la constitucionalidad de la cláusula de rendimiento, ahora instituida por la Enmienda Constitucional, teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el propio Supremo Tribunal Federal para declarar, en 2006, la inconstitucionalidad de la cláusula de barrera<sup>8</sup> establecida por la Ley 9.096 de 1995.<sup>9</sup>

## II. UNA PERSPECTIVA DIALÓGICA PARA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En el marco del debate constitucional estadounidense que se desarrolló a partir de 1962, y que aún hoy resuena en las discusiones sobre jurisdicción

---

<sup>7</sup> “o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descriptiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes”.

<sup>8</sup> En el juicio de la ADI 1.351, se les dio un sentido semejante a las expresiones “cláusula de barrera”, “de rendimiento” y “de exclusión”.

<sup>9</sup> Ese enfoque puede y debe asociarse al enfoque hermenéutico, como, por ejemplo, a la teoría estructurante del derecho, de Friedrich Müller, que al negar la asociación entre norma y texto normativo, le atribuye al contexto normativo (realidad de vida) un papel fundamental a la hora de darle sentido a la norma (Müller, Friedrich, *Metodologia do direito constitucional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010).

constitucional, Alexander Bickel observó con perspicacia la naturaleza minoritaria de la jurisdicción constitucional. Sobre ella, destacó su capacidad de sancionar decisiones políticas tomadas por instituciones democráticamente elegidas, al tener la última palabra al respecto, así como percibió la tendencia de la jurisdicción constitucional a debilitar los procesos democráticos.<sup>10</sup> Para dicho autor, el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra acerca de la inconstitucionalidad resulta tanto o más relevante que la constatación de que hay un déficit democrático en la formación de los tribunales.<sup>11</sup>

Como se ha destacado en otra oportunidad,<sup>12</sup> esta constatación nos lleva a concluir que el desafío de la jurisdicción constitucional radica en encontrar una justificación consistente a la hora de legitimar su actuación sobre la voluntad democrático-mayoritaria.

En las últimas décadas se ha planteado una alternativa para salir de ese dilema, consistente en proponer que la relación entre el Tribunal Constitucional y los órganos político-democráticos (principalmente el Parlamento) se vea pautada por el diálogo institucional.

Como bien observa Christine Bateup,<sup>13</sup> el diálogo institucional alcanza el importante objetivo de mitigar la dificultad minoritaria, ampliando, por consiguiente, la legitimidad del control ejercido por la jurisdicción constitucional, dado que las decisiones del Tribunal Constitucional ya no son concebidas como la última palabra sobre la Constitución, sino como una premisa que se establece para la acción política futura.

Bajo esa perspectiva, se han desarrollado diversas teorías que “enfatan que el Poder Judicial no tiene el monopolio en la interpretación constitucional (desde el punto de vista empírico), ni debe tenerlo (desde el punto de vista normativo)” [traducción nuestra].<sup>14</sup> Al revés, “cuando ejercitan el control de constitucionalidad, los jueces entablan un diálogo interactivo, interconectado y dialéctico sobre el significado de la Constitución” [tra-

---

<sup>10</sup> Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 18-20.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 16-23.

<sup>12</sup> Autor/a, 2016, p. 127.

<sup>13</sup> Bateup, Christine, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *Brooklyn Law Review*, vol. 71, NYU Law School, Public Law Research Paper, 2006, pp. 1.145-1.148.

<sup>14</sup> “emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation”.

ducción nuestra].<sup>15</sup> O, como lo sintetiza Bateup:<sup>16</sup> “los juicios acerca del control de constitucionalidad son generados, o deberían serlo idealmente, por medio de un proceso de elaboración compartida entre el Poder Judicial y otros actores constitucionales” [traducción nuestra].<sup>17</sup>

Al reflexionar sobre la metodología apropiada para realizar la interpretación constitucional desde una perspectiva dialógica y hacer un amplio análisis de las teorías dialógicas, Bateup considera como la visión más provechosa en lo tocante al diálogo constitucional en el Estado constitucional moderno aquella que funde las propuestas de las teorías dialógicas que ella denomina *equilibrium* y *partnership*.

Las teorías basadas en el equilibrio (*equilibrium*) se centran en la capacidad del poder judicial para promover y facilitar el debate constitucional en el seno de la sociedad, del que pueden surgir respuestas más consistentes y amplias para las cuestiones constitucionales.<sup>18</sup> Las teorías centradas en la cooperación (*partnership*), a su vez, ponen de relieve las características distintivas de las funciones judicial (de control de constitucionalidad) y legislativa, ejercidas por los respectivos poderes, y destacan que la solución a la cuestión constitucional implica reconocer que el Poder Legislativo trae consigo una perspectiva única e insuperable sobre el sentido de la Constitución.<sup>19</sup>

La fusión de ambas propuestas, para Bateup, responde mejor a la objeción democrática contra el control de constitucionalidad, sin descuidar la necesidad de ofrecer una visión normativa respecto a la *judicial review* en una democracia constitucional.

En otras palabras, esta propuesta pretende resignificar el control de constitucionalidad (para trabajar con la dificultad minoritaria y con el hecho de que, por lo general, se suelen confrontar distintas visiones razonables y persuasivas sobre el sentido de la Constitución), y destacar el papel de la *judicial review* a la hora de generar respuestas más aceptables en temas constitucionales, dado que busca involucrar en el proceso decisorio a toda la sociedad, a fin de conseguir que se adopten soluciones institucionales

---

<sup>15</sup> “when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning”.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 1109.

<sup>17</sup> “constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors”.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 1174 y 1175.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 1175.

más consistentes cuando toma en consideración las perspectivas decisivas de los demás poderes políticos.<sup>20</sup>

El desafío que se plantea reside, entonces, en reflexionar sobre la forma de modelar el proceso constitucional para conformarlo a esta finalidad que se le atribuye al control de constitucionalidad.

*¿Es prudente pensar el control de constitucionalidad en Brasil desde una perspectiva dialógica?*

Pese al protagonismo que el Supremo Tribunal Federal ha asumido en el sistema político brasileño, la práctica activista del ejercicio constitucional ante el sistema político no resulta una característica necesaria, sino sólo contingente, del régimen de control de constitucionalidad.

Es cierto que la Constitución de 1988 ha potencializado la participación política del Poder Judicial. En el momento actual del constitucionalismo, conforme ya lo señala el profesor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>21</sup> el Poder Judicial (incluidos los tribunales constitucionales) “se ve fortalecido, al menos en lo que se refiere a su papel de tutela del Estado de Derecho y de guardián de la Constitución” [traducción nuestra].<sup>22</sup> Hoy día, estas dos tareas están asociadas, “indiscutiblemente, a su papel como Poder” [traducción nuestra].<sup>23</sup> En el ámbito de la Constitución de 1988, continúa el profesor Manoel Gonçalves,<sup>24</sup> “el Poder Judicial florece” [traducción nuestra],<sup>25</sup> en función de las actividades políticas que está asumiendo, como consecuencia de “instrumentos previstos en la Constitución y por las particularidades de esta última” [traducción nuestra].<sup>26</sup>

Sin embargo, el eje conductor del sistema político presidencialista brasileño debería residir en el Poder Ejecutivo, en lo que se ha convenido denominar “gobierno”, para calificar el centro de decisiones políticas, incluso en un escenario de fragmentación partidaria resultante de un

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 1176-1180.

<sup>21</sup> Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 183.

<sup>22</sup> “aparece fortalecido, ao menos no que tange ao seu papel de tutela do Estado de Direito e de guardião da Constituição”.

<sup>23</sup> “sem contestação, ao seu papel como Poder”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>25</sup> “o Judiciário floresce”.

<sup>26</sup> “instrumentos previstos na Constituição e pelas particularidades desta”.

régimen electoral de representación proporcional para la formación del Poder Legislativo. En un estudio clásico, Sérgio Abranches,<sup>27</sup> al hacer un análisis de las soluciones institucionales que constan en el texto constitucional de 1988, concluyó afirmando la posibilidad de establecer un pacto de gobernabilidad, a partir de lo que llamó presidencialismo de coalición, caracterizado por una Presidencia fuerte y por la formación de grandes coaliciones (con dos ejes, el partidario y el estatal, como destaca Carlos Blanco de Moraes).<sup>28</sup> Ello generaría un presidencialismo mitigado (pero con un poder sobre la agenda compartido con el Congreso, que se beneficiaría de recursos del presidente).

En las vísperas de que se cumplan 30 años de vivencia bajo la égida de la Constitución de 1988, la impresión que se tiene en Brasil es otra: el Supremo Tribunal Federal (STF) se ha convertido en un verdadero protagonista en el escenario político, dejando su posición de moderador o árbitro entre los diversos actores constitucionales.

Esta es la visión de Carlos Blanco de Moraes.<sup>29</sup> Según este catedrático de la Universidad de Lisboa, no cabe duda de que el papel político del STF creció con la Constitución de 1988, debido al fortalecimiento del sistema de control de constitucionalidad. Además, el jurista portugués identifica una práctica constitucional de injerencia de este Tribunal en la esfera política de otros órganos constitucionales, con las interpretaciones audaces que, según él, coquetean con el “Estado judicial” de Carl Schmitt. Esto significa decir que el STF, en determinadas situaciones, actúa como un poder moderador y, en otras, como un impulsor de alteraciones normativas que penetran, incluso, en la reserva que le corresponde al legislador constitucional. Así, el STF se ha desarrollado como un “súper-Tribunal Constitucional”, que se ha concedido prerrogativas que le permiten ejercer materialmente como todos los poderes, inclusive el Constituyente.

A causa de este activismo del STF y, también, de la frecuencia con la que se promulgan, en Brasil, enmiendas constitucionales, Moraes llega a clasificar la Constitución de 1998 no sólo como prolija y analítica, sino también como nominalmente rígida.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Abranches, Sérgio Henrique Hudson de, “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, vol. 31, núm. 1, 1988, pp. 5-34.

<sup>28</sup> Moraes, Carlos Blanco de, *O Sistema Político*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 406.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 403-418.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 403.

A pesar de la práctica constitucional activista que se ha establecido, se reafirma aquí el entendimiento de que dicha práctica es contingente, y no necesaria, dado que los mecanismos institucionales previstos en la Constitución de 1988, que han dado densidad al principio de la separación de poderes, admiten la formación de soluciones institucionales más dinámicas y creativas.

De hecho, nadie debe negar que cumplir y poner en funcionamiento la Constitución son deberes que se imponen a todos los poderes y a la sociedad. Además, es cierto que el STF desempeña un papel fundamental en la guardia de la Constitución. Igualmente, ha de enfatizarse que, en un Estado democrático, los cambios del derecho debe realizarlos preponderantemente la política, por medio de representantes elegidos de manera democrática, hecho éste que encuentra en el Parlamento, idealmente, el ambiente privilegiado de su realización.

En efecto, hay que recordar que, en principio, las decisiones del STF no vinculan al legislador, en los términos del artículo 102, párrafo 2o., de la Constitución brasileña,<sup>31</sup> lo que deja abierta la posibilidad de que el Congreso Nacional del país supere las decisiones del STF por medio del proceso legislativo, con la edición de leyes y, si fuera necesario, de enmiendas constitucionales.

Y esa posibilidad no resulta trivial, incluso en países en los que hay mecanismos fuertes de superación de decisiones de la Corte Constitucional. Esa es la percepción de Mark Tushnet.<sup>32</sup> Al examinar la sección 33 del dispositivo constitucional canadiense (conocida como la *notwithstanding clause*), que confiere a los parlamentos de las provincias la posibilidad de rechazar expresamente la lectura hecha por la Corte Suprema respecto a un derecho fundamental, Tushnet expone que dicha cláusula se ha usado raramente en la historia constitucional de Canadá porque, en su opinión, el coste político para el Parlamento de rechazar expresamente una decisión de la Corte Suprema es mucho mayor que simplemente promulgar otra ley sustancialmente similar a aquella declarada inconstitucional.

---

<sup>31</sup> Artículo 102, párrafo 2o. Las decisiones definitivas de mérito, pronunciadas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad, producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, respecto a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal (traducción nuestra).

<sup>32</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.



Esta percepción nos parece correcta: para promover el diálogo institucional entre los poderes instituidos, puede resultar útil aprovechar la posibilidad de que el Poder Legislativo ejerza su prerrogativa de promulgar nuevas leyes. En Brasil, hemos visto algunos buenos ejemplos de ese diálogo institucional,<sup>33</sup> una evidencia de que, para promover una efectiva interacción entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, puede ser suficiente que el Congreso Nacional invierta en el ejercicio de su función de legislar.<sup>34</sup>

Dicha visión ciertamente nos remite a la preocupación por la democracia, el constitucionalismo, la soberanía popular y el funcionamiento de los poderes. Además, tiene la virtud de indicar que el debate sobre el contenido de la Constitución no termina sólo en la elección de determinados valores sustantivos que deberían guiar la interpretación constitucional, sino que también exige una visión institucional acerca de qué agentes han de tener el poder de decisión sobre la Constitución y de los límites a los que se someten en ese proceso decisorio.

### III. ¿QUÉ NOS DICE EL STF EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA DE BARRERA, EN EL JUICIO DE LA ADI 1.351?

En 2006, el STF concluyó el juicio de la ADI 1.351 (y de la ADI 1.354), en el que se discutía la constitucionalidad de la cláusula de barrera establecida por la Ley 9.096, de 19 de septiembre de 1995, en vísperas del momento en el que la previsión normativa pasaría a tener plena eficacia (la Legislatura de 2007, considerando los resultados de las elecciones de 2006). En síntesis, la Ley 9.096, de 1995, imponía sucesivas exigencias para que los

---

<sup>33</sup> En el juicio de la ADI 5.105, el ministro Luiz Fux presenta en su voto varias situaciones en las que se puede identificar un diálogo institucional entre el STF y el Congreso Nacional, al concluir que “del análisis de los aludidos fallos, y de la postura institucional adoptada por el Supremo Tribunal Federal en cada uno, se puede concluir, sin incurrir en equívocos, que (i) el Tribunal no sustrae *ex ante* la facultad de corrección legislativa por el constituyente reformador o legislador ordinario; (ii) en el caso de reversión jurisprudencial vía enmienda constitucional, la invalidación sólo ocurrirá en las hipótesis estrictas de ultraje a los límites que preconiza el art. 60, y sus párrafos, de la Constitución brasileña, y (iii) en el caso de reversión jurisprudencial por ley ordinaria, exceptuadas las situaciones de ofensa al texto magno, la Corte ha adoptado un comportamiento de autorrestricción y de mayor deferencia por las opciones políticas del legislador. De este modo, no hay, descriptivamente, ninguna supremacía judicial en esta acepción más fuerte”.

<sup>34</sup> Autor/a, 2012.

partidos políticos pudieran tener pleno funcionamiento parlamentario (y ejercer una plena participación en la distribución de los recursos del fondo partidario y en el tiempo disponible para propaganda partidaria). Dichas exigencias serían: *a)* la obtención del 5% de los votos válidos para la Cámara de Diputados, considerada la votación en todo el territorio brasileño; *b)* la distribución de ese porcentaje mínimo por al menos nueve estados y el Distrito Federal (1/3), y *c)* la conquista, en cada uno de los nueve estados, de un porcentaje mínimo del 2%.

El STF, por unanimidad, estimó la ADI y elaboró el siguiente sumario:

PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMIENTO PARLAMENTARIO - PROPAGANDA PARTIDARIA GRATUITA - FONDO PARTIDARIO. Resulta conflictiva con la Constitución Federal una ley que, en virtud de la gradación de los votos obtenidos por un partido político, lo aleja el funcionamiento parlamentario y reduce, sustancialmente, su tiempo de propaganda partidaria gratuita y su participación en el rateo del Fondo Partidario. NORMATIZACIÓN - INCONSTITUCIONALIDAD - VACUO. Frente a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, procede observar la inconveniencia del vacío normativo, proyectando, en el tiempo, la vigencia de precepto transitorio, con vistas a aguardar una nueva actuación de las Casas del Congreso Nacional. (ADI no. 1351, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgada el 12/07/2006, DJ 30/03/2007) [traducción nuestra].<sup>3536</sup>

<sup>35</sup> “PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional” (ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2006, DJ 30/3/2007).

<sup>36</sup> Resultado del fallo: “El Tribunal, por unanimidad, ha estimado la acción directa para declarar la inconstitucionalidad de los siguientes dispositivos de la Ley núm. 9.096, de 19 de septiembre de 1995: artículo 13; la expresión «cumpliendo los siguientes criterios», contenida en el artículo 41, incisos I y II del mismo artículo 41; artículo 48; la expresión «que atienda a lo dispuesto en el artículo 13», contenida en el artículo 49, con reducción de texto; en los artículos 56 y 57, con interpretación que elimina de dichos dispositivos las limitaciones temporales que constan en ellos, mientras no sobrevenga disposición legislativa al respecto; y la expresión «en el artículo 13», contenida en el inciso II del artículo 57. También por unanimidad, ha desestimado la acción en lo que se refiere al inciso II del artículo 56. Han votado la Presidenta, Ministra Ellen

En la ADI, el requirente argumentaba que “el artículo 17 de la Constitución brasileña consagra la libertad para la creación de los partidos políticos. El párrafo 1o. de dicho artículo les asegura su autonomía para definir su estructura interna, su organización y funcionamiento, entre otras atribuciones” [traducción nuestra].<sup>37</sup> Al afirmar que el texto constitucional no permite distinguir partidos de primera y de segunda categoría, postulaba la aplicación del principio de la igualdad, “sin distinción de ninguna naturaleza” [traducción nuestra]<sup>38</sup> (artículo 5o. de la Constitución del país).

En su turno, la Presidencia de la República defendía la constitucionalidad de la ley, al argumentar que el artículo 13 de la Ley 9.096, de 1995, concretizaba el comando constitucional que exige actuación nacional, visto que tal exigencia ha de comprobarse no sólo en el momento que se funda un partido, sino también a lo largo del tiempo (el dispositivo no sólo es constitucional, sino que, “además, ejerce un papel comprobador de la observancia de precepto constitucional” [traducción nuestra]).<sup>39</sup> Por ende, al tratar este dispositivo del funcionamiento parlamentario, defendía que no habría ofensa al artículo 17 de la Constitución federal, que se ocupa de la autonomía para definir su estructura interna. En síntesis, propugnaba la adecuación de la ley ordinaria en cuestión para disciplinar el “carácter nacional” previsto en el inciso I, del artículo 17, del texto constitucional. En la misma dirección, el parecer de la Fiscalía General de la República (PGR, según sus siglas en portugués) defendía que la restricción prevista por la ley guarda relación con el fundamento constitucional.

El análisis del fallo indica, sin embargo, que el STF recorrió un camino diferente a la hora de apreciar la constitucionalidad de dichos dispositivos.

El ministro Marco Aurélio, en su minucioso voto, examinó las consecuencias de la puesta en marcha de la cláusula de rendimiento en el universo partidario de 2007, teniendo en cuenta los resultados de las elecciones de 2006. Observó que, en aquel momento, había veintinueve partidos registrados en el Tribunal Superior Electoral (TSE) y que, con base en las

---

Gracie, ausente, de forma justificada, el Ministro Joaquim Barbosa. Hablaran, por los requirentes, el Partido Comunista do Brasil (PC do B) y otros, el Dr. Paulo Machado Guimarães y, por el Partido Socialista Brasileiro (PSB), el Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida. Pleno, 07.12.2006”.

<sup>37</sup> “o art. 17, da Constituição Federal, consagra a liberdade para a criação dos partidos políticos. O seu § 1o. assegura-lhes autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, entre outras atribuições”.

<sup>38</sup> “sem distinção de qualquer natureza”.

<sup>39</sup> “ainda exerce papel verificador da observância de preceito constitucional”.

elecciones de 2006, la aplicación de la cláusula de barrera/rendimiento, permitiría tener pleno funcionamiento parlamentario y acceso gratuito a la radio y a la televisión, y al fondo partidario, a tan sólo siete partidos (PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB y PDT). De los 513 escaños para la Cámara de Diputados, los partidos no habrían alcanzado el rendimiento mínimo de 115. Estos fueron los datos en los que se basó el relator para comprobar la razonabilidad o no de los requisitos legales.

En una aproximación histórica, el ministro Marco Aurélio recordó que, a diferencia de la Constitución de 1988, la cláusula de barrera constaba en la Constitución de 1967 y en la EC 1/69. El ministro también destacó que, frente a disposición expresa en la Constitución de 1988 para regular la cláusula de barrera, dicha cuestión tendría que ser examinada a la luz de los parámetros constitucionales asociados a la soberanía popular y al pluralismo político (artículo 1o.), a la protección de la libertad de expresión y de asociación (artículo 5o.) y de autonomía de los partidos políticos (artículo 17). En relación con el estatuto constitucional de los partidos políticos, el ministro recordó que la Constitución otorga su protección a las minorías partidarias (el artículo 58, párrafo 1o., por ejemplo, trata sobre la representación proporcional de los partidos en las comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado Federal) y no las distinguía, en la medida en que les confería legitimidad de forma amplia para instaurar la jurisdicción constitucional en el ámbito del Supremo Tribunal Federal (artículo 103), indicando el valor del pluripartidismo en el escenario constitucional brasileño.

Por estas razones, el ministro concluyó que la Constitución no permite la “posibilidad de que haya partidos de primera y de segunda clase” [traducción nuestra].<sup>40</sup> Y que “la previsión en cuanto a la competencia del legislador ordinario para tratar sobre el funcionamiento parlamentario ha de ser tomada sin vaciarse los principios constitucionales, destacándose con real importancia el revelador pluripartidismo” [traducción nuestra].<sup>41</sup>

Como se puede observar, el ministro Marco Aurelio expresó una preocupación especial por la restricción legal al funcionamiento parlamentario. Bajo el ángulo de la razonabilidad, este ministro entendió que la exigencia del 5% de los votos válidos en las elecciones brasileñas a la Cámara de Diputados —es decir, la obtención de más de 4 681 000 de votos— atenta

<sup>40</sup> “possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes”.

<sup>41</sup> “a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância o revelador pluripartidarismo”.

contra la proporcionalidad, al imponer el vaciado de la actuación de las minorías. También consideró desproporcionado el rateo del fondo partidario (el 99% de los recursos para siete partidos y el 1% para veintinueve, en 2007) y el reparto del tiempo reservado a la propaganda partidaria.

El ministro Ricardo Lewandoswski afirmó que la exigencia constitucional del carácter nacional de los partidos políticos, la previsión de su funcionamiento parlamentario de acuerdo con la ley, y de acceso a recursos del fondo partidario y al tiempo de TV en los términos de la ley, no pueden ser interpretados para negar los valores del principio republicano y democrático, en particular el pluralismo político y la garantía de expresión de las minorías. La ministra Carmen Lúcia y el ministro Eros Grau, a su vez, incluyeron también, como parámetro de control, el artículo 14, que trata del sufragio universal. En las palabras del ministro Eros Grau, “la ley, de modo oblicuo, reduce la representatividad de los diputados elegidos por determinados partidos, como si fuera anulando no sólo una parte de sus deberes de representación, sino también —cosa que es todavía más grave— la parte correspondiente a los derechos políticos de los ciudadanos y de las ciudadanas que los eligieron [traducción nuestra]”.<sup>42</sup>

La ministra Carmen Lúcia llegó a ponderar que el pluralismo podría no dar lugar al multipartidismo.

Esta última observación se destacó en el voto del ministro Cezar Peluso, para quien

...no atenta tampoco el sistema jurídico-constitucional vigente un tratamiento normativo que, aunque prestigie el pluralismo, evite lo que los autores suelen llamar multipartidismo, esa pulverización, fragmentación, que, en mi opinión, con el debido respeto, no sirve propiamente a la protección de las minorías como tales, susceptibles de múltiples configuraciones, sino que sirve, sobre todo, para expresar, en términos de representación, ideas y concepciones políticas —en el sentido más amplio de la palabra, de convivencia en la polis, como proyecto de convivencia ética— que componen un cuerpo organizado dentro de la sociedad [traducción nuestra].<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> “a lei, de modo oblíquo, reduz a representatividade dos deputados eleitos por determinados partidos, como que cassando não apenas parcela de seus deveres de representação, mas ainda —o que é mais grave— parcela dos direitos políticos dos cidadãos e das cidadãs que os elegeram”.

<sup>43</sup> “não repugna tampouco ao sistema jurídico-constitucional vigente um tratamento normativo que, embora prestigiando o pluralismo, evite o que os autores costuma

Para el ministro Cezar Peluso, el problema del artículo 13 residiría en la falta de razonabilidad de “restringir la actuación parlamentaria, eliminando prerrogativas propias del partido que el orden jurídico reconoce como existentes e inherentes a la existencia de ese mismo partido” [traducción nuestra],<sup>44</sup> con el objetivo de reducir la fragmentación partidaria.

El ministro Ayres Britto consideró que la cláusula de rendimiento que está inserta en la Ley 9.096, de 1995, viola el principio de la isonomía, dado que afecta a la “igualdad de condiciones en el ejercicio de sus mandatos por parte de los elegidos” [traducción nuestra].<sup>45</sup>

Por su parte, el ministro Gilmar Mendes señaló que:

...la fórmula adoptada por la legislación brasileña restringe el funcionamiento parlamentario de los partidos, pero no afecta a la propia elección de los representantes. No hay acá, por lo tanto, una repercusión directa sobre los mandatos de los representantes obtenidos por el colectivo partidario que no satisfaga a la referida cláusula de funcionamiento parlamentario [traducción nuestra].<sup>46</sup>

Después de esa observación, el voto examinó los siguientes puntos para fijar sus premisas: (a) la naturaleza y la función de los partidos políticos en la Constitución de 1988, centrándose en la importancia de estos cuerpos intermedios para la democracia representativa, y (b) la conformación legislativa del sistema electoral proporcional y las restricciones impuestas a los partidos políticos, teniendo en cuenta que la Constitución Federal no regula expresamente la materia, y sugiere la existencia de cierta autonomía de conformación del ordenamiento jurídico por parte del legislador.

---

chamar de multipartidarismo, essa pulverização, fragmentação, que, a meu ver, com o devido respeito, não serve propriamente à proteção de minorias, como tais, suscetíveis de múltiplas configurações, mas serve, antes, a expressar, em termos de representação, ideias e concepções políticas —no sentido mais amplo da palavra, de convivência na polis, como projeto de convivência ética— que componham corpo organizado dentro da sociedade”.

<sup>44</sup> “restringir a atuação parlamentar, decotando prerrogativas próprias do partido que a ordem jurídica reconhece como existentes e inerentes à existência desse mesmo partido”.

<sup>45</sup> “igualdade de condições no exercício de seus mandatos pelos eleitos”.

<sup>46</sup> “a fórmula adotada pela legislação brasileira restringe o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante. Não há aqui, pois, repercussão direta sobre mandatos dos representantes obtidos para a agremiação que não satisfaça a referida cláusula de funcionamento parlamentar”.

Al examinar la cláusula de barrera, el ministro Gilmar Mendes entendió que la restricción absoluta impuesta por el dispositivo legal al funcionamiento parlamentario representaba “una clara violación del principio de la proporcionalidad, como principio de la reserva legal proporcional” [traducción nuestra].<sup>47</sup>

El voto del ministro Gilmar Mendes trajo otro parámetro constitucional para examinar la cuestión: el principio de la igualdad de oportunidades. Tras definir el contenido de dicho principio, el voto registró la obligación de asociarlo a la garantía de una competencia libre y equilibrada entre los partícipes en la vida política. Pese a admitir una gradación o diferenciación en la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, el ministro hizo constar la necesidad de observar que el Estado (y el legislador) no son neutros cuando establecen restricciones como la cláusula de barrera, considerando que hay, en Brasil, un “Estado Partidariamente ocupado”. Además de esa dificultad fáctica, existiría la dificultad jurídica de identificar la medida correcta de incidencia, en una sociedad altamente diversa, abierta y libre, en los diversos campos de regulación del proceso electoral. Al considerar, también, que “la gradación de igualdad de oportunidades” [traducción nuestra]<sup>48</sup> puede tener en cuenta la “significación del partido” [traducción nuestra],<sup>49</sup> y que la “política ha de corresponder a su participación en la formación de la voluntad política” [traducción nuestra],<sup>50</sup> lo que se puede averiguar, en principio, por el “rendimiento electoral”, el ministro terminó defendiendo que el criterio establecido en la legislación, en lo que se refiere a la distribución del tiempo en los medios de comunicación y, también, en relación con la distribución de recursos, atentó contra los límites constitucionales, dado el principio de la isonomía.

No obstante, el ministro Gilmar Mendes subrayó que “la adopción de un criterio con base en el rendimiento electoral de los partidos no es, por sí solo, abusivo” [traducción nuestra].<sup>51</sup> Para finalizar, reconoció que “no viola el principio de la igualdad la adopción por la ley del factor de rendimiento electoral a fin de definir el grado o la dimensión de determinadas

---

<sup>47</sup> “uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional”.

<sup>48</sup> “a gradação da igualdade de chances”.

<sup>49</sup> “significação do partido”.

<sup>50</sup> “deve corresponder a sua participação na formação da vontade”.

<sup>51</sup> “a adoção de critério fundado no desempenho eleitoral dos partidos não é, por si só, abusiva”.



prerrogativas de las agrupaciones partidarias” [traducción nuestra],<sup>52</sup> pero no es posible que “el legislador adopte un criterio que congele el cuadro partidario o bloquee la constitución y el desarrollo de nuevas fuerzas políticas” [traducción nuestra].<sup>53</sup>

Los demás ministros del STF —Sepúlveda Pertence, Celso de Mello y Ellen Gracie— compartieron la decisión del relator.

Se deduce, del análisis de este fallo, la percepción de que la puesta en funcionamiento de una cláusula de barrera o de rendimiento no sería *per se* incompatible con la Constitución brasileña. Al fin y al cabo, la inconstitucionalidad fue declarada valiéndose del principio de la razonabilidad. Además, en varias oportunidades, a lo largo del juicio, los ministros dejaron entrever que no habría una prohibición constitucional absoluta a la regulación del sistema electoral para instituir la cláusula de barrera. En ese sentido, el ministro Marco Aurélio mencionó la PEC de Revisión, de autoría del entonces diputado Nelson Jobim, en 1994,<sup>54</sup> y el ministro Gilmar Mendes recordó que las reglas de acceso a los cargos electivos en el sistema proporcional previsto en el Código Electoral acababan por imponer una cláusula de rendimiento a los partidos, sin que ello fuera considerado inconstitucional.

Por último, en los debates, prevaleció el entendimiento de que el precepto transitorio establecido en el artículo 57 de la Ley 9.096, de 1995, debería permanecer vigente hasta que sobreviniera una nueva regulación del Congreso Nacional, lo que sugiere que el tema aún permanecía abierto para una nueva intervención legislativa.

#### IV. ¿QUÉ NOS DICE EL STF EN RELACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO PARA LA PROPAGANDA ELECTORAL GRATUITA?

Para regular el derecho a la propaganda electoral gratuita en la radio y la televisión, que está asegurado constitucionalmente en Brasil a los partidos

<sup>52</sup> “não viola o princípio da igualdade a adoção pela lei do fator de desempenho eleitoral para os fins de definir o grau ou a dimensão de determinadas prerrogativas das agremiações partidárias”.

<sup>53</sup> “o legislador adotar critério que congele o quadro partidário ou bloquee a constituição e desenvolvimento de novas forças políticas”.

<sup>54</sup> Al referirse a la Propuesta de Enmienda Constitucional de Revisión (artículo 3o. del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias – ADCT) de relatoría del Diputado Nelson Jobim, presentada en 1994, que preveía la alteración en el artículo 17 para instituir la cláusula de barrera, el relator dio la impresión de admitir que la limitación a la actuación de los partidos políticos demandaría un “acuerdo constitucional”.

políticos (artículo 17, párrafo 3o., de la Constitución de 1988), el artículo 47, párrafo 2o., de la Ley 9.504, de 1997, establecía, en su redacción original, que la distribución del tiempo del horario electoral gratuito debería considerar la cantidad de diputados federales elegidos por cada partido en las últimas elecciones, a excepción de las agrupaciones partidarias sin participación en la Cámara de Diputados.

En el juicio de la ADI 4.430 y de la ADI 4.795, el STF, por mayoría, declaró inconstitucional la exclusión de los partidos políticos sin representación en la Cámara de Diputados del horario electoral gratuito, pero reconoció la constitucionalidad del criterio de distribución del tiempo considerado, en función de la situación de representatividad de los partidos en la casa legislativa.

Para ello, tuvo en cuenta que la exclusión prevista en la legislación atentaba contra lo dispuesto en el párrafo 3o. del artículo 17 de la Constitución, “un derecho que resulta indispensable para la existencia y el desarrollo de esos entes plurales y, sin el cual, queda coartado su derecho a tener voz en las elecciones, que ha de ser accesible para todos los candidatos y partidos políticos” [traducción nuestra].<sup>55</sup> No obstante, reconoció que “no hay igualdad material entre las agrupaciones partidarias que cuentan con representantes en la Cámara Federal y aquellos partidos que, sometidos al voto popular, no lograron elegir representantes para la Casa del Pueblo” [traducción nuestra],<sup>56</sup> pues “aunque iguales en el plano de la legalidad, no son iguales en cuanto a su legitimidad política” [traducción nuestra].<sup>57</sup> Por ello, se mostraba compatible con la Constitución la adopción de un criterio que tuviera en cuenta la cantidad de diputados y senadores de cada partido, a la hora de establecer el tiempo de propaganda electoral gratuita que se le concedería a cada uno.

En el juicio de las ADI 5.423, 5.487 y 5.491, el STF apreció nuevamente la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 9.504, de 1997, con la redacción que le dio la Ley 13.165, de 2015, que disciplinaba la distribución, entre

---

<sup>55</sup> “direito esse indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais e, sem o qual, fica cerceado o seu direito de voz nas eleições, que deve ser acessível a todos os candidatos e partidos políticos”.

<sup>56</sup> “não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo”.

<sup>57</sup> “embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política”.

partidos y coaliciones con candidato, del tiempo de radio y televisión para la realización de propaganda electoral, disponiendo que “el 90% (noventa por ciento) [será] distribuido proporcionalmente a la cantidad de representantes en la Cámara de Diputados” y “el 10% (diez por ciento), repartido de manera igualitaria” [traducción nuestra].<sup>58</sup>

Para la mayoría que se formó en el juicio de estas ADI,<sup>59</sup> las reglas establecidas por el dispositivo de la Ley Electoral en cuanto a la distribución del tiempo de propaganda electoral de manera proporcional a la cantidad de representantes en la Cámara de Diputados respetan los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la razonabilidad. Como bien sintetiza el sumario de la ADI 5491,

...los incisos I y II del párrafo 2o. del art. 47 de la Ley no. 9.504/1997, en consonancia con la cláusula democrática y con el sistema proporcional, establecen el precepto de equidad, resguardando el derecho de acceso a la propaganda electoral de las minorías partidarias y poniendo en situación de beneficio no odioso a aquellas agrupaciones más respaldadas en la legitimidad popular [traducción nuestra].<sup>60</sup>

Estos juicios revelan que el Poder Legislativo, en sus decisiones políticas, al tiempo que busca superar ciertas decisiones del STF, ha aprovechado espacios no vetados por éste. Por otro lado, el Supremo Tribunal Federal se ha mostrado sensible al ejercicio del poder político por los demás actores

<sup>58</sup> “90% (noventa por cento) [serão] distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados” e “10% (dez por cento) distribuídos igualmente”. En el juicio de la ADI 5.423, el STF también analizó la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley de las Elecciones (con redacción que le fue dada por la Ley 13.165, de 2015), que versaba acerca de los preceptos establecidos para los debates electorales en la radio y en la televisión (también objeto de la ADI 5.488 y de la ADI 5.577).

<sup>59</sup> El fallo dictado fue el siguiente: “El Tribunal, por mayoría y en los términos del voto del Relator, desestimó la solicitud formulada, vencidos el Ministro Edson Fachin, que daba parcial procedencia al pedido, y los Ministros Marco Aurélio y Celso de Mello, que lo juzgaban procedente. Ausentes, de forma justificada, los Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) y Roberto Barroso. Presidió el juicio la Ministra Carmen Lúcia (Vicepresidenta). Tribunal Pleno, a 25.08.2016”.

<sup>60</sup> “os incisos I e II do § 2o. do art. 47 da Lei no. 9.504/97, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de benefício não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular”.

constitucionales cuando, instado a manifestarse sobre temas sobre los cuales ya ha habido declaración de inconstitucionalidad, revisa su jurisprudencia de forma constructiva.

Se trata de un diálogo constitucional con base, por un lado, en los fundamentos de las decisiones dictadas por el STF y, por otro, en la forma como el Poder Legislativo vuelve a presentar su decisión política, con miras a superar los obstáculos constitucionales en un nuevo contexto político y jurídico.

## V. CONCLUSIÓN

¿Podría la Enmienda Constitucional 97, de 2007, ser el telón de fondo para un diálogo institucional exitoso (más) entre el STF y el Poder Constituyente derivado?

Entendemos que sí, sea a partir de nuestra comprensión acerca del adecuado ejercicio de la jurisdicción constitucional, sea en vista del análisis de las razones que condujeron al STF a reconocer la inconstitucionalidad de la cláusula de barrera establecida en el artículo 13 de la Ley 9.096, de 1995, en el juicio de la ADI 1351.

En el plano teórico, relativo a nuestra visión sobre la jurisdicción constitucional, se debe asumir que no está necesariamente viciada la acción de los órganos políticos volcados a superar la decisión del STF para alcanzar los mismos resultados anteriormente vetados por la jurisdicción constitucional. En realidad, esta reacción puede verse desde una perspectiva dialógica, dado que un análisis sereno de los fundamentos de la decisión del Tribunal Constitucional no significa sólo una sanción al poder político, sino también la indicación de problemas constitucionales que, si se ven superados por el órgano político, crean un espacio para la modificación de la medida pretendida y la retirada de las barreras constitucionales de la legislación original.

Como sugiere Bruno Ribeiro Guedes,<sup>61</sup> “la Constitución puede funcionar como un catalizador de un intercambio en ambos sentidos entre el Poder Judicial y el Legislativo..., al mismo tiempo que rara vez plantea barreras

---

<sup>61</sup> Guedes, Bruno Ribeiro, *Modelos Dialógicos de Controle da Constitucionalidade das Leis: Controle Forte vs. Controle Fraco. As implicações das idéias de Mark Tushnet para o sistema constitucional brasileiro*, Brasília, UnB, 2010 (*mimeo*), p. 20.

absolutas a las intenciones finalistas de las instituciones democráticas” [traducción nuestra].<sup>62</sup>

Por otro lado, examinando las razones que condujeron a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley 9.504, de 1997, entendemos que el Congreso Nacional demostró la necesaria deferencia al STF, pues la cláusula de barrera implementada por la EC 97, de 2017, superó los problemas constitucionales señalados por el STF, en el juicio de la ADI 1.351 y de la ADI 1.354, sea en el plano formal (sobre la posibilidad de tratar el funcionamiento parlamentario por medio de ley ordinaria), sea en el plano material (sobre la razonabilidad de las reglas limitativas a la actuación de los partidos políticos).

## VI. REFERENCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, vol. 31, núm. 1, 1988.
- AGRA, Walber de Moura y ALENCASTRO NETO, Emiliane Priscilla, “A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 12, núm. 2, 2o. cuatrimestre de 2017, disponible en: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).
- BATEUP, Christine, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *Brooklyn Law Review*, NYU Law School, Public Law Research Paper, vol. 71, 2006.
- BICKEL, Alexander M, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgada el 7/12/2006, DJ 30/3/2007.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5423, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 19/12/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5487, Rel. p/ fallo del Pleno Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 19/12/2017.

<sup>62</sup> “a Constituição pode funcionar como um catalisador de um intercâmbio com mão-dupla entre o Judiciário e o Legislativo..., ao mesmo tempo em que raramente levanta barreiras absolutas às intenções finalísticas das instituições democráticas”.

- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5488, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 31/8/2016, DJ 19/12/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5491, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 6/9/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, juzgada el 1/10/2015, DJ 16/3/2016.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5577, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 18/12/2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2017.
- GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*, 14a. ed., São Paulo, Atlas, 2018.
- GUEDES, Bruno Ribeiro, *Modelos Dialógicos de Controle da Constitucionalidade das Leis: Controle Forte vs. Controle Fraco. As implicações das idéias de Mark Tushnet para o sistema constitucional brasileiro*, Brasília, UnB, 2010 (mimeo).
- MORAIS, Carlos Blanco de, *O Sistema Político*, Coimbra, Almedina, 2017.
- MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do direito constitucional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- RAIS, Diogo y FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de, “O STF e a cláusula de barreira: entre as experiências e suas projeções”, *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, vol. 21, núm. 1, noviembre de 2017.
- RIBEIRAL, Tatiana Braz, “Cláusula de barreira: reflexões da história recente no Brasil”, *Cadernos Adenauer XVIII*, núm. 4, 2017.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- VASCONCELOS, Clever y SILVA, Marco Antonio, *Direito Eleitoral*, São Paulo, Saraiva, 2018.
- VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson, “A cláusula de barreira no direito brasileiro”, *RIDB*, año 2, núm. 8, 2013. disponible en: <http://www.idb-fdul.com>.

C



## Brevi note sul sistema dei partiti in Messico

Eleonora CECCHERINI\*

SOMMARIO: I. *Introduzione*. II. *La specificazione della disciplina sui partiti*. III. *La democrazia interna dei partiti*. IV. *Riflessioni conclusive*.

### I. INTRODUZIONE

Il sistema dei partiti in Messico si rileva abbastanza complesso e meriterebbe uno studio particolarmente approfondito. Più umilmente questo lavoro intende mettere in luce alcuni aspetti che sembrano meritevoli di attenzione soprattutto dal punto di vista del diritto comparato.<sup>1</sup>

\* Universidad de Genova, Italia; [eleonora.ceccherini@unige.it](mailto:eleonora.ceccherini@unige.it).

<sup>1</sup> Sul tema dei partiti e il loro ruolo nelle democrazie, *cf.*: Von Beyme, Klaus, *Los partidos políticos en las demcoracias occidentales*, Madrid, CIS-Siglo XXI, 1986; Duverger, Maurice, *Les partis politiques*, Paris, Colin, 1967; Sartori, Giovanni, *Partidos y sistema de partidos: marco para un análisis*, Madrid, Alianza, 1999; Pizzorno, Alessandro, “Il sistema pluralistico di rappresentanza”, in Berger Suzane (ed.), *Organizing Interests in Western Europe*, Cambridge, Cambridge, University Press, 1981; Varela Suanzes, Juan, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, Madrid, CEPC, 2002; Hesse, Konrad, “La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno”, in Grasso Giorgio (a cura di), Seregno, Herrenhaus, 2012; Triepel, Heinrich, “La costituzione dello Stato e i partiti politici”, in Gianfrancesco Eduardo, Grasso Giorgio (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2015. Nella dottrina italiana, *cf.*: Bardusco, Aldo, “Legittimazione del potere partiti politici nel pensiero di G. Mosca e G. Ferraro”, *Diritto e società*, 1982; Esposito, Carlo, “I partiti nella costituzione italiana”, in *Studi di diritto*



L'analisi non può che prendere le mosse dal testo costituzionale e dalla legislazione attuativa dei suoi disposti. Sulla base di questa ricognizione, sembra di poter anticipare alcune conclusioni, come quella che ci induce ad affermare che il sistema politico-elettorale messicano è particolarmente accentrato e in qualche modo “bloccato”. Al fine di dare conto di queste affermazioni, verrà posta attenzione su alcuni profili, segnatamente il ruolo delle autorità federali e il sistema dei controlli.

## II. LA SPECIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA SUI PARTITI

In primo luogo, balza subito agli occhi il fatto che vi sia una pluralità di fonti che disciplina il sistema dei partiti. Infatti, si possono annoverare: le norme costituzionali (art. 41 I-IV Const.), la *ley general de Instituciones y procedimientos electorales*, la *ley general de los partidos políticos*, la *ley general en materia de delitos electorales* e la *ley general del sistema de impugnación en materia electoral*, gli *Acuerdos del Consejo Federal* del INE e, infine, la giurisprudenza del *Tribunal electoral del poder judicial de la Federación*.

Emerge, immediatamente un aspetto e cioè che l'attività dei partiti è regolata da un florilegio di atti di diversa forza giuridica, che nel loro insieme disegnano un quadro normativo specifico e dettagliato che lascia spazi residuali minimi all'autonomia organizzativa delle compagini politiche.

Questa affermazione si basa sull'esistenza di una stratificazione di interventi normativi comprensibili alla luce delle vicende storico-istituzionali del paese, che hanno favorito una evoluzione in tal senso.

Il punto di partenza, da un punto di vista storico, non è distante da quello che ha dato avvio alle vicende costituzionali coeve. La Costituzione

---

*costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952; Predieri, Alberto, “I partiti politici”, in Calamandrei Piero e Levi Alessandro (a cura di), *Commentario breve alla costituzione italiana*, Firenze, G. Barbera Editore, 1950; Ridola, Paolo, “Partiti politici”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, pp. 66 ss.; Tarantino, Antonio, “I partiti e la loro natura giuridica: punti di orientamento”, *Diritto e società*, vol. 1, 1980, p. 17; *id.*, *Partiti e rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1984; Traverso, Carlo Emilio, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1983; Virga, Pietro, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948. Ex multis nella dottrina messicana: Galván Rivera, Flavio, “La actualidad de los partidos políticos en México”, in Martínez Sánchez, Francisco (coord.), *El horizonte electoral y la democracia en la ruta del derecho*, Oaxaca, Tribunal Estatal Electoral de Oaxaca, 2003.

del 1917, infatti, non faceva alcun riferimento alle formazioni politiche e questo è conferente con le coordinate fondamentali delle incipienti forme di stato liberali, che collocavano i partiti nell'alveo delle associazioni. Il Messico non si allontana da questo schema e le uniche indicazioni riguardo alle formazioni politiche concernevano il divieto per i partiti di darsi nomi religiosi o di ispirarsi a fedi religiose o appartenenze razziali.

La prima riforma costituzionale che muta il quadro di insieme è quella del 1977, con la quale i partiti vengono riconosciuti come “*entidades de derecho público*”. La scelta del legislatore di revisione è chiara: i partiti non sono più organizzazioni private ma acquisiscono personalità giuridica pubblica e ciò legittima la crescente e incisiva regolazione da parte dello Stato delle formazioni politiche, le quali rappresentano organizzazioni intermedie fra i cittadini e lo Stato.

A partire da questo periodo, il testo costituzionale ha subito centinaia di riforme e una parte di queste ha riguardato proprio il tema dei partiti, oltre che le riforme elettorali.<sup>2</sup> Il risultato è stato quello di inserire un numero cospicuo di disposizioni finalizzate a una disciplina assai specifica, la cui tecnica redazionale è più simile a quella utilizzata per le fonti regolamentari che per quelle costituzionali.

L'iperegolazione rilevata investe molteplici profili; spicca, ad esempio, il tema dell'accesso ai mezzi di comunicazione da parte dei candidati. Questo ambito materiale è stato introdotto nel testo costituzionale con la riforma del 2007 e successivamente il legislatore di revisione è intervenuto con la legge del 10 febbraio 2014. *In primis*, si sottolinea come questo settore trovi la sua disciplina puntuale nel testo costituzionale e non in una fonte legale, come nella maggioranza degli ordinamenti occidentali.

Da un punto di vista sostanziale, viene stabilita la piena e permanente accessibilità dei partiti nazionali ai mezzi di comunicazione, in questo modo, il legislatore di revisione ha voluto costituire un tassello importante, garantendo alle formazioni politiche un diritto di informazione e comunicazione. Tuttavia, questa libertà è significativamente limitata nei periodi di precampagna e campagna elettorale. Infatti, per questa finestra temporale risulta centrale il ruolo dell'*Instituto Nacional Electoral* (INE), che in base all'art. 41, II *apartado* A della Costituzione, è l'istituzione competente ad

---

<sup>2</sup> Valdés, Leonardo, *Sistema electorales y partidos*, Ciudad de Mexico, INE, 2016; Andrea Sánchez, Francisco José de, *Los partidos políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política*, México, UNAM, 2002.

attribuire ai singoli partiti il tempo destinato alla propaganda e all'informazione politica. L'INE in questa sua opera di ripartizione non ha discrezionalità assoluta ma deve ottemperare a quanto indicato in Costituzione. Quest'ultima nella definizione del tempo, stabilisce che, dal periodo della precampagna elettorale fino al giorno delle elezioni, il 30% del tempo disponibile è assegnato in parti eguali a ciascun partito e deve comprendere anche una frazione riservata a tutti i candidati indipendenti; la restante percentuale del 70% viene assegnata ai partiti sulla base dei risultati ottenuti nelle precedenti elezioni.<sup>3</sup>

Tale regola evidenzia due elementi che sembrano essere ricorrenti nel sistema dei partiti messicano: un processo di centralizzazione nelle operazioni elettorali posto in carico all'INE e un insieme di prescrizioni, che intende privilegiare i partiti già consolidati e scoraggiare le candidature indipendenti.<sup>4</sup> Infatti, nuovi partiti e candidati non inquadrati in formazioni politiche possono accedere solo alla quota fissa riservata nelle trasmissioni radiotelevisive e, pertanto, sono in grado di acquisire spazi limitati di visibilità nel periodo antecedente alle elezioni.

L'intera disciplina, quindi, sembra essere finalizzata a garantire la massima libertà agli elettori nelle scelte politiche, garantendo a tutti i candidati un accesso basato su regole certe, predeterminate e trasparenti, in modo da

---

<sup>3</sup> Murayama Ciro, "Financiamiento a partidos políticos y acceso a los medios de comunicación en México", in Freidenberg Flavia e Muñoz Pogossian Betide (eds.), *Las reformas a las organizaciones de partidos en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica, Organización de los Estados Americanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sociedad Argentina de Análisis Político, UCP, 2016, pp. 345 ss.

<sup>4</sup> Astudillo, César, "La postulación de candidaturas partidistas e independientes en América Latina en el contexto de los derechos de participación política", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3880> (2015); Báez Silva Carlos e Tello Mendoza, Martha Alejandra, "El fenómeno de las candidaturas independientes en México. análisis de su implementación y primeros resultados en el proceso electoral 2015", *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, num. 7-8. 2015, pp. 237 ss.; Becerra Pablo, "Las candidaturas independientes en México. Una vía para ampliar la participación ciudadana", in Gilas Karolina, Monica e Luis, Edoardo (coord.), *Candidaturas independientes: desafíos y propuestas*, México, TEPJF, Instituto Electoral de Morelos, Tirant lo Blanch, 2014; Carrasco Daza, Constanco, "¿Un nuevo régimen de las candidaturas independientes a partir del reconocimiento constitucional de los derechos humanos?", in Cienfuegos Salgado David e Froto Madariaga, Germán (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual, México*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, Poder Judicial del Estado de Coahuila, Universidad Autónoma de Coahuila, Editorial Laguna, 2012; Hernández Olmos, Mariana, "La importancia de las candidaturas independientes", *Cuadernos de Divulgación de Justicia Electoral*, México, núm. 12, 2012.

prevenire la costituzione di privilegi di potenziali eletti, che possono disporre di ingenti risorse economiche o catene radiotelevisive compiacenti;<sup>5</sup> tant'è che al fine di non alterare le condizioni di equilibrio nell'accesso ai media, la Costituzione aggiunge che è fatto divieto a terzi di acquisire spazi radio-televisivi per conto dei partiti.<sup>6</sup>

Tuttavia, alcune censure possono essere mosse al criterio che lega la presenza nei mezzi di comunicazione dei partiti ai loro esiti realizzati nelle precedenti elezioni. Certamente la normativa vuole assicurare una visibilità proporzionale al consenso politico e inoltre, esclude che la disponibilità di ingenti risorse economiche possa alterare le regole della competizione politica, sottoponendo tutti i competitori a regole precise. Tuttavia, questo certamente non agevola a rendere il panorama partitico più articolato o fluido; al contrario, non viene manifestato un certo favore per gli *outsiders* che si affacciano sulla scena politica.<sup>7</sup>

In merito, però, al tema della comunicazione e propaganda politica,<sup>8</sup> preme segnalare un aspetto su cui potrebbe valere la pena riflettere e che riguarda l'accesso ai *social networks*. Sembra, infatti, assodato che oramai le strategie di comunicazione (anche politica) transitino da altri strumenti

---

<sup>5</sup> Peralto, gli esiti complessivi non sempre sono condivisi dall'opinione pubblica, Urrutia, Alonso, "El jueves inicia el bombardeo de mensajes en busca del voto", *La Jornada*, 11 de diciembre de 2017, 4.

<sup>6</sup> López Noriega, Saul, "El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante los medios de comunicación", in Báez Silva, Carlos e Ríos Vega, Luis Efrén (eds.), *Los derechos políticos en el siglo XXI*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 375 ss.; Morales Manzanares, Rodrigo, "Medios de comunicación y campañas políticas. Control jurisdiccional, diseño institucional y conducta de los actores", *ibidem*, pp. 409 ss.; Muñoz Gajardo, Sergio, "Equidad y neutralidad de los medios de comunicación en los procesos electorales", *ibidem*, pp. 429 ss.; Guerrero, Manuel Alejandro, "Los medios de comunicación y el regimen político", in Loaeza, Soledad e Prud'homme, Jean-François (eds.), *Instituciones y procesos políticos*, Ciudad de México, El Colegio de México, 2010, pp. 231 ss.

<sup>7</sup> Sui pericoli delle candidature indipendenti, *cfr.*: Valadés, Diego, "Consolidación democrática y reforma institucional", *www.juridicas.unam.mx*, 2013 e v. *infra*.

<sup>8</sup> Sussiste una distinzione chiara per il Tribunale elettorale: "*propaganda política tiene por objeto crear, transformar o confirmar opiniones a favor de ideas y creencias, así como estimular determinadas conductas políticas, mientras que la propaganda electoral no es otra cosa que publicidad política, que busca colocar en las preferencias electorales a un partido, candidato, programa o idea* (SUP-RAP-201/2009, SUP-RAP-212/2009 y SUP-RAP-213/2009). Gilas, Karolina Monica, *Propaganda en materia electoral. Criterios Relevantes, Líneas jurisprudenciales*, Centro de Capacitación Electoral TEPJF, México, p. 10.

come quelli delle piattaforme social.<sup>9</sup> Il *cyberspazio* sembra aver acquisito ormai una rilevanza di primo piano e c'è una diffusa consapevolezza dell'estrema difficoltà nel porre limiti alla libertà di espressione veicolata attraverso questi nuovi strumenti.

Gli ultimi anni hanno mostrato come le campagne elettorali possano essere orientate —se non manipolate dalla circolazione di notizie false— la cui eco viene amplificata proprio dal *web*. Tuttavia, nonostante l'ordinamento messicano si è sempre mostrato ricettivo rispetto alle grandi questioni in ambito elettorale, non sono state approvate normative in tal senso. Questo aspetto, però, non può essere classificato come deficitario, perché il diritto comparato mostra tutta la scivolosità e la vischiosità di queste tematiche.<sup>10</sup> Infatti, è molto arduo trovare risposte adeguate perché se qualifichiamo le *fake news* come modalità espressive, l'unica strada può essere quello di verificare la sussistenza dei requisiti per la diffamazione,<sup>11</sup> di cui può essere responsabile un candidato, però se i veicoli di trasmissione sono le reti sociali attraverso l'azione di terzi non vincolati formalmente a un partito, si rende necessario trovare dei mezzi di collaborazione con le piattaforme, in quanto risulta difficile immaginare l'emissione di sanzioni nei confronti di queste ultime.<sup>12</sup>

Una soluzione a questa incipiente problematica può essere trovata solo con la leale collaborazione fra i partiti o forse più opportunamente nell'ordinamento internazionale in assenza di discipline legali *ad hoc*. Sembra, infatti, recessiva l'ipotesi che i giudici possano utilizzare le disposizioni costituzionali, poiché è da registrare ancora una volta come proprio la tecnica di redazione del testo costituzionale messicano non sia d'aiuto nella risoluzione di nuove sfide. Infatti, la tendenza all'iperegolazione

---

<sup>9</sup> Marsocci, Paola, "Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare", *Rivista Aic*, 2015; Bultrini, Antonio, "Il diritto di accedere a Internet (e di proteggersi da Internet) nella prospettiva delle norme internazionali di tutela dei diritti umani", in Barsotti, Vittoria (a cura di), *Libertà di informazione, nuovi mezzi di comunicazione e tutela dei diritti*, Rimini, Maggioli, 2015, p. 9.

<sup>10</sup> Sul punto si veda il numero monografico 1/2017 di *Media Laws*.

<sup>11</sup> Art. 41 *apartado* C della Costituzione.

<sup>12</sup> Visco Comandini, Vincenzo, "Fake news sui social network: un'analisi economica", *Media Laws*, num. 1, 2018; Donati, Filippo, "Fake news e libertà di informazione", *ibidem*; Pollicino, Oreste, "La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet", *Media Laws*, num. 1, 2017; Fumo, Maurizio, "Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia", *ibidem*.

e alla specificazione finisce per far assumere ai disposti della carta fondamentale un contenuto di rango regolamentare (v. *supra*); rifuggendo la disciplina per principi, nessuna disposizione sul tema dell'accesso ai mezzi di comunicazione sociale può essere concretamente utilizzata per applicare una disciplina specifica sul tema e d'altra parte fino a questo momento anche le fonti legali hanno omesso di cimentarsi in questa sfida, testimoniando come un intervento normativo in tale ambito sia estremamente complesso.

Volgendo, invece, lo sguardo all'ordinamento internazionale, si può richiamare la *Declaración conjunta en materia de libertad de expresión y noticias falsas, desinformación y propaganda, emitida por los relatores de libertad de expresión de la organización de las Naciones Unidas* (ONU), *de la Organización de Estados Americanos* (OEA) y *de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa* (OSCE), adottata a Vienna il 3 marzo 2017;<sup>13</sup> inoltre, in questo senso, si testimonia anche una sensibilità della *Comisión interamericana de los derechos humanos*.<sup>14</sup> L'apertura dell'ordinamento messicano alle fonti del diritto internazionale sancito dall'art. 133 può offrire una soluzione di sicuro rilievo e soprattutto può costituire una soluzione “ponte” fino a quando —e se— verrà adottata una disciplina in tal senso.<sup>15</sup>

Un altro aspetto in cui i poteri pubblici sono intervenuti con uno specifico atto normativo è quello del finanziamento ai partiti e delle spese elettorali. La disciplina è in linea con il principio di trasparenza che più volte è ribadito nel testo costituzionale e nella normativa elettorale e che costituisce un fondamento ineludibile della democrazia. In questa ottica, la *Ley sobre los partidos políticos* (art. 196) impone disposizioni particolarmente incisive in relazione ai finanziamenti e alle spese sostenute dai partiti.<sup>16</sup> Questi ultimi sono tenuti, infatti, a predisporre *informes* dove

<sup>13</sup> Vega Iracelay, Jorge J., “Las noticias falsas «fake news» y su incidencia en el contexto de la democracia digital”, *Revista Buen Gobierno*, núm. 22, enero-junio de 2017.

<sup>14</sup> *Relatoria especial pra la libertad de expresión, Estándares para una Internet libre, abierta, e incluyente*, marzo 2017, in [www.oas.org](http://www.oas.org).

<sup>15</sup> In generale sul ruolo dell'ordinamento internazionale nell'ordinamento messicano, Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 12, 2012, pp. 801 ss.

<sup>16</sup> Jiménez Ruiz, Francisco Javier, *Análisis comparado de los sistemas de financiación de los partidos políticos en los países occidentales con especial referencia a España y México*, México, Editorial Editarte, 2002.

sono indicati la quantità, l'origine e la destinazione delle risorse economiche. Non solo, l'*Unidad técnica de fiscalización* —che è una struttura specializzata dell'INE— può richiedere alle formazioni politiche di documentare tutte le loro spese. Di particolare importanza riveste l'obbligo previsto per tutte le autorità e istituzioni pubbliche e private di rispondere a tutte le richieste che provengano dall'*Unidad*, senza che possa essere opposto il segreto bancario, fiscale o fiduciario. L'obbligo alla trasparenza però è ancora maggiore in quanto si estende anche a terzi, poiché l'art. 31, c. 2 della *Ley sobre los partidos* dispone che sia le informazioni relative all'assegnazione di fondi pubblici sui quali sono gravate le spese del partito, sia le donazioni compiute da soggetti privati alle formazioni politiche non possano essere escluse dal diritto di accesso. Infine, i partiti politici devono fornire sulla loro pagina *web* una serie di informazioni predefinite, in modo da consentire a ciascun elettore di acquisire la piena conoscibilità circa le loro risorse e beni disponibili. Anche in questo ambito, la giurisprudenza<sup>17</sup> del Tribunale specializzato è intervenuta per fornire una esemplificazione delle informazioni che necessariamente devono essere pubbliche: i documenti fondamentali relativi al partito, le competenze degli organi di direzione, i regolamenti interni del partito, i diritti e i doveri degli iscritti, i rapporti annuali sulle entrate e le spese sia di quelle sostenute dal partito che dai singoli candidati, lo stato patrimoniale e l'inventario dei beni immobili.

Controllo sul finanziamento ai partiti e stretta vigilanza sul rispetto degli spazi radiotelevisivi attribuiti ai candidati sono sicuramente i settori che l'ordinamento ha ritenuto strategici per garantire legalità e parità di accesso alle cariche elettive. Infatti, l'art. 41, parr. II, Base VI, 3 parr. della *Ley general de instituciones y procedimientos electorales* indica come sia previsto l'annullamento delle elezioni e nuova indizione delle procedure elettorali, qualora il candidato abbia effettuato spese per la campagna elettorale superiori al 5% la quota disponibile ovvero abbiano fruito di finanziamenti illeciti o se si è verificato un utilizzo eccedente la porzione temporale determinata dall'INE nei canali radiotelevisivi.<sup>18</sup> La sanzione prevista è particolarmente severa e testimonia l'importanza che

<sup>17</sup> Sentenza del TEPJ 4/2009.

<sup>18</sup> Sul tema in generale, Astudillo César, "Momentos de virtud y de vicio en la interpretación de la validez constitucional de las elecciones", in Báez Silva, Carlos e Ríos Vega, Luis Efrén (eds.), *op. cit.*, pp. 22 ss.; Orozco Henríquez, Juan José, "Consideraciones sobre la nulidad de elecciones por la conclusión de principios constitucionales",



viene accreditata ai due profili indicati al fine di non consentire di trarre giovamento da condotte e pratiche illegali.

L'analisi della legislazione sui partiti fornisce ulteriori indicazioni che contribuiscono a delineare un sistema che può definirsi "bloccato". La disciplina non esprime un *favor* né verso la formazione di nuovi partiti, né nei confronti delle candidature indipendenti. Le nuove formazioni partitiche che intendono presentarsi alle elezioni devono sollecitare l'iscrizione al registro ma per fare ciò devono celebrare assemblee in almeno venti stati della repubblica o in duecento distretti elettorali e in ciascuna devono essere presenti rispettivamente 3000 o 300 persone, in nessun caso la somma di tutti i partecipanti deve essere inferiore allo 0,26% del *patrón electoral*. Inoltre, i partiti che non ottengono nelle elezioni almeno il 3% di voti, perdono la loro iscrizione al registro;<sup>19</sup> adempimenti altrettanto complessi sono previsti per le candidature indipendenti.<sup>20</sup> Inoltre, come è stato evidenziato, i neo partiti e i candidati indipendenti accedono a una porzione ristretta di tempo alla radio e alla televisione in campagna elettorale (v. *supra*).

Queste dinamiche mostrano come l'ingresso nell'arena politica sia molto selettivo e sia stato costruito in modo da limitare l'accesso alla competizione elettorale. La disposizione in base alla quale ciascuno ha il diritto di candidarsi alle elezioni si scontra con gli adempimenti legislativi particolarmente onerosi che sono richiesti per i nuovi attori politici. Il sistema mantiene ai partiti consolidati il monopolio della formazione della politica nazionale, riaffermando la centralità del loro ruolo. E' indubbio che l'ulteriore obiettivo di una normativa così restrittiva è quello di ridurre la proliferazione e la frammentazione dei partiti, in modo da garantire un pluralismo limitato, in astratto, maggiormente in grado di conferire stabilità al sistema.

Tuttavia, le molteplici critiche che sono mosse al sistema dei partiti potrebbero essere attenuate proprio dall'introduzione di clausole finalizzate a rendere più dinamico il panorama politico. In parte ha risposto a questo rilievo la riforma elettorale del 2014, che ha consentito nelle ultime

---

*ibidem*, pp. 63 ss.; Ruiz Ruiz, Ramón, "La anulación de elecciones por vulneación de principios constitucionales", *ibidem*, pp. 83 ss.

<sup>19</sup> La perdita del registro comporta anche la liquidazione di tutti i beni del partito.

<sup>20</sup> Areliano Trejo, Efrén, *Origen y balance de las candidaturas independientes*, documento de trabajo no. 193, Ciudad de México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2015.

tornate elettorali l'esistenza di un certo numero di candidature indipendenti e l'emersione di una nuova formazione politica come MORENA,<sup>21</sup> un progressivo aumento dell'astensionismo alle urne, che ha raggiunto.

### III. LA DEMOCRAZIA INTERNA DEI PARTITI

Alla capillare disciplina dei partiti si associa anche un processo di centralizzazione che vede nell'INE e nel *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, i sommi protagonisti. Il primo è l'erede dell'*Instituto Federal Electoral* e il secondo è un organo giurisdizionale competente a risolvere tutte le controversie in materia elettorale. Questi svolgono una serie di funzioni —oltre a quelle già indicate— che limitano l'autonomia dei partiti a favore di una cabina di regia di marca federale.

L'INE è definito dalla Costituzione un "*organismo público autónomo dotado de personalidad jurídica...*" ed è stato introdotto con la riforma costituzionale del 2014, da cui poi ha avuto origine il 23 maggio 2014 l'approvazione della *Ley general de instituciones y procedimientos electorales* (art. 32).

La trasformazione che ha investito l'Istituto ha vertebrato significativamente le sue funzioni, facendolo divenire il fulcro del procedimento elettorale. Non sono, infatti, trascurabili compiti particolarmente delicati come la definizione delle circoscrizioni elettorali oppure —come già indicato— il controllo e la verifica delle entrate e delle spese dei partiti politici, oltre a una serie di incombenze di tipo gestionale come la stampa del materiale elettorale e la costituzione degli uffici elettorali. Il movimento centripeto che vede nell'INE il suo polo di attrazione è confermato anche da un'ulteriore disposizione costituzionale che consente la facoltà di stipulare delle convenzioni con gli Stati, affinché l'Istituto possa gestire anche le elezioni locali. Inoltre, su richiesta dei partiti, l'INE può essere competente a organizzare le elezioni degli apparati direttivi dei partiti.

---

<sup>21</sup> Espinoza Toledo, Ricardo e Navarete Vela, Juan Pablo, "Morena en la reconfiguración del sistema de partidos en México", *Estudios Políticos*, núm. 37, 2016, pp. 81 ss. D'altra parte, un maggior "dinamismo elettorale" potrebbe ovviare alla disaffezione alle urne dell'elettorato messicano: nel 2015, l'astensionismo ha raggiunto il 52,28% nelle elezioni politiche del 2015. Il dato in sé richiama l'attenzione, in quanto l'art. 36 della Costituzione prevede l'obbligo del voto per gli elettori ed la mancata ottemperanza al dovere potrebbe comportare la perdita della cittadinanza (art. 37 cost.).

Sono dunque tre i piani sui quali l'Istituto opera con una certa pervasività: quello federale, quello statale e quello partitico. Gli ultimi due livelli sono attivati solo su istanza dei richiedenti ma ciò non fa venire meno il processo di forte accentramento delle funzioni da parte dell'INE, che si giustifica con la necessità di perseguire obiettivi di trasparenza e legalità. Tuttavia, è innegabile che questo percorso limita ulteriormente spazi di autonomia dei singoli partiti, le cui operazioni di selezione degli incarichi interni possono essere controllati e verificati dall'Istituto.

Tuttavia, è un altro profilo che desta interesse e che riguarda la verifica del tasso di democraticità dei partiti al loro interno ad opera prima dell'INE e in sede contenziosa eventualmente poi dal *Tribunal Electoral*. Questa duplice vigilanza è ottenuta, attraverso l'obbligo di deposito di alcuni documenti all'INE fra cui figura lo Statuto, il cui contenuto non è predeterminato ma in base alle norme costituzionali e legali deve ottemperare ai principi democratici. Poiché le fonti legali non esplicitano i criteri di misurazione della democraticità dei partiti, questo onere è stato assolto dall'organo giurisdizionale elettorale, chiamato a giudicare sul rispetto della democrazia delle procedure interne.

A questo proposito merita sintetizzare alcune riflessioni generali sul tema generale della democrazia interna dei partiti.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Nella dottrina italiana e comparata: Predieri, Alberto, "Democrazia nei partiti nella determinazione della politica nazionale. Equilibri e garanzie costituzionali", *Studi politici*, 1960; G. Grasso, "Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?", *Politica del diritto*, 2010, pp. 609 ss.; Blanco Valdés, Roberto, "Democracia de partidos y democracia en los partidos", in González Encinar, José Juan (coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa Calpe, 1992; Cárdenas Gracia, Jaime, *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; Urruty, Carlos, "El ejercicio de la democracia en la actividad interna de los partidos políticos", *Justicia Electoral*, núm. 19, 2004, pp. 67 ss.; Peschard, Jacqueline, "Democracia interna de los partidos políticos", *ibidem*, pp. 137; Orozco Henríquez, Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*, México, El Tribunal, 2004 (Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, n. 7); Martínez Veloz, Juan, "Aspectos jurídicos de la democracia interna de los partidos políticos", in Hernández, Ma. del Pilar (coord.), *Temas electorales*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal, 2001; Flores Gimenez, Fernando, *La democracia interna de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998; Cárdenas Gracia, Jaime, *Partidos políticos y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 2001 (Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, n. 8); Hernández, María del Pilar (coord.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*, México, UNAM, 2002; Castillo González, Leonel, *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción*, México,

Il principio democratico si struttura in due processi selettivi: quello riguardante i candidati e quello concernente gli incarichi di partito. L'obbligo costituzionale di adempiere ai principi democratici sembra essere strategico per la legittimazione dei partiti stessi; il presupposto è costituito dalla certezza che per agire democraticamente nelle istituzioni, è necessario assimilare il metodo democratico nelle associazioni che quelle istituzioni contribuiscono a realizzare.

D'altra parte questa prospettiva è diffusa in molti ordinamenti e non è stata neppure aliena al dibattito costituente italiano. Per bocca di Calamandrei, infatti, viene sottolineato come "l'organizzazione democratica dei partiti è un presupposto indispensabile perché si abbia anche fuori di essa vera democrazia" e a questo proposito erano presentati due emendamenti: il primo alla firma di Mortati che indicava nella Corte costituzionale l'organo deputato al controllo e l'altro ad opera di Ruggiero, che prevedeva l'attribuzione ai partiti di personalità giuridica e di funzioni di rilievo costituzionale in cambio dell'esistenza di uno statuto il cui fondamento democratico avrebbe potuto essere controllato da un organo indipendente. L'emendamento dell'on. Mortati recitava che: "Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nella azione diretta alla determinazione della politica nazionale". "E' nei partiti infatti che si preparano i cittadini alla vita politica e si dà modo ad essi di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresenteranno la nazione nel parlamento. Mi pare quindi che non si possa prescindere anche per essi dall'esigere una organizzazione democratica".<sup>23</sup>

Il giurista italiano si ispirava alla convinzione che la garanzia della democrazia interna ai partiti avrebbe consentito l'espansione delle procedure democratiche nella società. Questo orientamento sembra ispirare anche la Costituzione messicana. In questa ottica, si spiegano le ragioni per cui sia la disciplina costituzionale che legislativa del Messico offrono l'opportunità di un profondo controllo e ingerenza sulla vita dei partiti posti in essere da un organo giurisdizionale.

---

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005; Fuentes Cerda, Eloy, "El control de los actos internos de los partidos políticos", in *Testimonios sobre el desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo político democrático de México*, México, El Tribunal, 2003.

<sup>23</sup> (A. C. vol. III, p. 1882).

E', infatti, il giudice elettorale a svolgere un ruolo preponderante nella definizione del contenuto del principio democratico nell'attività dei partiti. Ad esempio, nella sentenza n. 2638/2008, il collegio precisa quali siano le condizioni irrinunciabili per poter definire democratica la vita interna dei partiti: esistenza di un'assemblea come organo decisionale del partito, composto da tutti i membri o da delegati, regolarmente e periodicamente convocata; la protezione dei diritti fondamentali dei membri, per esempio il diritto all'elettorato passivo e attivo, il diritto all'informazione, la libertà di espressione, la libertà di iscriversi a un partito; la previsione di sanzioni disciplinari a seguito di un procedimento equo con garanzie processuali; l'esistenza di procedimenti di elezione dei dirigenti e candidati del partito che garantiscano la libertà di voto; l'adozione della regola di maggioranza nelle procedure deliberative; i meccanismi di controllo del potere all'interno del partito come, per esempio, la possibilità di revoca dei dirigenti del partito.<sup>24</sup>

Sulla base dell'esistenza di questi presupposti, l'organo giurisdizionale può valutare il rispetto del carattere democratico dello statuto del partito e nella sua giurisprudenza si nota una certa tendenza a precisare gli elementi suddetti, non limitandosi a richiamare i principi generali di certezza, trasparenza, oggettività, eguaglianza ma dettagliando gli aspetti meramente procedurali circa l'elezione degli organi interni come per esempio la questione della durata del mandato, il regime di incompatibilità, i metodi di votazione. Tale orientamento per certi versi sembra riecheggiare l'approccio statunitense ai partiti in cui questi dovevano essere "i più trasparenti possibili alla volontà degli elettori, in ciascuno dei momenti del procedimento elettorale".<sup>25</sup>

Il metodo interpretativo attraverso il quale i giudici compiono questa incisiva opera di specificazione è quello analogico, cioè traspongono principi e regole specifici dello Stato democratico-rappresentativo all'organizzazione del partito, compiendo un'operazione di assimilazione piena dell'associazione alla struttura istituzionale statale, ponendo in ombra i profili che invece differenziano la dimensione partitica da quella dello Stato apparato.<sup>26</sup> In Messico, dunque, l'autorità giurisdizionale produce un signi-

<sup>24</sup> Castillo González, Leonel, *op. cit.*

<sup>25</sup> Avril, Pierre, *Saggio sui partiti*, Torino, Giappichelli, editore, 1990, p. 152.

<sup>26</sup> Nonostante lo stesso Tribunale elettorale precisi il fatto che gli elementi caratterizzanti una forma di stato non possono essere mutuati integralmente nell'organizzazione di un partito; Hernández, María del Pilar, *Democracia interna de los partidos*, in Báez Silva, Carlos e Ríos Vega, Luis Efrén (coord.), *op. cit.*, 555. Cossío Díaz, José Ramón,

ficativo sforzo nell'implementazione di un processo di democratizzazione a tutto campo. Questo è sicuramente auspicabile ma inevitabilmente nei suoi risvolti applicativi significa che l'attività di un partito finisce per essere controllata e monitorata in maniera incisiva dagli organi giurisdizionali. A questo fine, i giudici obbligano a sottoporre a termine gli incarichi di partiti, indicano le cariche incompatibili con gli incarichi di partito ed escludono in maniera tassativa il voto per acclamazione, sintetizzano i principi generali della campagna elettorale interna, regolano le operazioni elettorali in senso stretto, precisano le situazioni di incompatibilità e ineleggibilità e la durata del mandato.<sup>27</sup>

In questo modo, si vuole preservare la democrazia procedurale ma anche favorire una democrazia partecipativa in cui la formazione della volontà proviene dal basso e va verso l'alto.

L'*actio iudicandi* del Tribunale è dunque particolarmente pervasiva, più che altro perché a differenza di altri ordinamenti i parametri di valutazione non sussistono nel diritto positivo ma in quello giurisprudenziale. In Italia, qualsiasi controversia relativa ai rapporti interni ai partiti viene decisa sulla base della disciplina generale sulle associazioni e sui rispettivi statuti che fungono appunto da parametro. In Italia, quindi, anche per le associazioni non riconosciute, la giurisprudenza ordinaria ammette azione dei singoli iscritti contro gli organi dei partiti a tutela di loro specifici interessi come ad esempio con riguardo alla partecipazione a congressi, convocazione di assemblee, delibere congressuali, elezioni interne.<sup>28</sup> Proprio su queste basi, recentemente in Italia si è coagulata una certa giurisprudenza riguardante le controversie in merito ad alcune decisioni prese dai vertici del Movimento 5 stelle. A titolo esemplificativo, possiamo citare l'ordinanza del tribunale di Genova del 10 aprile 2017, dove il giudice ha ritenuto illegittima la decisione del Garante del Movimento in quanto, in base alle fonti statutarie interne, senza la deliberazione dell'Assemblea, gli atti del Garante sarebbero illegittimi. In questo caso, la decisione giudiziale non ha inteso valutare la democraticità o meno delle procedure interne al partito ma si è limitata

---

*Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México, Instituto Federal Electoral, 2002 (Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, n. 22).

<sup>27</sup> SUP-JDC 1010/2010 in relazione alla convocatoria per la selezione di candidati a Governatore dello Stato di Guerrero.

<sup>28</sup> P. Genova 16.1.76, *Foro italiano*, vol. I, 1976, pp. 1107 ss.; P. Fasano 28.2.1981, *Giurisprudenza italiana*, vol. I, 1982, pp. 194 ss.; T. Brindisi, 4.9.1981, *Foro italiano*, vol. I, 1981, p. 2846.

a verificare la conferenza delle decisioni domestiche rispetto alle fonti di regolazione interna.<sup>29</sup>

Una domanda che possiamo porci è se un organo giurisdizionale può spingersi fino a questa diffusa azione ispettiva dell'attività interna di un partito, seppure ai fini di salvaguardare il principio democratico, senza di fatto condizionare l'attività.

Infine, ci si può chiedere (anche provocatoriamente) se è necessariamente vero l'affermazione per la quale la democrazia di un partito è davvero strettamente connessa alla salvaguardia del sistema democratico. In fondo, si accetta un assioma che riposa sul presupposto che l'assenza della democrazia interna dei partiti sia sinonimo di esistenza di finalità eversive della democrazia. In fondo, il metodo democratico non è utilizzato in tutte le organizzazioni, quindi si riconosce implicitamente che le procedure democratiche non costituiscono sempre la soluzione ottimale. Basti pensare alle università, cioè delle istituzioni che si compongono di professori, personale tecnico e amministrativo e studenti, che non sono governate da procedure democratiche ma che contemporaneamente non sono di nocumeto alla democrazia e, anzi, la sostengono e la promuovono.

Inoltre, non può essere trascurato il fatto che i partiti si pongono come *competitor* nel mercato elettorale e devono essere in grado di proporre i candidati che godono di maggiori *chances* di vittoria al fine di far prevalere il proprio programma politico e ottenere il maggior livello di gradimento fra i cittadini. In questa ottica, è da chiedersi se la massimizzazione delle procedure democratiche in tutti gli ambiti di funzionamento del partito può essere ostativo al raggiungimento dell'obiettivo.

---

<sup>29</sup> Si vedano in tal senso anche le ordinanze del Tribunale di Napoli, 14 luglio 2016 e del Tribunale di Roma, 12 aprile 2016. Tribunale di Roma, Sezione III, ordinanza n. 19678-2/16 del 12 aprile 2016 (sulla scelta del candidato sindaco ed espulsione di iscritti); 2) Tribunale di Napoli, Sezione VII, ordinanza n. 15161/2016 del 14 luglio 2016 (scelta del candidato sindaco ed espulsione di iscritti); 3) Tribunale di Roma, Sezione I, ordinanza n. 53473/2016 del 17 gennaio 2017 (sussistenza delle condizioni di eleggibilità del Sindaco di Roma e valutazione del codice di comportamento per i candidati ed eletti del Movimento 5 Stelle alle elezioni amministrative del 2016); 4) Tribunale di Genova, Sezione I, decreto/ordinanza n. 4036/2017 del 10 aprile 2017 (scelta del candidato sindaco ed esclusione di iscritti dalle liste di candidati del partito alle elezioni amministrative); 5) Tribunale di Palermo, Sezione V, decreto n. 13020-1/2017 del 19 settembre 2017 (esclusione dalle primarie per la candidatura alle elezioni regionali ed individuazione delle liste dei candidati), Grasso Giorgio, "MoVimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione", *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 618; Gianfrancesco, Eduardo, "I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione", *Forum di Quaderni costituzionali* (30 ottobre 2017).



E' innegabile, infatti che il partito sia un centro di aggregazione di interessi più o meno generali costituito da un numero più o meno ampio di persone, ma è anche un'organizzazione che compete con altre alla determinazione della politica nazionale attraverso un processo selettivo.

Il fatto che il partito si muova in un'arena di competitori implica che la sua organizzazione debba essere la più efficiente ed efficace possibile. Allora la domanda che emerge è se l'attività delle organizzazioni politiche possono essere subordinate all'applicazione delle regole democratiche, nonostante possano incidere negativamente sulle loro *performances*: “solo un certo grado di cesarismo assicura la rapida trasmissione e la precisa esecuzione degli ordini nella lotta quotidiana”,<sup>30</sup> per cui sembrerebbe inevitabile che la concorrenza politica implica processi di centralizzazione e professionalizzazione.<sup>31</sup>

#### IV. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Le indicazioni generali che sommariamente sono state indicate confermano le ipotesi di partenza e cioè che il sistema dei partiti in Messico è significativamente conformato da fonti pubblicistiche. Questo dato indica come lo spazio di autoregolazione dei partiti è di fatto esiguo e ciò implica che l'assetto organizzativo complessivo dei partiti è sostanzialmente omogeneo. Le differenziazioni possono risiedere nei programmi politici ma non tanto nelle differenti modalità di gestione dei rapporti interni o nelle distinte modalità di selezione dei candidati, poiché tendenzialmente l'intervento del *Tribunal Electoral* ha finito per produrre un effetto “nomofilattico”.

La capillarità con la quale gli organi pubblici permeano e influenzano le attività dei partiti, tuttavia, non sembra essere stata argine idoneo per ridurre fenomeni di corruzione e/o di clientelismo. In base a uno studio, 7.8 milioni di elettori sono stati oggetto di tentativi di manipolazione del voto, sebbene solo il 21% è stato vittima di condotte penalmente rilevanti; il 7,2% ha ricevuto regali in cambio della promessa di un voto favorevole; mentre il 2% ha ricevuto prestazioni, favori o servizi. Le pressioni elettorali

---

<sup>30</sup> Michels, Robert, *La sociologia del partito politico*, Polledro, Alfredo (a cura di), Torino, Utet, 1912, pp. 73-74.

<sup>31</sup> P. Avril, *op. cit.*, p. 152.

possono avere luogo durante la celebrazione di cerimonie religiose (3,1%) o addirittura all'interno dei seggi elettorali (2,1%).<sup>32</sup>

A questa tendenza omologatrice se ne affianca un'altra ed è quella che riguarda la riforma costituzionale che ha introdotto l'INE. Oltre all'ambito politico-elettorale di cui si è già dato conto, ulteriori riflessioni possono essere svolte circa l'evoluzione del federalismo messicano. Non è il fine di questo contributo approfondire l'evoluzione della forma di stato federale ma sembra che anche in Messico il baricentro del sistema si sia traslato sulla Federazione a detrimento delle entità federate e dei loro apparati organizzativi.<sup>33</sup>

Si registra, inoltre, un sistema per il quale l'accesso al potere politico è prevalentemente monopolizzato di fatto dai soli partiti e, soprattutto, da quelli ormai consolidati. Solo la riforma costituzionale del 2012 relativa all'art. 35 ha consentito di poter avanzare candidature indipendenti, nonostante il *Tribunal Electoral* avesse sostenuto, nella sentenza 11/2012, che l'esclusione di queste candidature non costituisca una violazione dei diritti di partecipazione politica. Tuttavia, per le ragioni sopra esposte, le possibilità di esiti favorevoli di queste candidature rimangono scarse.<sup>34</sup>

Un altro profilo meritevole di attenzione a livello comparato riguarda l'emersione del tema della rappresentanza politica delle popolazioni indigene. Nel 1992, una riforma costituzionale ha incorporato le comunità autoctone fra i popoli costitutivi l'ordinamento messicano e in seguito la legislazione elettorale ha indicato fra i propri obiettivi quello di implementare la rappresentanza indigena. Tuttavia, al di là delle dichiarazioni di principio, non è stata adottata un'adeguata legislazione di sostegno che favorisca l'elezione di questi candidati,<sup>35</sup> anche se nel 2005, l'allora IFE ha definito

---

<sup>32</sup> I dati sono relativi al 2002: Serra, Gilles, "Clientelismo y corrupción electoral en México: persistencia a pesar de los avances legislativos", *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, vol. 1, núm. 17, enero-junio de 2017, p. 179; Malem Seña, Jorge Francisco, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

<sup>33</sup> Gonzalez Muñoz, Sergio Jesús, "El nuevo modelo competencial ante el Instituto Nacional Electoral y los organismos públicos electorales: un federalismo en flujo", *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 10, 2016.

<sup>34</sup> Gilas, Karolina, "El gatopardismo detrás de la regulación de las candidaturas independientes en México", *Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 15, enero-junio de 2015, p. 171.

<sup>35</sup> Al contrario di altre esperienze che hanno previsto soluzioni specifiche e incisive. In merito a ciò il riferimento può correre alle popolazioni Maori della Nuova Zelanda che, già con l'approvazione del *Maori Representation Act* del 1867, conquistano il diritto ad avere una rappresentanza assicurata nel parlamento monocamerale. Una soluzione ana-

una reconfiguración de los distritos electorales constituyéndose un cierto número con población pari o superior al 40% de miembros de comunidades aborígenes.

Más incisivas son las medidas de favor para incrementar la presencia femenil<sup>36</sup> en los órganos de representación política y los datos prueban la bondad de los instrumentos: en las elecciones del 2015 para la Cámara baja, las mujeres electas son 213 pari al 42,6%, mientras, en la sesión del 2012, las senadoras seleccionadas son 47, pari al 36,7%. Desde 1996, se fijó una proporción máxima de representación de un género, identificada en el 70% y en 2007 las candidaturas de un sexo no podían ser inferiores al 40%. También en este caso, sin embargo, son determinantes los dos órganos certificadoros de los procesos electorales: el *Tribunal Electoral* y el INE. El primero con la jurisprudencia ha impuesto a los partidos políticos el deber de indicar al menos 120 candidatos para la Cámara de diputados y 26 para el Senado pertenecientes a un sexo; de otra parte el INE ha adoptado un acuerdo que establece los criterios para los partidos para poder otorgar a lo establecido por el órgano jurisdiccional.

La valoración del sistema de los partidos en México no puede ser pues unívoca: de una parte la perversa *vis regulatoria* restringe los espacios de autonomía de estas formaciones, de otra parte, los mismos actos, sin embargo, han contribuido a hacerlas entidades porosas a las instancias democráticas y a configurar el mercado electoral un espacio menos sensible a la posición de fuerza.<sup>37</sup>

C

---

loga es prevista en Colombia, donde el art. 171 de la Constitución prevé la elección de dos senadores pertenecientes a las comunidades autóctonas, gracias a la institución de una circunscripción especial indígena en la que pueden presentarse solo quienes han ocupado cargos tradicionales al interior de la comunidad o son líderes de organizaciones de defensa de los autóctonos. Por otro lado, el art. 176 dispone para la Cámara de diputados la posibilidad de realizar una circunscripción especial para los representantes de las poblaciones autóctonas y de las minorías políticas. Finalmente, vale la pena citar el caso anómalo de la House of Representatives del Maine (USA), a la que pertenecen, sin derecho de voto, un representante de cada una de las tres tribus indígenas: Penobscot Nation, Passamaquoddy Nation y Malisset Tribe. Estos parlamentarios son nominados por las respectivas autoridades tribales y ejercen funciones consultivas y de propuesta en el congreso, disponiendo del derecho de voto solo en comisiones y no en sesión.

<sup>36</sup> En 1954 se eligió la primera mujer diputada y en 1964 se eligieron las primeras senadoras. Luna Ramos, José Alejandro, "Aportaciones de la justicia electoral mexicana para una democracia igualitaria", *Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 15, enero-junio de 2015, p. 347.

<sup>37</sup> I. Méndez de Hoyos, "El sistema de partidos en México: fragmentación y consolidación", en *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 29, 2007, pp. 7 ss.



## La nueva Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz en el contexto del derecho procesal constitucional local mexicano

Carlos Martín GÓMEZ MARINERO\*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El control constitucional en el estado de Veracruz*. III. *Contenido de la nueva de Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz*. IV. *Conclusión*.

### I. PLANTEAMIENTO

El derecho procesal constitucional local mexicano surgido a partir del 3 de febrero de 2000 —fecha en que se publicó la reforma integral de la Constitución Política del Estado de Veracruz—<sup>1</sup> inició con la regulación no sólo de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales —diseñadas y rediseñadas, un lustro anterior, en el orden jurídico nacional—, sino de instrumentos como la cuestión de inconstitucionalidad o la acción por omisión legislativa inéditas —en ese entonces— dentro del orden jurídico mexicano. Por otra parte, el 29 de noviembre de

---

\* Licenciado en derecho y maestro en derecho constitucional y administrativo por la Universidad Veracruzana, México; [carlosgomezmarinero@gmail.com](mailto:carlosgomezmarinero@gmail.com).

<sup>1</sup> Cfr: Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 423; Fix Zamudio, Héctor, “El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 10, 2006, pp. 132-134.

2018, se publicó en la *Gaceta Oficial* la Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz, documento que constituye el más reciente producto legislativo en los primeros dieciocho años de control constitucional local en México.

En el transcurso de dieciocho años (2000-2018) se identifican veinticinco entidades federativas que cuentan con algún medio de control constitucional.<sup>2</sup> Un grupo de ocho entidades federativas contempla en sus textos constitucionales por lo menos un medio de control en materia de conflictos competenciales y/o territoriales: Baja California Sur (artículo 125), Campeche (artículo 88, fracción IV), Chihuahua (artículos 105 y 202), Colima (artículo 74, fracción II), Morelos (artículo 99, fracción XII), Hidalgo (artículo 99, fracciones I, XII y XII Bis), Sinaloa (artículo 104, fracción III) y Zacatecas (artículo 100, fracción IV).<sup>3</sup>

Otro grupo, de diecisiete entidades federativas, prevé en sus Constituciones, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad: Chiapas (artículos 78 y 79), Ciudad de México (artículos 35 C y 36 B), Coahuila (artículo 158), Durango (artículos 119 y 120), Estado de México (artículo 88 Bis), Guanajuato (artículo 88, fracción XV), Nayarit (artículo 91), Nuevo León (artículo 95), Oaxaca (artículo 106), Querétaro (artículo 29, fracciones II y III), Quintana Roo (artículos 104 y 105), Sonora (artículo 166), Tabasco (artículo 61), Tamaulipas (artículo 114 A, fracción I), Tlaxcala (artículo 81), Veracruz (artículos 64 y 65) y Yucatán (artículo 70).<sup>4</sup> Asimismo, ocho de esas entidades cuentan con juicios de

---

<sup>2</sup> Únicamente siete entidades federativas no cuentan con algún instrumento de control constitucional: Aguascalientes, Baja California, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Puebla y San Luis Potosí.

<sup>3</sup> Si bien el estado de Chihuahua prevé en su Constitución, además de la controversia constitucional, un recurso para la protección de derechos locales y cuenta con una ley reglamentaria (2013), ésta desarrolla —principalmente— el control difuso de constitucionalidad. Por otra parte, el estado de Campeche también cuenta con una norma reglamentaria (2001); sin embargo, sólo regula las controversias constitucionales cuyas sentencias sólo tienen efectos entre las partes litigantes.

<sup>4</sup> Dentro de ese grupo, cada una de las Constituciones cuenta con su respectiva ley reglamentaria de medios de control constitucional, con excepción de los estados de Sonora y Durango. En el caso de la Ciudad de México, a la fecha (febrero de 2019), no se han designado magistrados de la Sala Constitucional, de modo que todavía no inician las funciones de los medios de control constitucional locales. Este último dato fue obtenido del oficio P/DUT/160/2019, del 12 de febrero de 2019, del dictaminador de transparencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en respuesta a la solicitud de información folio 6000000030919.

protección de derechos en el orden jurídico local<sup>5</sup> y acciones por omisión legislativa.<sup>6</sup>

Entonces, en la actualidad existe un importante catálogo de instrumentos de control constitucional en los órdenes jurídicos parciales del Estado mexicano. Sin embargo, la relevancia de los contenidos del derecho procesal constitucional local se ha relativizado al menos por dos razones: primero, por los significativos alcances de la amplitud protectora de los derechos y sus garantías a partir de las reformas constitucionales de 6 y 10 junio de 2011, y segundo, por el cuestionamiento de la constitucionalidad de los mecanismos locales,<sup>7</sup> así como por los límites o acotamientos realizados por el propio Poder Judicial de la Federación en relación con el alcance del ejercicio de dichos medios de control constitucional local.<sup>8</sup>

Si bien a partir de los elementos precisados se cuestiona la utilidad práctica<sup>9</sup> de los medios de control constitucional locales, otro factor importante

---

<sup>5</sup> Los estados de Chihuahua, Ciudad de México, Tlaxcala, Querétaro, Nayarit, Oaxaca, Tabasco y Veracruz. *Cfr.* Casarín León, Manlio Fabio, “Los juicios de protección de derechos en los textos constitucionales locales: implicaciones en torno a su desarrollo y eficacia”, en Serna de la Garza, José María y Morán Navarro, Sergio Arnoldo (coords.), *Retos del derecho constitucional mexicano: régimen político y Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Universidad Autónoma de Nayarit, 2018, pp. 101-126.

<sup>6</sup> Los estados de Chiapas, Ciudad de México, Durango, Nayarit, Querétaro, Tlaxcala, Yucatán y Veracruz.

<sup>7</sup> El control constitucional ha sido cuestionado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; primero, en la Controversia Constitucional 16/2000 en la que se impugnó la reforma constitucional veracruzana; segundo, en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2010, promovida en contra de la reforma a la Constitución de Yucatán, y tercero, en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas, en la que se impugnó la Constitución de la Ciudad de México.

<sup>8</sup> En cuanto a los alcances de los medios de control constitucional local, destacan la Controversia Constitucional 16/2000 y la Contradicción de Tesis 350/2009 del Pleno de la Suprema Corte, así como los amparos directos en revisión 3057/2014 y 598/2015 del índice de la Primera Sala de la Corte, en los que se delimitó la competencia de los tribunales constitucionales locales para conocer de asuntos relacionados con violaciones a la Constitución general de la República. En este sentido, una autora señala que el “federalismo judicial” no sólo se encuentra limitado por la jurisprudencia de la Suprema Corte, sino que el ejercicio de las competencias de los poderes judiciales locales es incierto. *Cfr.* Huerta Ochoa, Carla, “La protección y el desarrollo jurisdiccional de los derechos fundamentales en México tras las reformas de 2011”, *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 255 y 256.

<sup>9</sup> Así se expresó en la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 4 de septiembre de 2018, al discutirse la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas.

que contribuye a ese debate tiene que ver con las deficiencias normativas de los mecanismos que le dan sustento, así como por la medida en que éstos incentivan, fomentan y/o promueven la alternancia o subsidiariedad de los medios de control locales, en relación con los medios nacionales, pues ello impediría o posibilitaría, según el caso, la descentralización en la protección de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la reflexión en torno a los contenidos de la nueva Ley de Control Constitucional del Estado de Veracruz tiene como guía central la identificación de los factores antes mencionados —tomando como referencia las disposiciones del orden nacional y locales que regulan los temas de derecho procesal constitucional—, para enseguida vincularlas con la manera en que éstas podrían coadyuvar con el mencionado proceso de descentralización en la protección de derechos y del control de constitucionalidad en el Estado mexicano.

## II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE VERACRUZ

El sistema de control constitucional, establecido a partir de la reforma integral a la Constitución Política del Estado de Veracruz del 3 de febrero del 2000, representó un modelo paradigmático para el surgimiento de la jurisdicción constitucional local en México. En este sentido, los órganos jurisdiccionales locales en Veracruz pasaron a tener —dentro del orden jurídico estatal— al menos dos funciones: la correspondiente a la justicia ordinaria y la relativa a la justicia constitucional local. Esta última función se reconoció en los artículos 56, fracción I, 64 y 65 de la Constitución veracruzana.

Los instrumentos de control establecidos en la Constitución Política del Estado de Veracruz en 2000 fueron: 1) la controversia constitucional; 2) la acción de inconstitucionalidad; 3) la acción por omisión legislativa; 4) la cuestión de inconstitucionalidad, y 5) el juicio para la protección de los derechos humanos.<sup>10</sup> Además, mediante reforma constitucional, publicada el 9 de marzo de

---

<sup>10</sup> La Constitución veracruzana estableció, además, la atribución de “conocer y resolver, en instancia única, de las resoluciones del ministerio público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el ministerio público” (artículo 64, fracción II, de la Constitución Política del Estado de Veracruz); sin embargo, esta atribución no se considera propiamente de control constitu-



2012, se adicionó la atribución de resolver los asuntos indígenas. Conforme a la Constitución local, el control constitucional se encuentra a cargo de dos órganos: la Sala Constitucional y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

El artículo 64 constitucional señala que la Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, tiene competencia para: 1) conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos por actos o normas de carácter general que conculquen derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve; 2) para dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los demás tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local, en el proceso sobre el cual tengan conocimiento, y 3) para conocer, sustanciar los procedimientos y resolver de los asuntos indígenas.

Además, la Sala Constitucional es la encargada de sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa; asimismo, para formular proyectos de resolución definitiva que se sometan al Pleno del Tribunal Superior de Justicia. En consecuencia de lo anterior, el artículo 65 de la Constitución veracruzana atribuye al Pleno del Tribunal Superior de Justicia: 1) conocer de las controversias constitucionales (que surjan entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o el Legislativo; y el Poder Ejecutivo y el Legislativo); 2) de las acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o decretos que se consideren contrarios a la Constitución, y que se ejerciten dentro de los treinta días siguientes a su promulgación y publicación, y 3) de las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto que afecte el debido cumplimiento de la Constitución.

En más de dieciocho años de vigencia de las reformas que implementaron el control constitucional local en el estado de Veracruz, el legislador veracruzano sólo había reglamentado el juicio de protección de derechos humanos, en 2002, una vez que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia validó la constitucionalidad del juicio local.<sup>11</sup> Después de dieciséis años de vigencia, la Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos fue abrogada mediante el artículo segundo transitorio de la Ley de Control Constitucional

---

cional. Cfr. Astudillo Reyes, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 79-81.

<sup>11</sup> Véase la Tesis P. XXXIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, agosto de 2002, p. 903.

para el Estado de Veracruz que ahora regula la totalidad de los instrumentos de control que prevé la Constitución veracruzana.<sup>12</sup>

### III. CONTENIDO DE LA NUEVA LEY DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ

El 24 de julio de 2018 se aprobó la Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, y se publicó en la *Gaceta Oficial* más de cuatro meses después, el 29 de noviembre 2018. La nueva Ley de Control Constitucional se integra por 193 artículos divididos en siete títulos, correspondientes a los temas siguientes: 1) el control constitucional; 2) la controversia constitucional; 3) la acción de inconstitucionalidad; 4) la acción por omisión legislativa; 5) la cuestión de inconstitucionalidad; 6) el juicio de protección de derechos humanos, y 7) el procedimiento de protección para pueblos y comunidades indígenas.

Se trata de la ley reglamentaria más extensa de las quince existentes en los órdenes jurídicos parciales del Estado mexicano, pues la mitad de dichas normas no superan los 100 artículos (como ocurre con las leyes reglamentarias de Chihuahua, Guanajuato, Estado de México y Nuevo León, así como las leyes de control constitucional de Tamaulipas, Tlaxcala y Tabasco), producto de una sola regulación en los temas generales y en la especificación de la particularidad de cada medio de control constitucional, particularmente en el caso de las últimas tres entidades federativas mencionadas.

En materia de disposiciones generales, en algunos casos existe duplicidad en la regulación de los temas, por ejemplo: 1) los días hábiles se refieren en las disposiciones generales y en el juicio de protección de derechos (artículos 4o. y 142); 2) los plazos se prevén tanto en disposiciones generales como en el juicio de protección de derechos (artículos 4o., 5o., 6o., 143 y 144), y

---

<sup>12</sup> Entre 2000 y 2018, en el estado de Veracruz, se han resuelto cero acciones por omisión legislativa; cero asuntos indígenas; una controversia constitucional; una acción de inconstitucionalidad; 37 cuestiones de inconstitucionalidad, y 71 juicios para la protección de derechos humanos. Como se advierte, el mayor ejercicio del control constitucional proviene del único instrumento que se había reglamentado en el estado de Veracruz. Los datos fueron obtenidos del oficio 303/2019, del 22 de febrero de 2019, de la secretaria habilitada de la Sala Constitucional, en respuesta a la solicitud de información de folio 00260619.

3) la representación del gobernador se señala en las controversias constitucionales y se reitera en las acciones de inconstitucionalidad (artículos 17 y 90).<sup>13</sup> A pesar de la amplia extensión en la regulación de las disposiciones de control constitucional local, no se advierte la referencia al parámetro de control en el orden local, como sí se hace en la ley reglamentaria del estado de Chihuahua (capítulos III y IV) y en la ley de justicia constitucional coahuilense (artículos 4o., 64 y 65).

En materia de controversias constitucionales, la Ley de Control Constitucional estableció los plazos para promover la demanda, lo que no se encontraba regulado en el artículo 65, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz. En este sentido, el artículo 29 de la ley prevé un plazo de treinta días contados a partir de la notificación del acto o de la publicación de la norma. Se siguió, en esta parte, la regla general prevista en el orden nacional y en la mayoría de las legislaciones locales; sólo la ley de control constitucional de Nayarit (artículo 92) prevé un tiempo menor para promover este tipo de juicios (veinte días).

En cuanto a la legitimación para promover la controversia constitucional, la Ley de Control Constitucional la reitera en favor de los municipios, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, como se establece en el propio texto constitucional local. En consecuencia, no reconoce legitimación a los órganos constitucionales autónomos, cuyo sistema competencial se encuentra establecido en el texto constitucional local; a diferencia de las legislaciones de la Ciudad de México (artículo 73) y Coahuila (artículo 9o.), que sí reconocen la legitimación de dichos órganos constitucionales.

La reglamentación de las controversias constitucionales (artículos 14 a 48) sigue —en los temas relativos a las partes, incidentes, suspensión, improcedencia, sobreseimiento, demanda, contestación e instrucción— las disposiciones de la Ley Reglamentaria del Artículo 105, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En relación con los efectos de la sentencia, el artículo 53 de la Ley de Control reitera el contenido del artículo 65, fracción I, último párrafo, de la

---

<sup>13</sup> Asimismo, el artículo 5o. de la Ley de Control Constitucional —relativo a la materia de notificaciones— remite al diverso artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz; sin embargo, ese artículo regula la visitaduría judicial y no las notificaciones; discrepancia que se podría explicar si se toma en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada el 4 de agosto de 2015, sí regulaba la materia de notificaciones, pero no la ley vigente a partir del 9 de febrero de 2018.

Constitución veracruzana, en el sentido de que “siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Municipios o Poderes Ejecutivo o Legislativo, y la resolución del Pleno las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos las dos terceras partes de sus miembros”. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el orden constitucional, si un municipio impugnase una norma del Poder Legislativo, de aprobarse la invalidez tendría efectos para el orden jurídico de la entidad federativa y no sólo para el ámbito municipal.<sup>14</sup>

En relación con las acciones de inconstitucionalidad, la norma veracruzana reiteró el plazo establecido en el texto constitucional para su interposición: 30 días siguientes a la promulgación y publicación de leyes o decretos. La legitimación activa en la acción de inconstitucionalidad es restrictiva, pues se reconoce sólo en favor del gobernador y del Congreso del Estado, no así a partidos políticos o a órganos constitucionales autónomos, como ocurre en el orden constitucional; incluso en la ley de la Sala Constitucional de la Ciudad de México se legitima a órganos constitucionales autónomos o a la ciudadanía cuando se reúnan cuando menos cinco mil firmas. En la ley de justicia constitucional de Coahuila, además de legitimarse a los órganos autónomos, se reconoce que puede hacerlo “cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales” (artículo 73, fracciones IV y V).

La ley veracruzana en materia de acciones de inconstitucionalidad también replica algunos preceptos —en el tema de disposiciones generales y procedimiento— de la Ley Reglamentaria del Artículo 105, fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, cuando su regulación no reproduce ese ordenamiento, incurre en imprecisiones; por ejemplo, contempla como partes al “demandado” y “tercero interesado” dentro de un procedimiento en el que, además de suponerse abstracto (así se advierte del artículo 65, fracción II, de la Constitución local),

---

<sup>14</sup> Es decir, se regula en términos diversos al artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que cuando la controversia versare sobre una disposición general, pero fuere promovida por un municipio respecto de una norma estatal, la invalidez sólo tendrá efectos para las partes. *Cfr.* Tesis P./J. 72/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, noviembre de 1996, p. 249, y Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford, 2002, vol. 4, p. 1408.

“no existe contención”, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.<sup>15</sup>

Por otra parte, el artículo 101 de la Ley de Control Constitucional establece que: “las resoluciones del Pleno sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por una mayoría de por lo menos las dos terceras partes de sus miembros. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”. A diferencia de lo que ocurre con el orden jurídico nacional, la invalidez en acciones de inconstitucionalidad no sólo comprende a las leyes, sino también decretos, pero la norma reglamentaria omite precisar qué tipo de normas podría impugnar cada uno de los sujetos legitimados.

Tanto en materia de controversias constitucionales como en acciones de inconstitucionalidad, la norma local omite abordar la función de la jurisprudencia, la interpretación o los precedentes constitucionales que deriven de algunos de estos instrumentos, como sí ocurre con las legislaciones de Coahuila (artículos 113 a 117), Querétaro (artículos 69 a 73), Nayarit (artículos 108 a 112) y Quintana Roo (artículos 131 a 133). Incluso, la ley de la Sala Constitucional de la Ciudad de México (artículos 144 a 147) contempla, en un apartado específico, la declaratoria general de inconstitucionalidad.

El tercer instrumento que se regula es la acción por omisión legislativa. En dicho medio de control se identifica como parte tercera interesada al gobernador del estado respecto de las acciones interpuestas por, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos de la entidad. En cuanto a los sujetos legitimados, la normativa de la Ciudad de México prevé que las alcaldías en lo particular —sin requerir un porcentaje en su conjunto— puedan promover este instrumento, además de los organismos constitucionales autónomos —en la materia de su competencia— e incluso un porcentaje de los integrantes del Congreso.

El artículo 118 de la ley veracruzana reitera el contenido del artículo 65, fracción III, de la Constitución local, en el sentido de que la resolución que emita el Pleno, que decreta la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, y que en dicha

---

<sup>15</sup> Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998, pp. 79-92, y Tesis P./J. 32/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2501.

resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. En cambio, un plazo más breve se establece en la ley de la Sala Constitucional de la Ciudad de México (artículo 96), pues obliga a la autoridad correspondiente a expedir la ley o cumplir lo ordenado “en un plazo no mayor a noventa días naturales, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite”.

En el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad, la Ley de Control Constitucional establece que tienen por objeto dar respuesta a las peticiones formuladas por los tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local, situación que excluye a cualquier autoridad u organismo autónomo para solicitar la consulta a la Sala Constitucional.<sup>16</sup> En la Ley de Control se reitera el contenido del artículo 64, fracción IV, de la Constitución veracruzana, en el sentido de que las peticiones tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales. Asimismo, el artículo 132 de la ley veracruzana establece que si la resolución emitida por la Sala decreta la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, la autoridad jurisdiccional promovente se deberá ajustar a las consideraciones de la sentencia para dictar su resolución definitiva.

En otras normativas, el control constitucional ha ido más allá de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos previstos en la normativa veracruzana, como la ley de control constitucional de Tabasco, que regula las opiniones consultivas de control previo (artículos 70 a 76), o la ley de justicia constitucional de Yucatán, que reglamenta cuestiones de control previo de la constitucionalidad (artículos 114 a 130). Figuras que cobran relevancia si se considera que, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y de la resolución del expediente varios 912/2010 del Pleno de la Suprema Corte, se ha autorizado el control difuso de constitucionalidad, superando así lo que Antonio Martínez Báez denominó el

---

<sup>16</sup> Un autor señala que, en la práctica, la ausencia de ley reglamentaria había reducido la cuestión de inconstitucionalidad a realizar la llamada “interpretación integradora” del ordenamiento jurídico veracruzano, lo que equivale a realizar una actividad interpretativa de mera legalidad. *Cfr.* Casarín León, Manlio Fabio, “Derecho procesal constitucional veracruzano”, en Astudillo Reyes, César y Casarín León, Manlio Fabio (coords.), *Derecho constitucional estatal. Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, 2010, p. 164.

indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación en materia de inconstitucionalidad de leyes.

Por otra parte, el juicio de protección de derechos humanos no reconoce el interés legítimo ni la posibilidad de impugnar normas generales, a pesar de que el texto constitucional local sí contempla la posibilidad de impugnación de normas, además de reconocer derechos colectivos y difusos, de modo que se reiteraron dos importantes deficiencias que tenía la abrogada Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos. En cambio, la ley de control constitucional de Tlaxcala sí prevé la posibilidad de impugnar normas (artículo 65), mientras que la ley de justicia constitucional queretana reconoce los intereses legítimos o difusos (artículo 116).

La norma veracruzana omitió regular medidas cautelares en el juicio de protección local, pues sólo se prevé la suspensión en materia de controversias constitucionales. Asimismo, en el trámite del juicio de protección de derechos humanos se trasladaron diversas disposiciones de la ley abrogada, como ocurre con la competencia a cargo de jueces de primera instancia como órganos de instrucción del juicio en lugares distintos al distrito judicial de la capital del estado, de las autoridades responsables o de los plazos para promover el juicio local de protección.

En este sentido, la Ley de Control Constitucional incorporó una reforma que se había realizado a la abrogada ley, en la que se previó la posibilidad de promover el juicio en cualquier tiempo tratándose de delitos de lesa humanidad; no obstante, reiteró los plazos breves para la presentación de la demanda: 30 días en general, y 60 días tratándose de violaciones graves de derechos humanos, a pesar de que en su procedencia no contempla la impugnación de asuntos judiciales que se caracterizan por la brevedad del término para su interposición —a diferencia de lo que ocurre con las acciones sujetas a prescripción—. <sup>17</sup>

Finalmente, la normativa veracruzana incorporó un título especial en el que se regula la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Si bien este juicio podría haber formado parte del instrumento

---

<sup>17</sup> En este sentido, se ha señalado que: “repugna a la naturaleza de éstos [los derechos del hombre] que el solo lapso de unos días los deje a merced de todo abuso, que el transcurso de dos semanas sancione una violación convirtiéndola en derecho monstruosamente amparado por la ley, y que, por medio del subterfugio de la presunción legal, el derecho para rechazar un atentado se convierta en obligación de sufrirlo”. Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 6a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 100.



encargado de la protección de cualquier derecho humano a nivel local —al tener por objeto hacer eficaces los derechos humanos establecidos en la Constitución del Estado—, lo cierto es que el parámetro de control entre ambos es distinto, basta con advertir que la ley local incorporó como parámetro de control —en los asuntos indígenas— a los tratados internacionales, aspecto que no se contempló en el resto de los medios de control constitucional, y respecto del cual la Suprema Corte de Justicia, en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas, ha establecido que no es disponible para el constituyente local alterar dicho parámetro por corresponder a un tema del orden constitucional.

#### IV. CONCLUSIÓN

En la Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz se advierte una sobrerregulación de los temas reproducidos, principalmente a partir de dos normatividades: de la Ley Reglamentaria del 105, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos del 5 de julio de 2002.

El legislador veracruzano, en algunos casos, no incentivó o fomentó el fortalecimiento del sistema de control constitucional veracruzano a partir de una regulación que promoviera la subsidiaridad o descentralización de los medios de control constitucional locales con los instrumentos previstos en el orden jurídico nacional, como ocurre con la restricción en los supuestos de legitimación para acudir a la controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y acción por omisión legislativa, pues se reguló en términos limitados —no sólo en referencia con los medios de control del orden nacional, sino de otras entidades federativas—, lo que reduce la posibilidad de impugnación por parte de órganos autónomos, municipios o ciudadanía; quizá a ello se deba que, entre 2000 y 2018, sólo se registraron dos casos en relación con esos medios de control constitucional local.

Por otra parte, existen algunos incentivos en la normatividad local, como la no restricción de los efectos de la sentencia cuando un municipio impugne disposiciones generales de carácter estatal o la posibilidad de impugnar leyes y decretos en la acción de inconstitucionalidad sin considerar la condición de la parte que realiza la impugnación, aspectos que sí se delimitan en la Constitución federal.

La regulación de la normatividad veracruzana puede y debe ser útil para replantear la funcionalidad de futuras normas reglamentarias a partir de un modelo que obedezca a la subsidiariedad y complementariedad respecto de los instrumentos del orden nacional, pues en esta medida se fortalecerá la paulatina descentralización en la protección de derechos fundamentales y, en ese mismo orden de ideas, redimensionar el federalismo judicial mexicano.

*C*



## Il Diritto amministrativo messicano. Prospettive contemporanee a confronto con il processo evolutivo in America Latina

Vincenzo de FALCO\*

SOMMARIO: I. *La scienza messicana del diritto amministrativo.* II. *L'influenza del costituzionalismo contemporaneo e l'eterogeneità degli effetti giuridici nel contesto iberoamericano.* III. *La complessa implementazione dei principi. L'open government model e la partecipazione procedimentale.* IV. *Problemmatiche evolutive e prospettive moderne.*

### I. LA SCIENZA MESSICANA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il diritto amministrativo messicano registra un'impostazione iniziale piuttosto simile alle esperienze spagnole e francese, da cui resta notevolmente influenzato. Fin dalle prime disposizioni, questa speciale branca dell'ordinamento giuridico si sviluppa innanzitutto come insieme separato di discipline legislative che si occupano di specifici settori dell'azione pubblica.<sup>1</sup> Come successo nelle principali esperienze giuridiche, comprende le norme sull'organizzazione dello Stato, degli enti pubblici, sul loro funzionamento, sul rapporto di pubblico impiego, sulle funzioni conferite ai

---

\* Professore aggregato di Diritto dell'ambiente italiano e comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli, Italia; [vincenzo.defalco@unicampania.it](mailto:vincenzo.defalco@unicampania.it).

<sup>1</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, 2009, p. 81 ss.

dipartimenti, alle imprese pubbliche; concerne le procedure espropriative, l'esercizio del potere disciplinare, le misure di polizia e di ordine pubblico.

La dottrina messicana ricostruisce il concetto di diritto amministrativo osservando le definizioni di Santi Romano, Zanobini e Romagnosi in Italia, di Auguste Vivien, Vedel, Jèze e Duguit in Francia, Santamaría de Parades, Colmeiro ed Entrena Cuesta in Spagna. Nelle prime elaborazioni teoriche sulla scienza del diritto amministrativo compiute da Teodosio Lares nel 1852, questo ramo speciale del diritto viene ricostruito ponendo particolare attenzione alle tematiche dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche, diventa una scienza che regola l'azione e le competenze del potere esecutivo. Castillo Vedesco porrà invece maggiore attenzione all'idea di Stato di diritto e tenterà di identificare il diritto amministrativo come un insieme di disposizioni finalizzate ad assicurare il rispetto del principio di legalità.<sup>2</sup>

Dopo un periodo di stallo che si registra nei primi anni del XX secolo, lo studio sistematico di questa nascente branca del diritto pubblico riprende vigore intorno agli anni '30, con le opere di Gabino Fraga, Serra Rojas, Carrillo Flores. Negli anni successivi si registra l'intenso lavoro di Gabino Fraga Magaña con la formazione di una scuola messicana di scienza del diritto amministrativo, mentre Andrés Serra Rojas contribuirà in modo significativo alla composizione del diritto amministrativo sostanziale.

La sua genesi è pertanto fortemente condizionata dalla struttura dell'organizzazione amministrativa che nasce e si sviluppa in chiave autoritaria, gerarchica, con la funzione di eseguire gli indirizzi politici ed agire attraverso l'atto amministrativo, unilaterale ed esecutivo. Ai funzionari delle amministrazioni pubbliche vengono conferiti poteri di nomina, rimozione e coordinamento degli impiegati pubblici, poteri di decisione, di vigilanza, disciplinari, di controllo, revisione degli atti adottati e risoluzione dei conflitti di competenza.<sup>3</sup> Il diritto amministrativo viene così delineato come una scienza composta dall'insieme di norme e principi del diritto pubblico che regolano la struttura, l'organizzazione ed il funzionamento delle diverse aree dell'amministrazione pubblica, le relazioni tra gli enti pubblici e il rapporto con i cittadini. Vi rientrano la disciplina del pub-

---

<sup>2</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo mexicano. Surgimiento y evolución*, disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), p. 144 ss.

<sup>3</sup> Barquet Rodríguez, Alfredo Farid, *Las relaciones de trabajo en el servicio público, el contrato y su impacto en la administración pública federal*, disponible en: [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org), fecha de consulta 13 de mayo del 2010.

blico impiego, congiuntamente alla responsabilità civile dello Stato e dei funzionari pubblici.<sup>4</sup>

Al principio di legalità è demandata la funzione di garantire la corretta applicazione della legge, in una visione tuttavia piuttosto attenuata. Le violazioni delle leggi comportano per lo più responsabilità amministrative e disciplinari, mentre gli atti amministrativi invalidi possono essere dichiarati nulli solo quando le norme violate siano considerate espressione delle garanzie per la tutela dei diritti dei privati.

L'atto amministrativo, sul modello francese, è tipico ed esecutivo, e costituisce una dichiarazione unilaterale della volontà dell'amministrazione. La sua forza consente di creare, modificare o estinguere le posizioni giuridiche soggettive. Si presume legittimo ed il suo contenuto e forma sono definiti per legge. La competenza, la motivazione, costituiscono elementi formali, così come la volontà, l'oggetto, la sua finalità. L'atto amministrativo è così ricostruito sulla base della dogmatica del negozio giuridico. Vengono differenziati gli atti individuali da quelli generali, a seconda se siano identificabili o meno i destinatari dei provvedimenti finali. Le classificazioni del provvedimento avvengono in base al contenuto, alle finalità ed agli effetti prodotti sulle posizioni giuridiche soggettive. Le licenze, concessioni e nulla osta vengono catalogati tra gli atti amministrativi che ampliano i diritti, mentre gli ordini, le espropriazioni e le sanzioni rientrano nella diversa categoria dei provvedimenti repressivi. La dottrina distingue poi gli atti vincolati da quelli discrezionali.

L'amministrazione pubblica dispone del potere di autotutela e può revocare o annullare gli atti precedentemente emanati. Vengono distinte le ipotesi di inesistenza, annullabilità e nullità dei provvedimenti che, comunque, a seconda della gravità della violazione commessa, possono essere anche ratificati, convalidati e sanati. All'inerzia amministrativa viene conferito il valore di inadempimento, rigetto o accoglimento dell'istanza a seconda delle

---

<sup>4</sup> Ivanega, Miriam Mabel, *Las responsabilidades de los funcionarios públicos*, disponibile in [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Il diritto amministrativo messicano comprende poi i sistemi di controllo sull'amministrazione pubblica, interni ed esterni. L'attività di controllo interno viene per lo più conferita alla Segreteria della Funzione Pubblica che si coordina con il sistema anticorruzione e sovrintende al corretto funzionamento dell'apparato amministrativo, mentre quella esterna è affidata a specifici organismi, come la commissione nazionale dei diritti umani a livello federale, ed a vari enti istituiti all'interno degli Stati federati, tra cui rilevano le autorità specializzate in materia fiscale. I ricorsi amministrativi rientrano nei sistemi di controllo interni.

single fattispecie disciplinate da leggi. Nessuna particolare importanza è attribuita al procedimento amministrativo.

La giurisdizione sugli atti amministrativi, che in una prima fase era oscillata tra il giudice ordinario e il giudice speciale,<sup>5</sup> per poi approdare ad un sistema misto, trova una sua autonomia soprattutto con la riforma costituzionale del 1987. L'attività giurisdizionale dei tribunali amministrativi viene regolata dalla legge federale sul procedimento contenzioso amministrativo, che disciplina il processo in forma d'impugnazione degli atti illegittimi, con un'azione da proporsi entro un termine di decadenza. Il sindacato giudiziario è sull'atto e non sul rapporto giuridico ed il giudice amministrativo non può sollevare d'ufficio i vizi non rilevati nell'azione proposta.

Nelle prime impostazioni, il diritto amministrativo messicano comprende così una vasta serie di discipline che riguardano i vari settori dell'intervento pubblico, senza tuttavia che risultino ancora delineati i principi guida dell'azione amministrativa. In un breve lasso di tempo, il diritto amministrativo messicano subisce tuttavia una rapida evoluzione attraverso la disciplina dettagliata delle prime procedure speciali, in particolare in quelle aree, come l'espropriazione e i procedimenti disciplinari, in cui l'azione amministrativa incide su posizioni giuridiche forti. La Costituzione del 1917 afferma il principio di legalità, di partecipazione e il dovere di motivare gli atti amministrativi.

Con l'incremento delle funzioni statali il diritto amministrativo si espande alla contrattazione pubblica, alla disciplina del patrimonio dello Stato e degli enti pubblici. La dottrina messicana recepisce le problematiche teoriche sul concetto di servizio pubblico, ma piuttosto che considerare la rilevanza dell'aspetto soggettivo, si concentra sulle caratteristiche tecniche del contenuto delle prestazioni<sup>6</sup> e vi riconduce l'attività di polizia ed il procedimento di espropriazione. Viene distinto il servizio pubblico proprio, gestito da un ente pubblico, da quello improprio, che corrisponde alle attività d'interes-

---

<sup>5</sup> Nel 1853 in Mexico, la giurisdizione sugli atti amministrativi fu conferita al Consiglio di Stato, sul modello francese. Con la costituzione del 1857 la giurisdizione è ritornata ai giudici ordinari per poi transitare nuovamente ai tribunali amministrativi nel 1864, confermata con le riforme costituzionali del 1946 e del 1987. Sul tema Huerta, Carla, "Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México", in Aberastury, Pedro & Blank, Hermann Josef (cur.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Kas, 2011, p. 489-518.

<sup>6</sup> Olivera Toro, Jorge, *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967, p. 57 ss.

se generale condotte da imprenditori privati su permesso, concessione o licenza. Rientrano nella seconda categoria molte attività condotte a livello locale, tra cui le farmacie comunali e le panetterie.

Un'ulteriore evoluzione si registra in seguito all'approvazione delle norme sulla decentralizzazione amministrativa, maggiormente in linea con l'assetto federale del paese, ed in conseguenza del processo di privatizzazione e semplificazione. Inizia la tendenza a valutare l'aspetto dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa; vengono istituite la commissione federale per il miglioramento della regolamentazione e la Segreteria dello Stato con funzioni di ausilio di carattere politico-amministrativo alle attività dell'esecutivo federale. Sorgono le prime autorità amministrative indipendenti.

Le iniziali forme di procedura amministrativa s'ispirano alle fasi processuali. I procedimenti vengono distinti e nominati in base all'impatto che l'atto finale avrebbe avuto sulle posizioni giuridiche soggettive. La circostanza determina l'esistenza di numerose procedure speciali e, nel giro di pochi anni, creerà una notevole confusione in tutti i casi in cui o mancasse una regolamentazione specifica di settore, o la materia interessata richiedesse di combinare le fasi procedurali di differenti procedimenti, determinando così i presupposti per l'approvazione della Legge federale sul procedimento amministrativo, che nasce proprio con la finalità di delineare un insieme di regole generali sull'azione amministrativa, da poter integrare con le disposizioni dei singoli procedimenti speciali.<sup>7</sup>

## II. L'INFLUENZA DEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO E L'ETEROGENEITÀ DEGLI EFFETTI GIURIDICI NEL CONTESTO IBEROAMERICANO

Il diritto amministrativo messicano mostra dunque la stessa linea evolutiva seguita dalle principali esperienze giuridiche, con l'evidente influenza esercitata dall'impostazione francese e spagnola. Inizialmente pensato come un insieme organico di regole per il funzionamento delle strutture amministrative dotate di speciali poteri che derogano al diritto privato, registra una successiva evoluzione verso la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che inizia dai procedimenti di espropriazione e disciplina-

---

<sup>7</sup> Huerta, Carla, *op. cit.*, p. 498 ss.



ri. L'area del diritto amministrativo si espande progressivamente per poi mostrare una successiva contrazione soprattutto attraverso il concetto di servizio pubblico improprio, che consentirà la gestione di molte attività amministrative in regime di diritto privato.

La riforma costituzionale nel 2008 collega la gestione delle risorse economiche con i principi di efficienza, efficacia, economia, trasparenza ed onestà; circostanza che dal punto di vista legislativo conduce all'approvazione di nuove disposizioni sul funzionamento degli organi della pubblica amministrazione federale. I nuovi precetti costituzionali fanno sentire i loro effetti sul rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Le garanzie dei cittadini al cospetto dell'azione amministrativa vengono progressivamente ampliate, con il diritto di accesso ed al risarcimento dei danni causati da azioni amministrative illecite.

La maggior parte dei principi che regolano l'azione amministrativa derivano per lo più da espressi riconoscimenti costituzionali e legislativi. Il ruolo della magistratura resta in secondo piano. Il diritto amministrativo messicano si evolve soprattutto grazie al lavoro della dottrina, che sistema i dati legislativi raccogliendo in gran parte i concetti giuridici delle impostazioni teoriche italiane, spagnole e francesi.

Si tratta di una circostanza piuttosto frequente nei paesi in transizione e non di rado costituisce un elemento da cui è possibile ricostruire la forza che i principi assumono nel sistema costituzionale interno. Per anni in Francia il *Conseil d'État* ha assunto un ruolo assolutamente predominante nella definizione di principi dell'azione amministrativa. La funzione giudiziale è stata ancor più rilevante nel Regno Unito, dove ancora oggi non si avverte la carenza di una disciplina generale sul procedimento amministrativo, in virtù del radicato assetto dei principi affermati negli anni dai giudici inglesi.

L'impostazione messicana tuttavia oggi è fortemente influenzata da una vasta serie di fattori, come sta accadendo in tutti i paesi del mondo, tra i quali emergono l'importante cessione di sovranità e la forza che i diritti fondamentali stanno assumendo nel contesto internazionale.<sup>8</sup> La grande quantità

---

<sup>8</sup> Stewart, Richard B., "Il diritto amministrativo globale", *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2005, p. 633 ss.; Antony, Gordon *et al.* (cur.), *Values in Global Administrative Law*, Hart, Oxford, 2011, p. 17 ss.; Shaffer, Gregory, "Transnational Legal Process and State Change", *Law & Social Inquiry*, vol. 37, n. 2, 2012, p. 229-264. Nell'Unione europea, la pressione esercitata dall'ordinamento comunitario spinge gli Stati membri ad adeguare le legislazioni interne ai principi di trasparenza, legalità, uguaglianza, sussidiarietà, propor-

di accordi stipulati dai governi nazionali, di natura bilaterale ma molto più spesso con più parti contraenti, forma specifici regimi in molti settori, tra cui l'ambiente e in vari ambiti economici. Le organizzazioni internazionali stabiliscono standard comuni che devono essere applicati all'interno dei sistemi giuridici, in alcuni casi in modo vincolante, in altri casi attraverso modalità e criteri operativi a cui gli Stati sono obbligati ad aderire. A tali elementi si aggiungono le pressioni che derivano da organismi internazionali che acquisiscono ed elaborano le informazioni provenienti dagli Stati sulle modalità con cui viene svolta l'attività amministrativa interna, mentre altre coinvolgono varie istituzioni con una forte rilevanza internazionale. Molti di questi organismi presentano problematiche simili a quelle che caratterizzano l'azione amministrativa delle agenzie indipendenti negli Stati Uniti, tra cui la mancanza di una legittimità costituzionale e di una solida base democratica. I modelli procedurali prevalentemente utilizzati sono così caratterizzati dall'esistenza di un sistema diffuso di garanzie fondato sulla neutralità, sulle capacità tecnico-professionali dei regolatori, e su ampie forme di partecipazione al procedimento di formazione delle norme.<sup>9</sup> Le pressioni che derivano dall'affermazione delle convenzioni internazionali sui diritti umani spingono così gli Stati ad applicare i principi di un processo equo anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi, che vanno condotti nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali tra cui

---

zionalità, con l'obbligo di motivare gli atti amministrativi. L'affermazione dei diritti nei procedimenti è poi notevolmente rafforzata dall'impostazione europea sui meccanismi di tutela giudiziaria, che richiede efficacia, completezza dell'indagine. Sorgono nuovi diritti in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale degli enti pubblici, così come l'idea di procedure non giurisdizionali per la risoluzione di conflitti, e forme di protezione anche per atti che costituiscono il risultato di cattiva amministrazione, anche se non formalmente invalidi. La stessa influenza esercitata dalla Convenzione europea sui diritti umani è enorme. Da decenni la Corte di giustizia europea afferma che i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione costituiscono principi di diritto comunitario e, a sua volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo esamina l'azione delle istituzioni comunitarie alla luce della Convenzione europea, in un dialogo costante che influenza i rispettivi regimi giuridici. Cfr. Schwarze, Jürgen, "The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States", in Snider, Francis G. (cur.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 163-182.

<sup>9</sup> Meyerstein, Ariel, "Global Private Regulation in Development Finance: The Equator Principles and the Transnationalization of Public Contracting", in Audit, Mathias & Schill Stephan W. (cur.), *The Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 1-41.

la participación de las partes interesadas, la transparencia, el derecho a la defensa y el deber de motivación.

Nel contesto ibero-americano, le recenti riforme costituzionali hanno apportato innovazioni significative alla democrazia partecipativa, ed i diritti degli individui trovano ampi spazi di protezione, attraverso l'*amparo*, presente ovunque, il *defensor del pueblo* ed il penetrante controllo di costituzionalità.<sup>10</sup> La maggior parte dei paesi dell'America Latina si è impegnata a rispettare la Convenzione americana sui diritti umani ed ha ceduto parti della propria giurisdizione alla Corte interamericana. Gli accordi internazionali sottoscritti tramite il *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York* del 1966 orientano gli Stati verso una maggiore tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Negli assetti costituzionali interni gli strumenti internazionali vengono collocati al di sopra delle leggi. Sono circostanze che negli ultimi tempi hanno indotto i paesi dell'America Latina a sviluppare una straordinaria stagione di riforme, e prevedere contenuti e meccanismi di protezione dei diritti particolarmente innovativi.

Grazie alla giurisprudenza del tribunale interamericano per i diritti umani si è incrementata la connessione tra gli elementi del procedimento ed il processo.<sup>11</sup> Questa sfera d'influenza ha riguardato in particolare i diritti di difesa nell'ambito dei procedimenti, con la progressiva affermazione del diritto di accesso, all'informazione, alla trasparenza ed alla partecipazione. I sistemi interni hanno poi amplificato i dati derivanti dal diritto internazionale, e regolato le procedure amministrative combinando i modelli francese e spagnolo, fondati sulla centralità dell'atto amministrativo, con le necessità di garantire i diritti derivanti dalle proprie impostazioni costituzionali.

Le leggi sui procedimenti amministrativi generali adottate nei principali paesi dell'America Latina presentano una caratteristica uniforme, che è rappresentata, in sostanza, dal fatto che prima della dettagliata regolamentazione vengono specificati con forza tutti i principi fondamentali su cui

---

<sup>10</sup> Brewer Carías, Allan R., "El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina", *Revista AIDA*, n. 8, 2010, p. 50-81.

<sup>11</sup> Machado Arias, Juan Pedro, "El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina", in *idem* (cur.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 123-161.

deve fondarsi l'azione amministrativa:<sup>12</sup> imparzialità, legittimità, impulso d'ufficio, verità materiale, economia, celerità, efficacia, trasparenza, flessibilità-informalità, procedimento giusto, contraddittorio, buona fede, lealtà nella ricerca della verità, motivazione della decisione, gratuità, proporzionalità.<sup>13</sup> Questa circostanza è dovuta alla necessità di affermare attraverso la legislazione quella forza dei principi che non ha avuto modo di consolidarsi nel tempo, per effetto del ruolo scarsamente incisivo assunto dalla magistratura interna nel contesto iberoamericano.<sup>14</sup>

A questa tendenziale uniformità non corrisponde tuttavia la convergenza degli assetti normativi. Ogni paese dell'America Latina mostra un diverso grado di equilibrio tra le esigenze di definire l'interesse pubblico ed il rispetto dei diritti individuali; ed in ogni esperienza cambia l'intensità con cui si sono affermati i principi provenienti dai fattori di convergenza internazionali.

### III. LA COMPLESSA IMPLEMENTAZIONE DEI PRINCIPI. L'OPEN GOVERNMENT MODEL E LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE

In Messico, tra i principi fondamentali troviamo quelli di economicità, celerità, efficacia, legalità, pubblicità e buona fede,<sup>15</sup> oltre alla presunzione di legalità dell'atto amministrativo,<sup>16</sup> di brevità,<sup>17</sup> continuità,<sup>18</sup> che vanno poi coordinati con le norme costituzionali sull'efficienza ed onestà dell'a-

<sup>12</sup> Brewer Carías, Allan R., "La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444)", *Derecho PUCT*, n. 67, 2011, p. 47-76.

<sup>13</sup> In Venezuela la disciplina dei principi è contenuta nel decreto legge n. 368 del 05-10-99, e nella legge organica sulla pubblica amministrazione del 17.10.2001, in Colombia nella legge n. 1437 nel 2011, in Brasile nella legge generale sulla procedura n. 9,784 / 99, in Panama nella legge n. 38 del 31 luglio 2000, in Perù nella legge n. 27.444 del 2000, in Bolivia, nella legge n. 2341 del 23 aprile 2002 ed in Cile nella legge n. 19.880 del 29 maggio 2003.

<sup>14</sup> Tapia Tovar, José, "El buen derecho. Los principios generales del derecho", *Nuevo consultorio fiscal*, México, año 13, núm. 228, febrero de 1999, p. 55. Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2004, p. 101.

<sup>15</sup> Art. 13, Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

<sup>16</sup> Art. 8.

<sup>17</sup> Art. 17.

<sup>18</sup> Art. 18.

zione amministrativa, e con le disposizioni sulla trasparenza. La recezione del sistema dell'*open government* è recente<sup>19</sup> ed ancora piuttosto debole, mentre ha trovato maggiore affermazione il modello ad accesso riservato, che consente l'accessibilità ad atti e documenti soltanto a favore di specifici destinatari dell'azione amministrativa e previa dimostrazione dell'interesse ad accedere.

In diversi paesi dell'America Latina infatti, sia per la tradizionale assenza di una cultura della trasparenza, sia per le carenze delle strutture organizzative, il modello di massima accessibilità alle informazioni è soltanto affermato, ma non applicato. In quest'area l'idea di trasparenza non è pertanto funzionale alla partecipazione diretta alle procedure amministrative, quanto piuttosto appare collegata all'esigenza di conoscere elementi e dati necessari per valutare l'operato dei rappresentanti politici. I cittadini hanno così la possibilità di influenzare l'azione politica ed esercitare pressioni per far valere le relative responsabilità. È una comune tendenza nei paesi in transizione e che appare evidente soprattutto nell'area dell'ex Unione Sovietica e dell'Europa centro-orientale.

Tuttavia la pressione internazionale spinge verso il riconoscimento di nuovi contenuti dei diritti umani, e le libertà di informazione ed espressione si espandono. In America Latina, la Columbia mostra gli aspetti più innovativi. In questa esperienza, la Corte costituzionale ha affermato che la libertà di espressione e il diritto all'informazione costituiscono le condizioni essenziali affinché la democrazia possa esistere nei rapporti tra cittadini e poteri pubblici.<sup>20</sup> L'aspetto centrale di questa relazione è l'informazione pubblica. Le autorità devono funzionare prima di tutto al servizio dei cittadini.<sup>21</sup>

In altri paesi la situazione è diversa. In Argentina, la prima apertura verso il modello dell'*open government* si registra con l'approvazione della legge n. 25.152 del 1999. La disposizione prevedeva l'obbligo per le autorità finanziarie di rendere noto ogni informazione relativa all'azione eseguita, a chiunque ne faccia richiesta. Nel 2003, con il decreto n. 1172, il principio di trasparenza è stato rafforzato con il diritto di accedere a tutte le informazioni

---

<sup>19</sup> Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública del 2002 e la successiva riforma del 2015.

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371 de 2011 (judge Luís Ernesto Vargas Silva).

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210 de marzo 23 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

possedute dalle autorità pubbliche, senza la necessità di dimostrare l'esistenza di un interesse qualificato. Al concetto di informazione accessibile è stato conferito un ampio significato, con l'unico limite che i dati siano già disponibili. Sono pertanto inammissibili solo le richieste di accesso che comportano l'obbligo per l'ente pubblico di redigere atti e documenti al solo scopo di fornire le informazioni richieste.

In Messico le regole sulla trasparenza del 2015,<sup>22</sup> da un punto di vista tecnico, non presentano particolari problemi. Tuttavia per anni la loro scarsa applicazione è stata costante, sia per la carenza di consapevolezza da parte dei cittadini sulle possibilità di esercitare il diritto di accesso, sia per il fatto che le autorità stesse pongono diversi ostacoli, e di norma la richiesta viene soddisfatta solo dopo un'azione giudiziaria.<sup>23</sup> La tradizione della segretezza è alquanto radicata, come si evidenzia dai ritardi diffusi nell'elaborazione delle istanze, l'interpretazione estensiva delle eccezioni, le disfunzioni nelle procedure e l'inerzia costante; tutti elementi che riducono notevolmente l'applicazione del modello.<sup>24</sup>

Mancano allora gli elementi che consentano l'efficacia funzionamento del modello dell'*open government*. Le innovazioni vanno accompagnate da un'attenta programmazione, in un contesto che deve prevedere un'organizzazione efficiente per poter garantire lo svolgimento delle nuove funzioni e l'assegnazione di adeguate risorse finanziarie. Le regole sulla trasparenza non si occupano di questi aspetti, che sono alla base del modello e rappresentano le condizioni per l'efficienza. È così che le dichiarazioni di principio contenute nella disciplina sulla trasparenza non possono produrre innovazioni importanti, se le riforme non vengono accompagnate da modifiche della struttura organizzativa e da risorse finanziarie aggiuntive.

Il principio costituzionale di efficacia è inteso come criterio di valutazione del grado di soddisfazione degli amministrati e spinge verso l'ampliamento delle forme di partecipazione. Questa impostazione si riscontra anche nelle leggi sul procedimento amministrativo in Colombia (articolo 11), Bolivia

---

<sup>22</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública del 4 maggio 2015.

<sup>23</sup> Cortés Ontiveros, Ricardo, *La transparencia in México. Razón, origen y consecuencias*, disponibile en: [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx), p. 28.

<sup>24</sup> Cfr. Uvalle Berrones, Ricardo, "Gobernabilidad, transparencia y reconstrucción del Estado", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. I, núm. 203, mayo-agosto. PP 97116. (2008) Universidad Autónoma de México, México. Durand, 2011, p. 307-312.

(artículo 43), Venezuela, (artículo 45), Honduras (art. 115), Panamá (artículo 76) e Perú (artículos 125 e 126), Messico (artículo 17), nella parte in cui obbligano gli enti pubblici a comunicare alle parti interessate gli errori e le omissioni presenti nelle loro richieste, ed evitare così che le carenze documentali possano costituire validi motivi per respingere le richieste presentate. In Colombia, il Tribunale costituzionale ha sancito il principio in base al quale, in caso di conflitto tra interesse generale e particolare, deve essere data precedenza ai diritti inalienabili della persona, ai sensi dell'art. 5 della Costituzione.<sup>25</sup>

In tutta l'America Latina le forme di partecipazione ai procedimenti amministrativi sono disciplinate nelle leggi generali sui procedimenti e stimolate dal principio del contraddittorio, della buona fede e della verità materiale, che orientano l'azione amministrativa verso l'adozione di misure che devono essere in linea con la verità sostanziale. Sono tutti elementi che inducono le amministrazioni a consentire la partecipazione, oltre che in chiave difensiva, anche per finalità di completezza istruttoria e per ricercare la soddisfazione degli amministrati.

### 1. *La proporzionalità*

L'applicazione del principio di proporzionalità è differenziata in America Latina.<sup>26</sup> La dottrina brasiliana tende ad attribuire una caratterizzazione specifica al principio, come diversa e distinta da quella della ragionevolezza. La legge 9.748 / 98 richiede che l'azione amministrativa sia condotta con un adeguato equilibrio tra mezzi e fini, e vieta l'imposizione di obblighi, restrizioni e sanzioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per l'attuazione dell'interesse pubblico. La connessione con l'interesse pubblico evidenzia che la proporzionalità costituisce un modo per effettuare il confronto tra interessi, insieme ai principi di uguaglianza, buona fede ed aspettativa legittima, nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale.<sup>27</sup> In Colombia, il principio di proporzionalità si riscontra nell'articolo 36 del

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia T-669 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>26</sup> Brewer Carías, Allan, *op. cit.*, p. 62-64.

<sup>27</sup> Perlingeiro, Ricardo, "Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica", in Aberastury, Pedro & Blank, Hermann Josef, *op. cit.*, p. 324-325.



decreto legge 01 del 1984 e nell'articolo 44 della legge 1437 del 2011, in base al quale il contenuto di una decisione discrezionale generale o specifica deve essere adeguato agli obiettivi indicati dalla legge e proporzionale ai fatti accertati. Il Consiglio di Stato colombiano applica il principio senza distinguere l'intensità del controllo, concentrandosi invece sulla verifica dell'esistenza di tutti gli elementi, sia fattuali che legali, necessari per perseguire l'obiettivo attraverso criteri ragionevoli.<sup>28</sup> Per la Corte costituzionale l'idea di proporzionalità rappresenta soprattutto un percorso argomentativo, un criterio interpretativo, che cerca di evitare gli eccessi o i difetti nell'esercizio del potere pubblico, come forma specifica di protezione o realizzazione dei diritti e libertà individuale. Questo approccio sostiene, infatti, che l'azione amministrativa deve essere considerata proporzionale quando le limitazioni delle sfere giuridiche soggettive seguono un obiettivo che è costituzionalmente legittimo, le misure adottate costituiscono un mezzo idoneo per realizzarlo e soprattutto se non esistono altri mezzi meno dannosi per realizzare lo stesso obiettivo. Riguarda generalmente gli stessi elementi che caratterizzano il giudizio di proporzionalità in ambito europeo.<sup>29</sup>

In Venezuela, il rispetto del principio è tra gli elementi portanti della struttura della legge sulle procedure e costituisce il limite principale alla discrezionalità amministrativa.<sup>30</sup> L'approccio di base cerca quindi di evitare che il potere delle autorità pubbliche possa determinare, in nome dell'interesse generale, l'eccessiva limitazione delle facoltà connesse ai diritti rispetto all'obiettivo da perseguire. Le maggiori applicazioni si registrano in relazione ai procedimenti per l'adozione di misure di emergenza, dove la disciplina generale ha elaborato una serie di criteri guida per superare la prova di proporzionalità. L'amministrazione deve dimostrare la presenza di elementi efficaci di pericolo, e l'urgenza deve essere tale da non consentire l'adozione di una misura ordinaria.<sup>31</sup> Il provvedimento urgente potrà essere adottato soltanto in assenza di altra tipica decisione e deve essere perfettamente in linea con il potere conferito.

---

<sup>28</sup> Araujo Oñate, Rocío, "El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano", in Aberastury, Pedro & Blank, Hermann Josef, *op. cit.*, p. 399 ss.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, C-575, 26 August 2009, [www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm](http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm). Cfr. Araujo Oñate, Rocío, *op. cit.*, p. 452-453.

<sup>30</sup> Art. 12 della legge organica sulle procedure.

<sup>31</sup> Hernández-Mendible, Víctor Rafael, "Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela", in Aberastury, Pedro & Blank, Hermann Josef, *op. cit.*, pp. 587-590.

Un approccio simile esiste in Perù<sup>32</sup> ed in Costa Rica,<sup>33</sup> dove l'articolo 160 della legge generale sull'amministrazione pubblica sanziona l'invalidità di un atto discrezionale quando viola le regole elementari della logica, della giustizia o della convivenza. La proporzionalità appare anche nel precedente articolo 132.1, nella parte in cui richiede che le decisioni amministrative siano proporzionate alla finalità da raggiungere.

Il Messico mostra invece un approccio piuttosto conservativo,<sup>34</sup> ed il principio di proporzionalità trova applicazione soprattutto in materia fiscale, come limite per l'autorità amministrativa nella determinazione degli oneri tributari<sup>35</sup> e come elemento d'interpretazione costituzionale delle leggi;<sup>36</sup> non costituisce un criterio generale e di norma non è utilizzato con l'intensità delineata dall'esperienza tedesca.

## 2. La buona fede ed il legittimo affidamento

Nel contesto ibero-americano si avverte con forza l'affermazione dei principi di moralità, buona fede e lealtà a cui devono attenersi entrambe le parti dei procedimenti amministrativi. La moralità sociale richiede onestà, fiducia, giustizia, correttezza, coerenza, credibilità, obiettività, e rende possibile che l'azione amministrativa si muova in un assetto normativo stabile e prevedibile.

In America Latina questi elementi sono diffusamente richiamati nelle caratteristiche fondamentali delle leggi sui procedimenti. In Colombia, il principio è espresso nell'art. 83 Cost., e la dottrina distingue tra buona fede e fiducia legittima.<sup>37</sup> Entrambe si fondano sul dovere di fedeltà, poiché risulterebbe inimmaginabile un affidamento legittimo in assenza di

<sup>32</sup> Brewer Carías, Allan, *op. cit.*, p. 47-76.

<sup>33</sup> Brewer Carías, Allan, "Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica", *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, p. 31-57.

<sup>34</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación n. 130/2007.

<sup>35</sup> Huerta, Carla, *op. cit.*, pp. 505-506.

<sup>36</sup> Sánchez Gil, Rubén, *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México*, disponibile en: [www.revistas.juridicas.unam.mx](http://www.revistas.juridicas.unam.mx). Aguilera Portales, Rafael y López Sánchez, Rogelio, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*, disponibile en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx), pp. 103-106.

<sup>37</sup> Viana Cleves, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 44 e 45.

una fiducia reciproca. Tuttavia, in quest'ottica, la buona fede non richiede che l'amministrazione debba mostrarsi coerente nei propri comportamenti, elemento che invece caratterizza l'istituto del legittimo affidamento.<sup>38</sup> Le norme consentono la revoca degli atti amministrativi, anche di quelli formati attraverso il meccanismo del silenzio assenso, con il consenso del titolare dei relativi diritti.<sup>39</sup> L'orientamento prevalente del Consiglio di Stato conferma l'esigenza di reciprocità dell'elemento della buona fede;<sup>40</sup> cosicché, mentre appare riluttante ad ammettere la legittimità degli atti di revoca che incidano su posizioni giuridiche consolidate, mantiene la tendenza esattamente contraria quando l'atto amministrativo sia stato ottenuto con l'utilizzo di mezzi illeciti, possibile, in questo caso, anche senza il consenso del destinatario del provvedimento.

Nell'ordinamento brasiliano molte disposizioni della legge n. 9784/99 riconducono al principio del legittimo affidamento: il divieto d'interpretazione retroattiva delle norme amministrative,<sup>41</sup> la necessità della motivazione obbligatoria per gli atti di revoca, o di annullamento, nel rispetto dei diritti acquisiti,<sup>42</sup> il termine massimo di cinque anni per annullare i provvedimenti che ampliano le sfere dei diritti soggettivi,<sup>43</sup> la possibilità di convalidare gli atti che presentino vizi e che non comportano lesioni al pubblico interesse o nei confronti di terzi.<sup>44</sup> Lo stesso principio si trova in Perù, ed in Venezuela, dove è formulato nella legge generale sul procedimento amministrativo, all'art. 23: la buona fede costituisce una presunzione a favore dei cittadini, e le dichiarazioni rese nei procedimenti dalle persone interessate vanno considerate veritiere, fino a prova contraria.

---

<sup>38</sup> Araujo Oñate, Rocío, *op. cit.*, p. 444; Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de agosto 3 de 2006, Radicación número: 11001-03-27-000-2004- 00077-00 (14897), Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

<sup>39</sup> Artt. 69 *et seq.* del decreto legge 01 del 1984.

<sup>40</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04242-01(1127-07), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>41</sup> Art. 2.

<sup>42</sup> Art. 53.

<sup>43</sup> Art. 54. Rispetto alla necessità di collegare l'applicazione del principio con il trascorrere del tempo è critico Perlingeiro, Ricardo, *op. cit.*, p. 345 ss. A suo avviso l'effetto sanante del principio di legittimo affidamento dovrebbe formarsi indipendentemente dal tempo trascorso ed analizzato caso per caso.

<sup>44</sup> Art. 55.

In Argentina, sebbene dalle disposizioni sul procedimento non sia ricavabile alcun principio sul legittimo affidamento, l'istituto ha trovato una qualche applicazione, seppur limitata, attraverso il richiamo all'elemento privatistico della buona fede.<sup>45</sup> In questo ordinamento tuttavia è diffusamente avvertita la mancanza di disposizioni che possano indirizzare l'amministrazione verso il rispetto dell'affidamento e, non di rado, la dottrina pone a riferimento l'esperienza tedesca e richiama la relativa disciplina.<sup>46</sup>

In Messico il principio di buona fede è per lo più di origine dottrinale mentre il legittimo affidamento opera in un diverso spazio costituzionale, verso la tendenza alla stabilità delle prescrizioni legislative.<sup>47</sup> In linea con l'evoluzione assunta in America Latina la buona fede indirizza sia l'amministrazione che i cittadini a tenere un comportamento leale nei loro rapporti<sup>48</sup> e la sua violazione comporta la nullità degli atti adottati.<sup>49</sup> Il principio costituisce quindi un limite piuttosto rilevante per l'azione amministrativa che sarà viziata quando un ente pubblico abbia di fatto indotto in inganno il cittadino. La correttezza del comportamento della pubblica amministrazione è richiesta in ogni fase, e quindi anche nell'ipotesi di revoca o annullamento di un atto amministrativo nonché nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.<sup>50</sup>

#### IV. PROBLEMATICHE EVOLUTIVE E PROSPETTIVE MODERNE

Il diritto amministrativo messicano è ancora fortemente influenzato dalle caratteristiche della forma di governo che esiste nel paese, che non solo registra spesso deviazioni presidenzialiste, quanto non è ancora pervenuta

<sup>45</sup> Coviello, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 33. Rey Vázquez, Luis Eduardo, "El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el derecho administrativo argentino", *AFDUC*, n. 17, 2013, p. 259-282.

<sup>46</sup> Durand, Julio C., "El procedimiento administrativo en la argentina", in Aberastury, Pedro & Blank, Hermann Josef (cur.), *op. cit.*, p. 306.

<sup>47</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo de revisión n. 894/2015.

<sup>48</sup> Huerta, Carla, *op. cit.*, p. 504. Pérez Duarte, Alicia Elena y García Moreno, Victor Carlos, "Buena fe", *Nuevo diccionario jurídico mexicano. A-C*, México, UNAM-Porrúa, 1998, 422.

<sup>49</sup> Huerta, Carla, *op. cit.*, p. 505 ss.

<sup>50</sup> González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, p. 161.

ad un grado di maturazione tale da garantire il corretto equilibrio tra i poteri. La funzione esecutiva del Presidente non trova in questa esperienza gli stessi limiti che la magistratura ed il potere legislativo hanno imposto al Presidente degli Stati Uniti. In Messico, la genesi e l'evoluzione di un forte apparato burocratico, fondato sul principio gerarchico e di stretta legalità, ha lasciato poco spazio all'idea che le strutture e l'azione amministrativa dovessero fondarsi su un equilibrio tra le esigenze di definizione dell'interesse pubblico e gli interessi privati. Il diritto amministrativo è nato e si è sviluppato soprattutto come una branca dell'ordinamento giuridico che si occupa dell'organizzazione ed il funzionamento delle strutture pubbliche, a cui è stato attribuito il potere di agire attraverso l'atto amministrativo, tipico ed esecutivo, con la capacità di creare, modificare o estinguere le posizioni giuridiche soggettive. Questa idea, che in molte altre esperienze giuridiche è stata poi superata per effetto della crisi del concetto di autorità, in Messico sta resistendo alle pressioni del costituzionalismo contemporaneo e dei fattori di convergenza internazionali. L'attenzione posta al rispetto dei diritti di trasparenza, partecipazione, giusto procedimento, motivazione ha indotto per lo più ad una maggiore decentralizzazione delle funzioni, ed all'istituzione di autorità amministrative indipendenti, piuttosto che al rafforzamento delle tutele dei diritti procedurali, affermati dal punto di vista normativo ma non diffusamente applicati.<sup>51</sup> La parte del diritto amministrativo che si occupa delle relazioni tra poteri pubblici e cittadini non appare ancora radicata nella coscienza civile del paese. Il ruolo della magistratura è in via di sviluppo, i principi di proporzionalità e legittimo affidamento registrano scarsa applicazione, in termini di limiti al potere discrezionale. Esistono ancora diffusi fenomeni di corruzione, di disapplicazione delle regole procedurali, ed una scarsa implementazione del principio di trasparenza.

Nonostante abbiano ampi spazi di competenza, gli Stati non hanno realmente contribuito all'evoluzione del diritto amministrativo messicano. D'altronde si tratta di un federalismo ancora piuttosto debole, al cospetto dei modelli maggiormente avanzati. Le leggi interne, a partire da quelle sui procedimenti amministrativi generali, ricalcano per lo più l'impostazione della disciplina federale sul procedimento. In alcuni casi, tra cui emerge l'esperienza dello Stato di Jalisco, proviene la pressione

---

<sup>51</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *Contenido y retos del derecho administrativo mexicano en el siglo XXI*, disponibile en: [www.derecho.unam.mx](http://www.derecho.unam.mx), p. 57-58.

verso un sistema di giustizia amministrativa e di protezione dei diritti dei cittadini maggiormente efficace. Ma in Messico non vi sono ancora le condizioni per l'affermazione del pluralismo istituzionale, culturale, sociale e politico, che di norma è fortemente agevolato dall'organizzazione federale di un paese.

Esistono molti dei principi che nel panorama internazionale e comparatistico governano l'azione amministrativa. È la crisi del concetto di autorità che invece non appare ancora sufficiente affermata nel diritto amministrativo messicano. Vi è la necessità di conferire la forza necessaria ai principi ed alle regole che pur esistono. Funzione che spetta soprattutto alla magistratura, nel compito insostituibile di rendere effettivo il rispetto dei diritti degli individui nel momento della definizione dell'interesse pubblico.

C



## Costituzione economica multilivello ed effettività dei diritti sociali

Marcello SALERNO\*

SOMMARIO: I. *Diritti sociali e costituzione economica*. II. *Diritti sociali e vincoli di bilancio: il modello europeo*. III. *La gestione del rapporto tra centro e periferia*. IV. *La previsione di meccanismi premiali nell'ordinamento italiano*. V. *Il futuro dei diritti sociali in un nuovo rapporto tra autonomia e responsabilità*.

### I. DIRITTI SOCIALI E COSTITUZIONE ECONOMICA

Uno dei problemi più importanti che emerge con ricorrenza in ogni dibattito sui diritti sociali è quello della loro effettività. Si tratta di una questione cruciale che si pone nel passaggio dalla dichiarazione di principio del diritto nelle carte costituzionali e nelle leggi, alla sua concreta realizzazione attraverso mezzi, strutture e risorse economiche.<sup>1</sup> I diritti sociali, infatti,

---

\* Investigador en instituciones de derecho público en la Universidad “A. Moro” de Bari, Italia, y habilitado como profesor asociado; [marcello.salerno@uniba.it](mailto:marcello.salerno@uniba.it).

<sup>1</sup> Di Plinio, Giampiero, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 131 ss.; Salazar, Carmela, “Crisi economica e diritti fondamentali”, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2013, p. 9, disponibile in <http://www.rivistaaic.it/relazione-al-xxviii-convegno-annuale-dell-aic-crisi-economica-e-diritti-fondamentali.html>, data di accesso 27-agosto-2018, la quale sottolinea che l'equilibrio non è tanto tra risorse finanziarie e diritti ma tra diritti, tenendo conto, da un lato, dei soggetti ai quali sono stati imposti sacrifici e, dall'altro, dei diritti a favore dei quali l'assegnazione delle risorse è stato deciso. V. anche Bin, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interes-*



in quanto finanziariamente condizionati, risultano strettamente e inesorabilmente legati alle disponibilità economiche necessarie al loro soddisfacimento e, in ultima analisi, alla produttività del sistema economico dal quale tali risorse devono essere attinte.<sup>2</sup>

Al fine di affrontare tale problema nell'attuale contesto storico-sociale ed economico occorre ripercorrere brevemente due grandi trasformazioni costituzionali, coincidenti con altrettante trasformazioni dell'economia, che nel corso del Novecento hanno inciso in maniera determinante sul sistema di tutela dei diritti sociali. La prima è quella scaturita dalla crisi dell'economia liberale, caratterizzata dall'insediamento di una costituzione economica sociale e interventista; la seconda, invece, è quella che in un contesto di globalizzazione e di crisi dello stato sociale ha dato vita ad una costituzione economica post-interventista.

---

*si nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 109 ss.; Cheli, Enzo, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1774 ss.; Carlassarre, Laura, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, "Costituzionalismo.it", n. 3, 2015, p. 1 ss., disponibile in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/533/>. Data di accesso 27-agosto-2018. Nella dottrina messicana v. recentemente: Sanceliment Martínez, Julio Eduardo, "La eficacia de los derechos sociales en el siglo XX mexicano", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, julio-diciembre de 2018, pp. 229 ss., disponibile in <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12655>. Data di accesso 27-agosto-2018. Sul problema dei rapporti intergenerazionali nella tutela dei diritti sociali v.: Luciani, Massimo, "Generazioni future e distribuzione temporale della spesa pubblica", in Bifulco, Raffaele e D'Aloia, Antonio (cur.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 423 ss.; Morrone, Andrea, "Pareggio di bilancio e stato costituzionale", *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2014, pp. 1 ss., disponibile in <http://www.rivistaaic.it/pareggio-di-bilancio-e-stato-costituzionale.html>, data di accesso 27-agosto-2018; Lupo, Nicola, "Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse", *Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, 2011, disponibile in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2011/05/25/costituzione-europea-pareggio-di-bilancio-ed-equita-tra-le-generazioni-notazioni-sparse/>. Data di accesso 27-agosto-2018. Un'analisi comparativa dell'evoluzione costituzionale dei diritti in Ferrari, Giuseppe Franco, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 153 ss.

<sup>2</sup> Fontana, Giorgio, "Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, reperibile in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0439\\_fontana.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0439_fontana.pdf). Data di accesso 27-agosto-2018. Sul rapporto tra diritti sociali e finanza pubblica v. anche: Pezzini, Barbara, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.

La prima trasformazione costituisce il laboratorio nel quale, all'inizio del XX secolo, sono nate e si sono sviluppate le costituzioni che hanno preso in carico la tutela dei diritti sociali. La Costituzione messicana rappresenta, sotto questo punto di vista, un esempio straordinario e antesignano nel panorama mondiale. Sono state chiamate anche “costituzioni keynesiane” nella misura in cui trovavano fondamento nelle teorie economiche che dimostravano gli effetti positivi dell'interventismo pubblico, dell'aumento della spesa pubblica e del *deficit spending*. Come è noto, le costituzioni keynesiane affondano le proprie radici nella crisi dello stato liberale. A partire dalla fine dell'Ottocento, quando il processo di industrializzazione entrava nella sua fase “matura”, la costituzione liberale monoclasse si dimostrò incapace di affrontare le contraddizioni insanabili dell'economia “borghese” derivanti da un eccesso di produzione: da un lato, il sistema industriale che attraverso crescenti economie di scala consentiva ad una ristretta fascia sociale (la borghesia) di accumulare grandi capitali e, dall'altro, la scarsità di reddito delle fasce più deboli della popolazione non alimentava domanda sufficiente a compensare l'offerta sul mercato. Entrava in crisi, sostanzialmente, la teoria economica del *laissez faire*: il sistema economico, lasciato funzionare secondo le regole del libero mercato, non trovava più in sé l'equilibrio macroeconomico. Il sistema economico capitalistico non sarebbe mai riuscito, da solo, a risolvere tale crisi strutturale senza l'intervento dello Stato nell'economia che, sviluppando una funzione di *Krisismanagement*, è entrato a pieno titolo nel mercato compensando l'eccesso di produzione con nuova domanda. Lo Stato, infatti, attraverso l'aumento costante ed esponenziale della spesa pubblica necessario a garantire servizi, prestazioni e diritti, diventava progressivamente il principale consumatore del sistema economico. La nuova funzione statale di redistribuzione del reddito tra le classi, di sostegno alla domanda globale e di stabilizzazione macroeconomica, dunque, non era solo il risultato di forti e importanti rivendicazioni politiche ma soprattutto il risultato di un contesto economico che pose le condizioni materiali affinché i diritti sociali potessero essere affermati in costituzione e svilupparsi durante tutto il XX secolo. E questo accadeva in gran parte degli stati occidentali, sia quelli a connotazione democratica che in quelli autoritari.<sup>3</sup> La crisi strutturale del

<sup>3</sup> Sulla teoria Keynesiana, con particolare riferimento a Weimar, v. Koslowski, Peter (eds.), *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism*, Berlin, Springer, 2000; Joerges, Christian, “What

capitalismo, in sostanza, aveva generato il fondamento ‘economico-costituzionale’ all’intervento pubblico e allo sviluppo dei diritti sociali, in quasi tutti i modelli e le forme di Stato.<sup>4</sup>

La seconda trasformazione che ha interessato gli ultimi decenni del Novecento si è manifestata, invece, con la crisi delle costituzioni keynesiane e, più in generale, con la crisi dello stato sociale. Essa affonda le sue radici sia in fenomeni interni agli Stati (crisi fiscale, di razionalità e di legittimazione),<sup>5</sup> sia in fenomeni esterni e globali che hanno progressivamente trasferito sovranità dagli Stati verso livelli di governo sovranazionali. Così come la soluzione interventista aveva governato la crisi di sistema del capitalismo e trasformato le costituzioni liberali in costituzioni sociali, così le trasformazioni del modo di produzione e dell’intera economia mondiale nella seconda metà del Novecento hanno innescato un processo materiale di trasformazione degli equilibri costituzionali dello Stato interventista, generando una nuova costituzione economica post-interventista. Le condizioni di stabilità delle costituzioni keynesiane rispetto alle dinamiche del capitalismo, infatti, è la crescita economica continua e comunque sufficiente a riassorbire le dosi di deficit e ripianare l’esposizione debitoria dello Stato. Quando, invece, gli Stati interventisti hanno iniziato a finanziare in misura sempre maggiore se stessi, il fenomeno è degenerato determinando lacune strutturali tra le entrate e le uscite dei bilanci statali.

La crisi fiscale, in particolare, ha sgretolato dall’interno la costituzione economica interventista e, in epoca di globalizzazione, si è sommata all’effetto pandemico della circolazione del diritto, della deregulation, dell’arbitraggio tra sistemi giuridici e della competizione tra ordinamenti. Questo ha condotto gli Stati in un terreno decisamente nuovo rispetto a quello delimitato dai confini della sovranità nazionale, aprendo le porte ad una nuova costituzione economica globale e multilivello.

---

is Left of the European Economic Constitution? A melancholic Eulogy”, *European Law Review*, n. 30, 2005, pp. 461 ss.; O’Connor, James, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin’s Press, 1973; Offe, Claus, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge, MA, MIT Press, 1984.

<sup>4</sup> Di Plinio, Giampiero, “Costituzione e scienza economica”, *Il Politico*, vol. 74, n. 3, p. 178.

<sup>5</sup> Habermas, Jürgen, *Legitimationsprobleme in spätkapitalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1973; *id.*, *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975.

## II. DIRITTI SOCIALI E VINCOLI DI BILANCIO: IL MODELLO EUROPEO

Il prototipo del fenomeno appena descritto è rappresentato dall'architettura costituzionale europea. Attraverso il processo di integrazione europea sta passando il percorso obbligato per fronteggiare il mutamento materiale dell'economia. La traslazione di sovranità verso l'Europa non è globalizzazione ma è la risposta ad essa, così come il primato del diritto europeo non è dominio, ma difesa degli Stati membri contro i rischi della globalizzazione.

Le costituzioni economiche post-interventiste fondano le proprie regole su grandezze economiche quantitative e scientificamente misurabili (si pensi ai vincoli di bilancio europei basati sul rapporto deficit/Pil o debito pubblico/Pil), ma anche su processi e valori consolidati in un ordinamento sovranazionale vincolante che incastrano il principio di equilibrio finanziario e di finanze pubbliche sane a quello della stabilità monetaria e divieto di inflazione, di produttività della spesa pubblica, libertà d'impresa e garanzia della concorrenza, unità del mercato, libertà di circolazione e stabilimento. «Ne risulta un condizionamento complessivo, a catena, della configurazione costituzionale di strutture, relazioni, dimensione, procedure, poteri e competenze dei pubblici poteri, non solo sul piano delle funzioni strettamente 'economiche' ma anche nelle altre dimensioni costituzionali in cui agiscono, compresa la dimensione più squisitamente politica».<sup>6</sup>

Più in particolare, i vincoli di bilancio introdotti con il Trattato di Maastricht, successivamente confluiti nel Patto di Stabilità e Crescita e nel Trattato sul c.d. "Fiscal compact", hanno determinato trasformazioni radicali nel governo della finanza pubblica e nello sviluppo delle politiche sociali dello Stato.<sup>7</sup> L'obbligo imposto dall'Unione europea ai Paesi

---

<sup>6</sup> Di Plinio, Giampiero, "Costituzione e scienza economica", *cit.*, pp. 168 ss. Per un dibattito *cf.* recentemente: Cossío Díaz, José Ramón, "Políticas públicas, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales", in Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica e Córdoba del Valle, Enrique (dir.), Chávez de Mayo, Ana Matilde e Arango Chontal, Julio César (cur.), *Derechos sociales. Políticas públicas, exigibilidad, justiciabilidad*, Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p. 26; Espino Tapia, Diana Rocío, "Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, enero-junio de 2017, pp. 79 ss., reperibile in <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10860>. Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>7</sup> Giupponi, Tommaso Francesco, "Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione", *Quaderni Costituzionali*, 2014, n. 1, p. 58.

membri di contenere i disavanzi statali e il debito pubblico entro limiti proporzionali al prodotto interno lordo costituisce il nucleo essenziale della costituzione finanziaria europea (art. 126, c. 2, lett. b T fue). Il processo avviato a Maastricht ha formalizzato la fine delle vecchie regole della finanza pubblica basate sul *deficit spending* e spesa pubblica crescente, dando vita ad un sistema di *governance* nel quale la stabilità del bilancio e il principio di finanza pubbliche sane (artt. 126 e 140 T fue) rappresentano «*biological needs of survival* degli Stati». <sup>8</sup> L'Unione economica e monetaria ha imposto, inoltre, altre regole fondamentali a tutti gli Stati aderenti, come per esempio la necessità di assicurare una crescita economica sostenibile e non inflazionistica (art. 3 Tue) e l'incomunicabilità tra politica monetaria e politica economico-finanziaria. Da quest'ultimo principio deriva, in particolare, il divieto per le banche centrali di accettare istruzioni dai Governi, di concedere loro scoperti di conto o altre facilitazioni, di acquistare titoli di debito pubblico al di fuori del mercato ufficiale (artt. 123 e 130 T fue). <sup>9</sup>

Le regole di costituzione finanziaria, pertanto, hanno agganciato il livello di deficit degli Stati e, conseguentemente, i livelli di spesa pubblica e le stesse politiche di spesa, ad un elemento quantitativo, ossia il prodotto interno lordo. Ciò implica che la spesa pubblica debba essere finanziata dal sistema economico e che non sia possibile coprire il deficit mediante manovre monetarie: il prodotto interno lordo assurge a misura costituzionale della correttezza finanziaria dello Stato.

Osservando il fenomeno da una prospettiva più ampia, il principio di pareggio del bilancio, oltre che una regola della costituzione economica europea, costituisce un "imperativo economico" di stabilità finanziaria imposto dai mercati ancor prima che dai Trattati. <sup>10</sup> La sovranità degli Stati,

---

<sup>8</sup> Di Plinio, Giampiero, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Pescara, Edizioni Scientifiche Abruzzesi, 2009, p. 363.

<sup>9</sup> Della Cananea, Giacinto, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996; Cassese, Sabino, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012, pp. 299 ss.

<sup>10</sup> Circa gli "effetti costituzionali" dell'economia v. Di Plinio, Giampiero, "Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia", *Il Risparmio*, n. 1, 2008, pp. 23 ss. Da un prospettiva economica v. Quadrio Curzio, Alberto, "Al di là del Patto che cosa serve per la stabilità e per la crescita", *Il Mulino*, n. 5, 2004, pp. 953 ss.; Tabellini, Guido, *L'Italia in gabbia*, Milano, Università Bocconi Editore, 2008, pp. 1 ss.; Morrone, Andrea, "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2014, p. 79 ss.

infatti, oggi è messa a rischio dagli attacchi monetari internazionali o da manovre finanziarie speculative, le quali non di rado producono profondi sconvolgimenti che depotenziano o addirittura rischiano di azzerare il ruolo delle autorità economiche nazionali. Dinanzi al rischio di *default* di uno Stato, alla conseguente impossibilità di rimborsare il debito sovrano e di non avere più le risorse per poter far funzionare gli apparati statali, tutte le norme fondamentali a garanzia dei diritti sociali rischiano di restare prive delle condizioni materiali che le rendano efficaci. L'esistenza di un elevato debito pubblico rappresenta un pericolo «potenzialmente mortale» per gli stessi valori costituzionali dello stato sociale. Infatti, se per ragioni legate all'eccessivo indebitamento, venisse meno la fiducia nella capacità dello Stato di onorare i propri impegni finanziari, non vi sarebbero più risparmiatori/investitori disponibili ad acquistare nuovi titoli di debito pubblico e, di fatto, verrebbero meno le risorse in grado di finanziare qualsiasi politica sociale: è il fallimento dello Stato.<sup>11</sup> In tale prospettiva, il nucleo fondante delle regole finanziarie che impongono il risanamento delle finanze pubbliche e il pareggio di bilancio non è politicamente controllabile a nessun livello, né in alcun modo influenzabile dai pubblici poteri. La sanzione per la loro violazione è perdita di ricchezza e di sovranità<sup>12</sup> con la conseguente impossibilità materiale di garantire diritti sociali e garantire qualsiasi altra forma di redistribuzione del reddito.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Boggetti, Giovanni, "Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2012, p. 6, reperibile in <http://www.rivistaaic.it/il-pareggio-del-bilancio-nella-carta-costituzionale.html>. Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>12</sup> O'Connor, James, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin's Press, 1973.

<sup>13</sup> Per un'organica ricostruzione del ruolo e dell'evoluzione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo v.: Costanzo, Pasquale, "Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea", "Consulta on line", 2008, reperibile in [www.giuscost.org/studi/costanzobelem.htm](http://www.giuscost.org/studi/costanzobelem.htm), data di accesso 27-agosto-2018; Hayward, Jack, "Reglementations européennes et politiques sociales nationales: le grand écart", *Pouvoirs*, n. 4, 2014, pp. 101 ss.; Galletta, Diana Urania, "La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/6, 2013, pp. 1175 ss.; Sarrion Esteve, Joaquín, "Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Politico*, n. 81, 2011, pp. 379 ss.



### III. LA GESTIONE DEL RAPPORTO TRA CENTRO E PERIFERIA

I vincoli introdotti dai Trattati europei hanno prodotto numerosi effetti non soltanto in seno ai rapporti tra Stato e Unione europea, ma anche tra Stato ed autonomie territoriali.<sup>14</sup> Si tratta di un fenomeno che incide in maniera determinante sul grado di tutela dei diritti sociali, specie quando i vincoli di bilancio gravano prevalentemente sugli enti substatali più prossimi ai cittadini, ossia quegli enti che, in ultima analisi, hanno il compito di garantire concretamente strutture e servizi e, dunque, effettività ai diritti. Uno degli argomenti più importanti che nei sistemi federali legittimano l'esistenza di vincoli di bilancio sotto forma sia di *balanced budget requirements* che di *tax and expenditure limitations*, è la circostanza che la violazione delle regole di costituzione finanziaria in uno Stato genera squilibri e perdite anche in altri Stati<sup>15</sup>. Infatti, nelle aree in cui vige l'unione monetaria, non essendo possibile assorbire gli *shock* asimmetrici attraverso la fluttuazione dei cambi tra le monete nazionali, i disequilibri vengono sostanzialmente esportati negli altri Stati dell'area monetaria. Gli Stati, pertanto, accettano il condizionamento quantitativo del bilancio e addirittura lo inseriscono nelle loro Costituzioni formali, sotto forma di principio del pareggio conformemente alle c.d. teorie del *matching principle*, elaborate per il decentramento fiscale negli Stati federali. Tali teorie affermano che, all'interno dei confini di un determinato territorio, l'allocatione ottimale delle risorse

<sup>14</sup> Tega, Diletta, "I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutelegiuridiche e crisi economica", *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2012, pp. 1 ss., reperibile in <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/244-diletta-tega-i-diritti-sociali-nella-dimensione-multilivello-tra-tutele-giuridiche-e-crisi-economica>, data di accesso 27-agosto-2018; Bilancia, Francesco, "Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2014, pp. 1 ss., reperibile in <http://www.rivistaaic.it/crisi-economica-e-asimmetrie-territoriali-nella-garanzia-dei-diritti-sociali-tra-mercato-unico-e-unione-monetaria.html>. Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>15</sup> Cfr. Momigliano, Sandro e Zotteri, Stefania, *Le regole di bilancio europee: il Patto di stabilità e crescita*, Roma, Banca d'Italia, Servizio Studi, Giugno 2005, pp. 1 ss.; De Grauwe, Paul, *Economia dell'integrazione monetaria*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 1 ss.; Buti, Marco e Sapir, André (eds.), *La politica economica nell'Unione economica e monetaria europea*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 1 ss. In particolare sulla costituzione fiscale negli Stati Uniti d'America si rinvia a: Di Plinio, Giampiero, "Federalismo e costituzione fiscale negli Stati Uniti d'America", in Ferrari, Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie (modelli giuridici comparati)*, Roma, Donzelli editore, 2010, pp. 330 ss.



deve essere conforme ai seguenti principi: a) la spesa pubblica va finanziata con le risorse locali e deve essere commisurata alle fonti di entrata fiscale; b) la pressione fiscale deve essere misurata sulla responsabilità politica di fronte ai contribuenti. In caso contrario si genera *fiscal imbalance*,<sup>16</sup> ossia un “mismatch” tra le competenze in materia di entrate fiscali e responsabilità di spesa.<sup>17</sup>

Il *matching principle* determina una connessione, dunque, tra costo dei diritti e potere fiscale, tra uscite di bilancio e fonti locali di entrata, tra responsabilità politica di spesa e capacità territoriale di produrre e reperire le risorse necessarie. Molti Stati affrontano il problema del condizionamento finanziario dei diritti ricorrendo, in maniera più o meno implicita, a tale principio. Il modello americano, ad esempio, realizza sia il *matching principle* che uno dei più bassi livelli di *fiscal imbalance*, in un contesto di federalismo competitivo e duale in cui il riequilibrio è in gran parte affidato al gioco spontaneo di libertà economica, mobilità dei fattori produttivi e apertura del mercato, la perequazione interstatale sostanzialmente non esiste, e l'*equalization* è realizzata (nei limiti in cui lo è) dalla federazione, ridistribuendo sul singolo cittadino e non sui governi decentrati.<sup>18</sup> La Costituzione americana disciplina i poteri impositivi del Governo federale attribuendo al Congresso la potestà di imporre e percepire tasse, diritti, imposte e dazi, ma contestualmente anche l'obbligo di *apportionment*, cioè di ripartire le imposte dirette tra i vari Stati in modo proporzionale alla rispettiva popolazione. Gli Stati sono ampiamente autonomi nella scelta dei

<sup>16</sup> Nella dottrina in materia di federalismo fiscale si distinguono due tipi di squilibri fiscali: lo squilibrio fiscale verticale e lo squilibrio fiscale orizzontale. Quando lo squilibrio fiscale viene misurato tra i due livelli di governo (Centro e Stati o Province) è chiamato Vertical Fiscal Imbalance. Quando lo squilibrio fiscale viene misurato tra i governi allo stesso livello, viene chiamato Horizontal Fiscal Imbalance. Questo squilibrio è anche noto come regional disparity, Oates, Wallace E., *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

<sup>17</sup> Bird, Richard M., “Threading the Fiscal Labyrinth: Some Issues in Fiscal Decentralization”, *National Tax Journal*, n. 46, vol. 2, 1993, pp. 207 ss.; Samuelson, Paul A., “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, n. 4, vol. 36, 1954, pp. 387 ss.; Buchanan, James M., Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent*, University Michigan, Michigan Press, 1962; Musgrave, Richard A., *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw-Hill, 1959.

<sup>18</sup> Di Plinio, Giampiero, “Costituzione e scienza economica”, *cit.*, pp. 168 ss.; Dam, Kenneth W., “The American Fiscal Constitution”, *University of Chicago Law Review*, n. 44, 1977, pp. 271 ss.

tributi e aliquote, entro alcune (poche) limitazioni imposte dalla Costituzione federale, quali in particolare la riserva federale sulla tassazione sull'import/export e il divieto di ostacolare il mercato interno e le relazioni commerciali interstatali. Dal punto di vista della spesa, la maggior parte delle funzioni sono allocate a livello statale o substatale, con importanti eccezioni, tra cui la difesa nazionale, il sistema pensionistico e l'assicurazione sanitaria per anziani e disabili.

In altre federazioni, come la Germania, il *matching principle* è tendenziale e lo squilibrio fiscale è molto contenuto, in un contesto di federalismo cooperativo, alta perequazione intergovernativa ed elevata spesa per il welfare.<sup>19</sup> Sempre restando in Europa, è piuttosto singolare, invece, il caso belga, costituito da un assemblaggio di paradossi,<sup>20</sup> in cui l'intreccio dei confini linguistici e dei livelli di governo, disegnato sin dagli anni '60 per determinare le aree linguistiche a fini amministrativi, ha progressivamente assunto rilievo costituzionale, divorando funzioni e competenze al livello federale.

Intorno al groviglio linguistico, economico e politico si è sedimentata nel tempo, a partire dal 1970, una varietà e di forme organizzative e procedurali frammentate e sovrapposte, il cui sbalorditivo carattere è la coesistenza su medesime porzioni di territorio di un doppio strato di istituzioni differenziate, ciascuna con propri organi 'costituzionali', apparati, competenze e bilanci. In Belgio esiste una *devolution* spinta e contemporaneamente una sovranità fiscale accentrata, sebbene il *matching principle* sia costituzionalmente dichiarato come corrispondenza territoriale tra spese e entrate (*just retour*).<sup>21</sup> Di conseguenza il Belgio presenta comparativamente agli altri

---

<sup>19</sup> Spahn, Paul Bernd e Föttinger, Wolfgang, "Germany", in Ter-Minassian, Taline, (ed.), *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, Washington, IMF, 1997; Hepp, Ralf e Von Hagen, Juergen, *Fiscal Federalism in Germany: Stabilization and Redistribution Before and after Unification*, ZEI, CEPR Discussion Paper, N. DP7246, 2009.

<sup>20</sup> Sull'esperienza federalista del Belgio v. Di Plinio, Giampiero, "L'esperienza belga di federalizzazione nell'ottica del sistema della finanza pubblica", in Ferrari, Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, cit.; Uyttendaele, Marc, *Précis de droit constitutionnel belge - Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2006; Gérard, Marcel, *Fiscal Federalism in Belgium, Conference on Fiscal Imbalance*, Québec City, September 13-14, 2001, reperibile in [www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca](http://www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca). Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>21</sup> Pagano, Giuseppe, *Le financement des régions et des communautés 1970-2002: solidarité, responsabilité, autonomie et concurrence fiscale*, Bruxelles, Crisp, 2002, pp. 5 ss.; Benedikter, Thomas, "Esperienze europee di federalismo fiscale e del finanziamento

Stati federali una dose massiva di *fiscal imbalance* (*desequilibrio fiscal*), e un corrispondente e massiccio volume di trasferimenti federali.<sup>22</sup> Ne risulta una architettura istituzionale piuttosto singolare il cui funzionamento sarebbe un mistero, se non si tenesse in considerazione lo spiccato consociativismo legislativo e istituzionale<sup>23</sup> che ha accelerato la federalizzazione dei poteri centrali e consentito ai ‘poteri linguistici’ e alle istanze federaliste di installarsi stabilmente in tutti gli organi costituzionali,<sup>24</sup> dando origine al più rilevante esempio di combinazione tra la concezione ‘territoriale’ e la concezione ‘personale’ di federalismo.<sup>25</sup>

Le teorie del *matching principle* non escludono, ovviamente, gli strumenti solidaristici tra territori. E’ importante, però, che gli interventi di compensazione siano individuabili e riconoscibili. In altre parole occorre poter chiaramente “misurare” la produttività di un territorio e il grado di partecipazione di quel territorio agli obiettivi solidaristici di interesse nazionale. Parallelamente è necessario che gli enti territoriali siano messi in grado di attuare politiche capaci di migliorare il Pil del proprio territorio. Questo consente un incremento delle entrate fiscali che garantisce sostenibilità nel tempo delle politiche di spesa e, in ultima analisi, effettività e continuità nella tutela dei diritti sociali.

---

delle Regioni a confronto con la realtà italiana”, in Pföstl, Eva (cur.), *Il federalismo fiscale*, Roma, Apes, 2008, p. 132.

<sup>22</sup> Gérard, Marcel, *Fiscal Federalism in Belgium*, in Texts Submitted for the International Symposium on Fiscal Imbalance, Quebec’s Commission on Fiscal Imbalance, Quebec, 2002, pp. 175 ss.; Verdussen, Marc, “Il federalismo asimmetrico in Belgio”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2007, pp. 1172 ss. Per un’analisi evolutiva in Italia e in Belgio v. Badriotti, Augusta e Fornasini, Margherita e Vaneecloo, Clément, “L’evoluzione della costituzione in Belgio e in Italia: un’analisi delle relazioni fiscali intergovernative”, *Rivista di politica economica*, n. VII-VIII, 2006, pp. 229 ss.

<sup>23</sup> Peters, B. Guy, “Consociationalism, Corruption and Chocolate: Belgian Exceptionalism”, *West European Politics*, n. 5, 2006, pp. 1079 ss.; Leroy, Michel, *Il federalismo belga*, “Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie”, 2007, reperibile in <http://www.issirfa.cnr.it/michel-leroy-il-federalismo-belga-25-6-2007.html>. Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>24</sup> Olivetti, Marco, “Il federalismo asimmetrico belga e le sue recenti evoluzioni”, in D’Ignazio, Guerino (cur.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 63 ss.

<sup>25</sup> Spahn, Paul Bernd, “Managing Fiscal Conflicts”, in Watts, Ronald L. e Chattopadhyay, Rupak (eds.), *Unity in Diversity: Learning from Each Other*, Vol. 2, Emerging Issues in Fiscal Federalism, New Delhi, Viva Books, 2008, p. 53.

#### IV. LA PREVISIONE DI MECCANISMI PREMIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

In gran parte degli Stati europei esiste una stretta connessione tra livello di effettività dei diritti sociali e vincoli di bilancio a carico non soltanto degli Stati centrali ma soprattutto degli enti territoriali, ossia quegli enti che, in ultima analisi, hanno il compito di garantire concretamente strutture, servizi ed effettività ai diritti. In Italia la riforma costituzionale del 2012 ha inserito nell'art. 81 Cost. il vincolo all'equilibrio nel bilancio<sup>26</sup> per lo Stato e per tutte le pubbliche amministrazioni (art. 97 Cost.) e, contemporaneamente, ha modificato l'art. 119 Cost. subordinando l'autonomia finanziaria di Regioni ed enti locali al rispetto dell'equilibrio dei bilanci.<sup>27</sup> In sostanza, anche gli enti territoriali sono chiamati all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

Pertanto è ormai imprescindibile cercare nuove forme di conciliazione tra diritti e sostenibilità delle finanze pubbliche,<sup>28</sup> problema che anche la giurisprudenza costituzionale italiana non può più ignorare. Capita sempre più spesso, infatti, che la Corte costituzionale italiana si faccia carico di valu-

---

<sup>26</sup> Sull'introduzione del principio di pareggio di bilancio in Costituzione v: Bilancia, Francesco, Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio", *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 2, 2012, pp. 1 ss., reperibile in <http://www.rivistaaic.it/note-critiche-sul-c-d-pareggio-di-bilancio.html>, data di accesso 27-agosto-2018; Cabras, Daniele, Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio", *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 2, 2012, pp. 1 ss., reperibile in <http://www.rivistaaic.it/su-alcuni-rilievi-critici-al-c-d-pareggio-di-bilancio.html>, data di accesso 27-agosto-2018; Bognetti, Giovanni, "Il pareggio di bilancio nella carta costituzionale", in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 2, 2012 reperibile in <http://www.rivistaaic.it/il-pareggio-del-bilancio-nella-carta-costituzionale.html>, data di accesso 27-agosto-2018. Brancasi, Antonio, "L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione", *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, p. 198.

<sup>27</sup> Losurdo, Federico, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016; Trucco, Lara, "I livelli essenziali delle prestazioni e la sostenibilità finanziaria dei diritti sociali", *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2012, pp. 1 ss., reperibile in <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/238-lara-trucco-livelli-essenziali-delle-prestazioni-e-sostenibilita-finanziaria-dei-diritti-sociali>. Data di accesso 27-agosto-2018.

<sup>28</sup> Belletti, Michele, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016; Brancati, Bruno, "Decidere sulla crisi: le corti e l'allocatione delle risorse in tempi di austerità", *Federalismi.it*, n. 16, 2015, reperibile in <http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=30208>. Data di accesso 27-agosto-2018.

tare le «conseguenze finanziarie» delle proprie decisioni in materia di diritti sociali.<sup>29</sup> Ad esempio, la Corte affermato che la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone, pur riconoscendo che le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.<sup>30</sup>

Nel tentativo di trovare il difficile punto di equilibrio tra necessità di bilancio e tutela dei diritti, l'ordinamento italiano sta sperimentando da tempo un sistema di meccanismi "premiati" o di "penalità" verso gli enti territoriali affinché adeguino le proprie politiche sociali a criteri di efficienza, di efficacia, di produttività della spesa pubblica. Tali meccanismi prendono il nome di "criteri di virtuosità" e costituiscono il tentativo dello Stato di responsabilizzare gli enti territoriali e incentivarli a tenere comportamenti in grado di favorire l'autonomo finanziamento delle politiche di spesa. I

<sup>29</sup> Il dibattito sul punto è molto ampio, *cf.*: Morrone, Andrea, "Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale", *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, pp. 591 ss.; Saitto, Francesco, "Costituzione finanziaria ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «stato fiscale» allo «stato debitore»", in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2017, p. 9 disponibile in <http://www.rivistaaic.it/costituzione-finanziaria-ed-effettivit-dei-diritti-sociali-nel-passaggio-dallo-stato-fiscale-allo-stato-debitore.html>, data di accesso 27-agosto-2018. Carlassare, Lorenza, "Diritti di prestazione e vincoli di bilancio", *Rivista Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, pp. 136 ss. reperibile in <http://www.constituzionalismo.it/articoli/533/>, data di accesso 27-agosto-2018. Ciolli, Ines, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012, pp. 66 ss.; Scaccia, Gino, "La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2012, pp. 1 ss., reperibile in <http://www.rivistaaic.it/la-giustiziabilit-della-regola-del-pareggio-di-bilancio.html>, data di accesso 27-agosto-2018; Benvenuti, Marco, "La Corte Costituzionale", in Angelini, Francesca e Benvenuti, Marco (cur.), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 394 ss.; Grosso, Enrico, *Sentenza costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, Giappichelli, 1991; Pinelli, Cesare, "Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario", in Ruggeri, Antonio (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 548; Politi, Fabrizio, "Il 'costo' delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale", in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, p. 1753.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 267 del 1998, n. 416 del 1995, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990, n. 309 del 1999. Più recentemente: Corte cost., sent. n. 248 del 2011, n. 203 del 2016.

criteri di virtuosità sono stati introdotti per la prima volta con l'art. 20 del decreto-legge n. 98 del 6 luglio 2011 (convertito con modificazioni dalla legge n. 111 del 15 luglio 2011) e confermati nella legge n. 243 del 2012 di attuazione della riforma costituzionale, la quale nell'art. 9 stabilisce che allo Stato è consentito prevedere per legge obblighi a carico degli enti, al fine di concorrere al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica e assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, anche tenendo conto di specifici parametri di virtuosità.

I criteri di virtuosità spaziano negli ambiti più vari e sono potenzialmente capaci di indirizzare in maniera significativa l'attività politico-amministrativa di una Regione. Gli elementi che contribuiscono a definire un ente come "virtuoso", infatti, non sono soltanto di natura economico-finanziaria, ma anche organizzativa o gestionale; inoltre la loro individuazione è spesso caratterizzata da una elevata dose di discrezionalità da parte dello Stato, anche in fase di applicazione.

Ai sensi dell'articolo 20, commi 2, 2 ter e 3, del decreto-legge n. 98, i criteri di virtuosità riguardano, sinteticamente: la convergenza tra spesa storica, costi e fabbisogni standard; il rispetto del Patto di stabilità interno; l'incidenza della spesa del personale sulla spesa corrente (tenuto conto del numero dei dipendenti in rapporto alla popolazione residente e all'ampiezza del territorio); l'autonomia finanziaria dell'ente; l'equilibrio di parte corrente; il tasso di copertura dei costi dei servizi a domanda individuale; il rapporto tra gli introiti derivanti dall'effettiva partecipazione all'azione di contrasto all'evasione fiscale e i tributi erariali; l'effettiva partecipazione degli enti locali all'azione di contrasto all'evasione fiscale; il rapporto tra le entrate di parte corrente riscosse e accertate; le operazioni di dismissioni di partecipazioni societarie nel rispetto della normativa vigente.

Sulla base della valutazione dei suddetti parametri e attraverso appositi decreti ministeriali, gli enti vengono dunque suddivisi in due categorie: quelli virtuosi e quelli non virtuosi. Tale suddivisione è funzionale alla ripartizione degli obiettivi finanziari stabiliti dal Patto di stabilità interno. Al fine di evitare che gli enti non virtuosi siano gravati da obiettivi di difficile realizzazione, è stata prevista una "clausola di salvaguardia",<sup>31</sup> in base alla quale il contributo aggiuntivo a carico degli enti locali non virtuosi non può superare una certa percentuale massima della spesa media registrata nell'ultimo triennio.

<sup>31</sup> Art. 31, comma 6, della legge n. 183 del 2011.



I meccanismi di virtuosità sono destinati ad incidere notevolmente sulle politiche di spesa degli enti territoriali e, di conseguenza, sulla tutela dei diritti sociali in quanto i parametri attraverso i quali lo Stato declina la maggiore o minore virtuosità dell'ente spaziano negli ambiti più vari e sono potenzialmente in grado di indirizzare gran parte delle politiche locali.<sup>32</sup> Basti pensare ai numerosi provvedimenti in materia di sviluppo economico, in grado di influire notevolmente sullo stato delle finanze pubbliche regionali e locali. Se, ad esempio, nell'ambito di tali provvedimenti lo Stato riconosce come "virtuosi" gli enti che maggiormente contribuiscono allo sviluppo economico e, quindi, alla crescita del gettito fiscale secondo i criteri definiti a livello statale, risulta evidente che le politiche economiche regionali e locali vengono, di fatto, indirizzate e per certi versi determinate dallo Stato. Difficilmente, infatti, un ente sarebbe portato a scostarsi dagli indirizzi statali se la conseguenza fosse quella di subire le misure economiche negative previste per gli enti non virtuosi. In altri termini, gli enti territoriali sono indotti ad adeguarsi ai parametri di virtuosità non soltanto dagli effetti positivi che essi possono produrre sullo sviluppo o la crescita economica del territorio o dai risultati positivi in termini di efficienza amministrativa, quanto, molto più semplicisticamente, dalle conseguenze economiche negative che deriverebbero dall'essere qualificato "ente non virtuoso".

Per avere un riscontro della rilevante portata dei criteri di virtuosità sulle politiche locali è utile fare riferimento al decreto-legge n. 1 del 24 gennaio 2012, (cosiddetto decreto "CresciItalia") che aggiunge ai criteri di virtuosità già previsti dalle disposizioni sopra richiamate, anche l'adeguamento ai principi della razionalizzazione della regolazione economica e di liberalizzazione del commercio. In particolare, l'art. 1 del decreto prevede un procedimento di ri-regolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mirano all'abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l'iniziativa economica o frenano l'ingresso nei mercati di nuovi operatori, fatte salve le regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente

---

<sup>32</sup> Tubertini, Claudia, "Risorse economiche come elemento di uniformazione", in Vandelli, Luciano e Bassanini, Franco (cur.), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 40 ss.



rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario»,<sup>33</sup> e che siano adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite.<sup>34</sup>

L'art. 1, comma 4 prevede che la Presidenza del Consiglio comunichi al Ministero dell'economia gli enti che hanno proceduto all'applicazione delle procedure previste dallo stesso decreto, volte all'attuazione del principio di liberalizzazione. Tale adeguamento viene considerato "parametro di virtuosità" ai fini dell'applicazione del Patto di stabilità interno. In sostanza, attraverso l'attribuzione di un parametro di virtuosità agli enti che si adeguano alle previsioni statali in materia di liberalizzazioni, la disposizione mira ad estendere all'intero sistema delle autonomie il compito di dare attuazione alla normativa statale al fine di evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento degli altri enti. Il principio di liberalizzazione delle attività economiche —adeguatamente temperato dalle esigenze di tutela di altri beni di valore costituzionale— si rivolge tanto al Governo centrale, quanto a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, perché solo con la convergenza dell'azione di tutti i soggetti pubblici esso può conseguire risultati apprezzabili.<sup>35</sup> Lo Stato, in effetti, non potrebbe esercitare la propria competenza esclusiva in materia di tutela concorrenza se le Regioni che legiferano in materia di commercio e gli enti locali che esercitano le corrispondenti funzioni amministrative non agissero nel quadro dei principi fissati a livello statale in materia di liberalizzazioni.

Il citato decreto-legge n. 1 del 2012 ha superato positivamente anche il vaglio di legittimità costituzionale. Con sentenza n. 8 del 2013 la Corte ha ritenuto ragionevole, e pertanto legittimo, che il legislatore prevedesse un trattamento differenziato fra enti che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed enti che, al contrario, non lo fanno, purché lo Stato operi tale valutazione attraverso strumenti dotati di un certo grado di oggettività e comparabilità, che precisino *ex ante* i criteri per apprezzare il grado di adeguamento raggiunto da ciascun ente nell'ambito del processo complessivo di razionalizzazione della regolazione, all'interno dei diversi mercati singolarmente individuati.

In sostanza, introdurre un regime finanziario più favorevole per le Regioni che sviluppano adeguate politiche di crescita economica costituisce una misura

<sup>33</sup> Art. 1, c. 1, lett. a), decreto-legge n. 1 del 2012.

<sup>34</sup> Art. 1, c. 1, lett. b), decreto-legge n. 1 del 2012.

<sup>35</sup> Corte cost., sent. n. 8 del 2013.

premiale coerente rispetto alle politiche economiche che si intendono, in tal modo, incentivare. Per la Corte, non solo le norme statali non costituiscono violazione dell'autonomia regionale ma, al contrario, grazie alla tecnica normativa prescelta, le Regioni possono continuare ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche: «le Regioni non risultano menomate nelle, né tanto meno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza».<sup>36</sup>

Il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte costituzionale per giungere a tale conclusione risulta estremamente interessante, specie per gli scenari che potrebbero derivare da una estensione degli ambiti di applicazione dei criteri di virtuosità. I giudici hanno considerato le implicazioni finanziarie che le politiche economiche di liberalizzazione producono sulle finanze statali e regionali. Richiamando le evidenze economiche empiriche che individuano una significativa correlazione fra liberalizzazioni e crescita economica, la Corte ha ritenuto ragionevole che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola da oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell'economia nazionale. Il Patto europeo di stabilità e crescita —che è alla base del Patto di stabilità interno— esige il rispetto di alcuni indici che mettono in relazione il prodotto interno lordo, solitamente preso a riferimento quale misura della crescita economica di un Paese, con il debito e il deficit delle amministrazioni pubbliche. Il rispetto di tali indici può essere raggiunto sia attraverso la crescita del prodotto interno lordo, sia attraverso il contenimento e la riduzione di debito e deficit. In questa prospettiva, valutare il grado di adesione di ciascun ente territoriale ai principi di razionalizzazione della regolazione significa anche esprimere un giudizio sulle modalità con cui l'ente partecipa al risanamento della finanza pubblica. L'attuazione di politiche economiche locali e regionali volte alla liberalizzazione ordinata e ragionevole e allo sviluppo dei mercati, in altri termini, produce dei riflessi sul piano nazionale, sia quanto alla crescita economica, sia quanto alle entrate tributarie, sia, infine, quanto al rispetto delle condizioni dettate dal Patto europeo di stabilità e crescita.<sup>37</sup> Tutto l'impianto normativo appare, quindi, coerente con l'esercizio della potestà legislativa concorrente in materia di coordinamento della finanza

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

pubblica ai sensi dell'art. 117, 3 comma della Costituzione. Secondo la Corte, Dunque può ritenersi costituzionalmente legittimo introdurre un regime finanziario più favorevole per le Regioni che sviluppano adeguate politiche di crescita economica, i cui criteri sono fissati a livello centrale.

In conclusione, risulta evidente che il rafforzamento dei meccanismi sanzionatori e premiali affidati al Governo centrale, finalizzati a garantire l'equilibrio complessivo dei conti pubblici, indirizzano gli enti territoriali non solo verso una riduzione dei costi e la razionalizzazione della spesa per il finanziamento dei diritti sociali ma anche verso il miglioramento dell'efficienza e l'efficacia della loro azione di governo dell'economia.<sup>38</sup>

#### V. IL FUTURO DEI DIRITTI SOCIALI IN UN NUOVO RAPPORTO TRA AUTONOMIA E RESPONSABILITÀ

Le nuove regole di costituzione economica stanno trasformando notevolmente il ruolo degli enti substatuali nel garantire diritti e prestazioni sociali. Esso dipenderà sempre di più, come si è cercato di dimostrare, dal grado di responsabilità che tali enti riusciranno a dimostrare nell'attuazione "virtuosa" delle politiche economiche e sociali. Sinora gli Stati ha assunto una responsabilità pressoché esclusiva nei confronti delle Istituzioni europee in relazione al rispetto dei vincoli di finanza pubblica. Ai sensi dell'art. 4, comma 3 del TUE e dell'art. 291, comma 1 del TUE, gli Stati membri sono gli unici responsabili degli obblighi derivanti dai Trattati e dagli atti delle istituzioni dell'Unione.<sup>39</sup> Ciò comporta che gli Stati sono responsabili, nell'ambito degli accordi firmati in sede europea, anche dei disavanzi regionali e locali sui quali, però, non riescono spesso ad esercitare un controllo pieno e diretto.<sup>40</sup> I risultati dell'analisi svolta fin qui suggeriscono

<sup>38</sup> Losurdo, Federico, "Il difficile bilanciamento tra autonomia e responsabilità: profili politico-costituzionali del decreto 'premi e sanzioni'", in Mangiameli, Stelio (cur.), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, 2011, Milano, Giuffrè, pp. 671 ss.

<sup>39</sup> Bertolino, Cristina, "Il ruolo delle Regioni nell'attuazione del diritto comunitario. Primi passi significativi e profili problematici", *Le Regioni*, n. 6, 2009, pp. 1298 ss.

<sup>40</sup> Salerno, Giulio Maria, "Dopo la norma costituzionale sul pareggio del bilancio: vincoli e limiti all'autonomia finanziaria delle Regioni", *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2012, pp. 564 ss. Sul difficile rapporto tra autonomia e responsabilità v. Losurdo, Federico, "Il difficile bilanciamento tra autonomia e responsabilità: profili politico-costituzionali del decreto 'premi e sanzioni'", *cit.*, pp. 671 ss.

una maggiore responsabilizzazione degli enti territoriali, in modo da legare in maniera più organica i principi di “autonomia” e “responsabilità”.

Si tratta di una prospettiva che già trova alcuni riscontri in alcuni ordinamenti europei, come quello tedesco. La Germania, come è noto, è stata una delle principali sostenitrici di una severa politica di bilancio in tutti i paesi dell'Eurozona.<sup>41</sup> L'ordinamento tedesco prevede una responsabilità congiunta di *Bund* e *Länder* per l'eventuale inottemperanza agli obblighi europei di bilancio, con l'obbligo di partecipare alle eventuali sanzioni stabilite dall'ordinamento europeo. La legge fondamentale tedesca, infatti, è stata riformata nel 2006 e nel 2009 proprio per rafforzare le regole di coordinamento finanziario sul sistema federale e imporre sia al *Bund* che ai *Länder* l'obbligo all'equilibrio di bilancio derivante dai Trattati europei. Attualmente, l'art. 109 della Costituzione tedesca prevede che sia la Federazione che i *Länder* devono adempiere agli obblighi previsti dall'art. 126 del Tfeue e che «i bilanci della federazione e dei *Länder*, di norma, devono essere portati in pareggio senza ricorrere al prestito». I *Länder* che risultano corresponsabili dell'indebitamento hanno l'obbligo di partecipare alle eventuali sanzioni stabilite dall'ordinamento europeo, secondo quanto stabilito da una apposita legge federale. Anche l'esperienza tedesca, dunque, conferma che maggiori livelli di autonomia regionale o locale vanno utilizzati in maniera razionale ed efficiente, in modo da consentire agli enti di introdurre le misure più adatte al proprio territorio e, nello stesso tempo, in grado di migliorare le proprie *performance* economiche, incrementare il gettito fiscale e, in questo modo, garantire maggiori diritti.

Il futuro dei diritti sociali, in sostanza, dipenderà anche dalla capacità di mettere in atto una gestione “virtuosa” dei bilanci pubblici, sia di quelli statali che substatali. Affinché la responsabilità politica di fronte ai contribuenti sia rafforzata, è necessario, infatti, che anche gli enti territoriali siano messi in grado di attuare politiche capaci di migliorare la produttività della

---

<sup>41</sup> Hartwig, Matthias, “La costituzionalizzazione del pareggio nella Costituzione tedesca”, in Bifulco, Raffaele e Roselli, Orlando (cur.), *Crisi economica e trasformazione della dimensione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 153 ss.; Bifulco, Raffaele, “Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo”, in Bifulco, Raffaele e Roselli, Orlando (cur.), *Crisi economica e trasformazione della dimensione giuridica, cit.*, pp. 139 ss.; Pedrini, Federico, “La costituzionalizzazione tedesca del patto europeo di stabilità: il Grundgesetz preso sul serio”, *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2011, pp. 391 ss.; Raffiotta, Edoardo, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2014, pp. 209 ss.

spesa pubblica e, quindi, il Pil del proprio territorio. Questo consente un incremento delle entrate fiscali che garantisce sostenibilità nel tempo delle politiche di spesa e, in ultima analisi, effettività e continuità nella tutela dei diritti sociali. I meccanismi di cooperazione e solidarietà territoriale, necessari e indispensabili, richiedono riconoscibilità e trasparenza, affinché sia il più possibile chiaro, dinanzi al cittadino, l'uso che viene fatto delle risorse e il contributo economico di ciascun territorio agli obiettivi di interesse nazionale. Su questo tema si gioca ormai non solo lo sviluppo armonioso dei rapporti tra istituzioni e cittadini ma, soprattutto, la sopravvivenza stessa dei diritti sociali.

C

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2018, 694 pp.

Conocí al autor de esta obra en su función como catedrático en la Universidad Panamericana, apreciado y celebrado por sus alumnos. Posteriormente, formé parte del sínodo ante el que sustenté examen —memorable, por su excelencia— para obtener el grado de doctor en derecho por la misma Universidad. Finalmente, me privilegió al invitarme a formular el prólogo de la valiosa obra que presento y comento en esta nota.

Han proliferado los estudios destinados a la recepción y el análisis de los sistemas internacionales —o supranacionales— de protección de los derechos humanos, desde el más amplio, de carácter mundial, sustentado en normas y órganos de las Naciones Unidas, hasta el más reciente, creado en África para lidiar con violaciones a los derechos fundamentales. Entre aquél y éste se ubica el sistema interamericano, desenvuelto a lo largo de tres cuartos de siglo —si colocamos la fecha de su nacimiento formal en 1945, año de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz—, que ha tenido un vigoroso ímpetu en los últimos lustros.

En este marco figura la orientadora jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en él han aparecido temas de creciente importancia, entre ellos el denominado “control de convencionalidad”, que también ha suscitado una amplia bibliohemerografía. En el acervo de las investigaciones y publicaciones en torno al control, contamos hoy con la obra del profesor Vázquez Gómez Bisogno, que merece lectura y provoca reflexión.

El título del libro atrae la atención hacia el control de convencionalidad, tema sujeto a debate —que debe continuar hasta alcanzar definiciones suficientes sobre esa figura de la jurisprudencia interamericana—, pero además alude a otra cuestión, conectada con aquélla, que el tratadista propone con maestría: una teoría de la argumentación jurídica aplicable a la recepción



judicial interna del derecho internacional de los derechos humanos por vía de control de convencionalidad.

El prólogo que formulé para este libro, solicitado por el profesor Vázquez Gómez, tiene que ver sobre todo con aquella primera dimensión del título: el control y su desarrollo en nuestra doctrina (que no es la única) y en nuestra práctica (que tampoco es la única en el ancho horizonte de Latinoamérica, destino natural del control de la convencionalidad vinculado a la normativa regional y al cumplimiento de sus objetivos). A este empeño me he referido como “fragua” del derecho común interamericano de los derechos humanos. En esta nota dejo de lado esa vertiente para examinar la segunda, más novedosa.

Considero que en la obra de Vázquez Gómez, cuidadosamente construida, hay aportaciones originales, de fondo y de forma, que sugieren nuevos caminos para el estudio de su materia. Por otro lado, la obra tiene cierto aire combativo. Está “en son de guerra”—si se me permite la expresión— entre las posiciones que él defiende y las que le son adversas. Así se observa desde las primeras líneas del libro, en las que alude, por ejemplo, a las corrientes enfrentadas que se identifican con dos notables maestros: Héctor Fix-Zamudio e Ignacio Burgoa Orihuela (p. 42) (invocaciones en las que coincide con Pedro Salazar), hasta las últimas —o casi últimas— en las que milita fuertemente contra la sentencia dictada por la Corte Interamericana en un caso célebre, que ha levantado polémica: *Artavia Murillo versus Costa Rica*.

No omito decir que en el cierre de su libro, Vázquez Gómez asume un ánimo conciliador al invocar, en el epígrafe de sus conclusiones, a Bernardo de Char-tres en la afortunada expresión: “somos enanos encaramados en hombros de gigantes”, y sugiere que la historia se anima con unos y otros y que todos pueden vivir en paz. Con esta expresión de Luis Vives llega a la conclusión feliz de que todos adquirimos la misma estatura, pero no por ello abandona la cruz de su parroquia ni cede en sus preferencias, que defiende con talento.

En el cimiento de este libro se halla la convicción que campea en su dedicatoria y en la “Introducción” (p. 39): es preciso “materializar el ideal jurídico de la civilización occidental: que la dignidad humana y los derechos humanos a ella inherentes (expresión que evoca la Ley Fundamental de Alemania y también, en alguna medida, la de España) se impongan a la voluntad de quienes detentan el poder”. Yo agregaría: éste, en su variedad de formas contemporáneas, que no es sólo el poder formal.

En su estudio de la interpretación, un arduo tema tradicional, siempre presente, Vázquez Gómez avanza y profundiza: mejor que hablar de interpretación, es preciso hacerlo —y así lo hace— de argumentación (p. 61). A partir de este concepto, bien explicado, ensaya con originalidad la teoría de la argumentación que figura en el subtítulo de la obra y en las incitaciones y recomendaciones que en ella expone. Esta es la materia fundamental del libro.

Para servir a ese designio, el autor recuerda la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ésta afirma que la norma se compone con el texto de la Convención y con la interpretación que de ella hace el órgano dotado con la competencia necesaria para examinarla, entenderla y aplicarla. En rigor, está en las manos —y en el talento y la pertinencia— de los jueces, ahora más que nunca, “decir el Derecho”.

Pero no se trata —destaca el tratadista— de que al abrigo de ese evidente “proceso de judicialización” en el que estamos inmersos, los juzgadores hagan “con el Derecho, los tratados internacionales y el convencionalismo mismo, lo que les plazca” (p. 81). En otro lugar de la obra —al que adelante llegaré— cuestiona severamente ciertas expresiones de activismo judicial desmesurado que merma la libertad invocando el progreso.

Vázquez Gómez construye su teoría, piso a piso, con una serie de elementos (pp. 77 y ss.) que analiza sistemáticamente: premisas filosóficas y marco conceptual, fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, principios argumentativos en esta materia —que no son los mismos, por fuerza, que caracterizan otros espacios del derecho—, y el lenguaje asociado al derecho y el denominado test de mutabilidad, que constituye una suerte de conductor de las diversas lecturas que se pretende dar a un mismo texto. Adelante volveré sobre este punto, conectado a la tipología de los intérpretes, en los términos que emplea el autor.

Con estos elementos en el bagaje “estaremos en posibilidades —dice Gómez Vázquez— de caminar hacia una teoría de la argumentación convencional [que permita] descubrir, probar y dejar ver con claridad y objetividad cuáles son los parámetros mínimos que debemos observar al realizar el control de convencionalidad en México” (p. 85), afirmación que estimo inobjetable, sin perjuicio de resolver también lo que aún está pendiente de solución final —a mi juicio, y en el supuesto de que hubiese una solución final—: quién debe hacer el control de convencionalidad con alcance interamericano para avanzar —que ya dije— en la elaboración del *jus commune*. Pero éste es otro asunto, del que me ocupo en el prólogo a la obra comentada y en otros trabajos. A ellos me remito.

Vázquez Gómez deslinda derechos humanos de derechos fundamentales, dos términos muy transitados, cuyo examen figura en el itinerario histórico de la normativa mexicana hasta desembocar en la reforma de 2011. Conviene el deslinde (pp. 95 y ss.), en tanto cada categoría se distingue con datos de importancia superlativa: ignorarlo entraña riesgos. En este sentido, el autor destaca: los humanos se reconocen, los fundamentales se otorgan; los primeros poseen un sustento antropológico, los segundos, uno político; aquéllos se despliegan en una nómina enunciativa, éstos en una taxativa; los humanos operan en un ámbito especializado, que es admisible, y los fundamentales traen consigo —o pueden acarrear— el riesgo de pulverización de los derechos. En este punto hay extremos que conviene aclarar, a saber: los que aporta el imperativo de especificidad frente —pero no contra o a pesar— del principio de igualdad: derechos que dan sentido y hondura al principio pro persona a través de los métodos de compensación de que habló Eduardo J. Couture y de las tutelas diferenciadas que ha descrito Roberto Berzonce.

La obra que ahora examino se ocupa detalladamente del control de constitucionalidad —hermano del de convencionalidad, con acta de nacimiento anterior, diría yo, que aquél no absorbe ni releva—. Así, refiere (pp. 132 y ss.) la aparición y el desarrollo del control del poder por la magistratura británica —el celebrado juez Edward Coke, en el caso de Thomas Bonham—, el control difuso bajo el constitucionalismo norteamericano y el concentrado estatuido en la Constitución austriaca de 1929.

En el curso de este examen y también, explícita o implícitamente, en el estudio de otros temas, Vázquez Gómez aborda un problema que no podemos ignorar en la recepción vernácula del control de convencionalidad: el peligro que entraña el llamado —y temido— gobierno de los jueces. Este riesgo pone en predicamento al Estado de derecho, diciendo preservarlo.

Siguiendo a Eduardo Ferrer MacGregor, el autor expone el desarrollo del control de constitucionalidad en México (pp. 150 y ss.) en etapas que Vázquez Gómez denomina de omnipresencia, renacimiento y difusión y especialización. Es orientadora la clasificación de criterios para examinar el control (pp. 158 y ss.): norma o parámetro que se utiliza, órgano que lo ejerce, forma en que se activa, obligatoriedad de su ejercicio, momento para practicarlo, naturaleza jurídica del objeto del control, pautas que se utilizan para realizarlo y definitividad de su resultado.

La obra comentada se refiere detalladamente al derecho internacional de los derechos humanos: desarrollo histórico desde los documentos funda-

cionales, y constitucionalización. Ésta resuelve el *desideratum* deseado al colocar a los tratados internacionales en el más alto nivel normativo, lo que refleja la coincidencia entre el orden interno y el internacional acerca del respeto a los derechos humanos y en torno a los correspondientes deberes estatales (p. 185).

Especial atención se brinda a la reforma constitucional mexicana de 2011, que coloca “a la persona y sus derechos como el centro y eje del Estado, facilitando en el orden interno que todas las autoridades del Estado mexicano cumplan con las obligaciones derivadas del DIDH”. Esta concepción antropocéntrica —glosemos, utilizando el término de Häberle— recoge nuestra mejor tradición, que anidó en el Decreto Constitucional de Apatzingán y en la Carta de 1857, y conduce a la admisión de un “bloque de constitucionalidad” a partir del artículo 1o. reformado.

Se examina el concepto de bloque en otros ordenamientos, así como sus consecuencias para el desempeño de los tribunales. En este punto se alude al modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad propuesto por el ministro José Ramón Cossío al examinar la recepción doméstica de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el *caso Radilla* (pp. 264 y 265).

Como es natural, el autor estudia en seguida las características e implicaciones de la resolución de la Suprema Corte sobre la Contradicción de Tesis 293/2011 (pp. 267 y ss.), resolución determinada por la búsqueda de consenso entre los ministros y que desembocó en una votación mayoritaria a la que se sustrajo solamente un voto. Esta determinación mantiene abiertos el debate y la puerta hacia la orientación jurisprudencial del porvenir en la que predomine el principio pro persona.

Hubo un progreso notable en la decisión 293/2011 del más alto tribunal: los criterios de la Corte Interamericana serán vinculantes, no sólo orientadores, aun cuando el Estado mexicano no hubiese sido parte en el litigio en el que aquéllos se adoptaron. Digamos: eficacia *erga omnes* de la más amplia tutela de los derechos, fijada por el órgano llamado a interpretar la disposición tutelar convencional. Ahora bien, Vázquez Gómez advierte que esta decisión “terminará por matizar, o si se prefiere, por contradecir el criterio asumido en torno a la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional” en el expediente Varios 912/2010.

Destacaré que el autor examina la formación de estos criterios de la SCJN a través de los distintos temas abordados por las decisiones respectivas y de los razonamientos y los sufragios emitidos por los ministros integrantes del alto tribunal.

Hasta aquí, el extenso capítulo primero de la obra. En el capítulo segundo —que versa sobre el también segundo elemento de la teoría de la argumentación convencional propuesta por el autor—, se hace el examen de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (pp. 305 y ss.), que no se agotan en los tratados. Ahí desfilan las declaraciones —que no toma en cuenta nuestro artículo 1o. constitucional, pero que es posible considerar, señala el tratadista, como parámetro de obligatoria observancia por los tribunales mexicanos; diversos instrumentos de derechos humanos, de varias fuentes, y la costumbre internacional—.

En esta segunda porción de la obra, Vázquez Gómez distingue, con buenos elementos de juicio, entre la argumentación jurídica, la argumentación constitucional y la argumentación de los derechos humanos. Esta distinción es valiosa para el intérprete y aplicador de las normas tutelares de estos derechos, que deberá ajustarse —dice el tratadista— a ciertos criterios básicos de interpretación anclados en la argumentación en materia de derechos humanos, escasamente examinada en México (p. 418). Para el examen de esta cuestión —“bajo un miramiento novedoso de los casos concretos” (p. 425)—, el autor recupera el énfasis que puso sobre los derechos, no sólo sobre el derecho objetivo, y la misión fundamental del orden jurídico: la justicia.

Al examinar los principios argumentativos insertos en su teoría, Vázquez Gómez alude pormenorizadamente, con invocación de preceptos y jurisprudencia (pp. 426 y ss.), a: principio pro persona o *pro homine*, posición preferente de los derechos humanos, mayor protección y fuerza expansiva de éstos. El tratamiento de estos extremos, que me limito a enunciar, es minucioso, sistemático y pragmático: abundan las aplicaciones y los ejemplos.

Es destacable la sección de la obra dedicada al control difuso de convencionalidad/constitucionalidad en México (pp. 505 y ss.). La exposición de esta materia se eleva sobre la suma de dos elementos a los que el autor se ha referido *in extenso*: la sentencia de la Corte Interamericana —y agreguemos: su apreciación por la Suprema Corte de México— y la reforma constitucional de 2011 acerca de los derechos humanos.

Ambos elementos permitieron que la Suprema Corte “pudiera concluir que el control de convencionalidad *ex officio* aludido debía concretarse en el sistema jurídico mexicano a través de un control difuso de convencionalidad”, conclusión que se instala sobre el nuevo artículo 1o. constitucional y la segunda parte del viejo artículo 133, que en mi concepto debió modificarse para que el sistema constitucional contase con la armonía que no tiene y que ha motivado dudas y nutrido debates que pudimos ahorrarnos en

bien de la claridad de las soluciones jurídicas en una materia tan relevante y delicada como es la protección de los derechos humanos.

Todavía hay mucho que decir acerca del control de convencionalidad. Para ello será preciso mirar de nuevo hacia la fuente de la doctrina de ese control: la jurisprudencia de la Corte Interamericana, e igualmente promover —como he sugerido constantemente, pero también infructuosamente— la participación del Poder Legislativo en la indispensable definición de competencias, procedimientos, legitimación y efectos de los actos de control, que por ahora carecen de encauzamiento legislativo, salvo que se considere —erróneamente, a mi juicio— que el control de convencionalidad debe correr por la misma vía y con los mismos propósitos que el de constitucionalidad.

El capítulo cuarto de la obra del profesor Francisco Vázquez Gómez alude a lo que el autor denomina “El lenguaje, el derecho y el test de mutabilidad”, e identifica como cuarto elemento de su teoría de la argumentación convencional. Aquí se examina la fuerza de los textos y el papel del intérprete que los lee y aplica mucho después —o bien, en todo caso: después— de su formación. El redactor hizo su trabajo al amparo de cierta circunstancia —los hechos y las ideas— y el intérprete, llamado a ejercer una rigurosa argumentación, trabaja en otro tiempo y bajo la influencia de otras ideas que pretenden gobernar su relectura de los textos y conducir su mano a la hora de formular la opinión o la sentencia.

Este problema no es menor. Va mucho más allá del gabinete del estudioso y puede alcanzar —ocurre con frecuencia— el curso mismo de la vida social, trátase de la actuación del juzgador constitucional, trátase del magistrado internacional, ambos investidos con la facultad de decir el derecho en definitiva, sin revisión superior ni control popular, de donde proviene que se hable de déficit democrático.

Vázquez Gómez inicia su revisión del tema con un epígrafe de Confucio: “Cuando las palabras pierden significado, el pueblo pierde su libertad”. En seguida emprende el examen de la materia a través de un planteamiento general: el caso *Artavia Murillo (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resuelto por mayoría de votos de los jueces integrantes de la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012. Esa mayoría —todos menos uno: respetables aquéllos y éste— ejerció su poder jurisdiccional y desplegó su condición de intérprete de la Convención Americana para definir el alcance del artículo 4o. cuando se refiere a la protección de la vida “desde el momento de la concepción”.

En el estudio de las conexiones entre el lenguaje y la interpretación de las normas jurídicas, el profesor Vázquez Gómez propone una especie de tipología del intérprete, de cuyos términos se desprende fácilmente el concepto que sustenta de cada uno. “El operador jurídico —dice— se mueve entre cuatro dimensiones interpretativas: (i) el estatismo irracional propio de los intérpretes albaceas, (ii) el estatismo racional propio de los intérpretes arqueólogos, (iii) la legítima mutación convencional propia de los intérpretes artífices y (iv) la manipulación convencional propia de los intérpretes arteros” (p. 567). No atraeré aquí la aplicación de estas categorías en el supuesto que explora el autor, a saber, la sentencia de *Artavia Murillo*. Lo relevante es la distinción que se hace entre las mutaciones legítimas —constitucionales o convencionales— y las manipulaciones.

En fin de cuentas, el autor sustenta la necesidad de que el intérprete sostenga sus versiones con una pertinente argumentación, que a su vez exponga la relación entre el fin de la norma y el sentido de la decisión jurisdiccional. Pone en guardia contra los excesos o defectos de una interpretación que altere la tutela de los derechos querida por el autor de la norma y depositada en las palabras del instrumento tutelar. A este respecto, insiste en ejemplos que estima contundentes: tanto la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis identificada como 293/2011 como la resolución de la Corte Interamericana en el aludido *caso Artavia Murillo*.

Para destacar los riesgos de una interpretación judicial desviada, el autor hace notar que el “Estado constitucional está inmerso en un proceso irreversible de judicialización en el que hoy la forma última y definitiva palabra para limitar el ejercicio del poder la tienen los jueces y la expresan a través de sus sentencias” (p. 594). De ahí “que hayamos concluido —manifiesta en las últimas líneas de su obra— que la fórmula «tribunal convencional» más «intérprete último de la CADH» «enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho», generan como resultado un alto riesgo” (p. 597). Conviene retener y considerar este aserto en los diversos sentidos en que el riesgo se manifieste y para todos los efectos que trae consigo la abolición —irrevocable, me parece— del viejo dogma de que el juez es solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley.

C

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 41, julio-diciembre 2019



PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, Ydalia, *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*, México, Porrúa-IMDPC, 2017, 230 pp.

Ha sido constante y orientador el trabajo de tratadistas y funcionarios judiciales que enriquecen la literatura sobre protección internacional de los derechos humanos. A la copiosa bibliografía en torno a los medios nacionales de protección —en la que figura el caudal de estudios en torno al juicio de amparo— se añade ahora el correspondiente a esa otra dimensión tutelar de los derechos y las libertades del individuo, que trasciende las fronteras nacionales y se proyecta sobre el mundo y sus regiones. A este género de reflexiones sirve la obra de Ydalia Pérez Fernández Ceja que comento en esta nota.

La autora obtuvo el doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Formé parte de su comité tutorial y presidí el jurado ante el que sustentó el examen correspondiente. No omito decir que la elaboración de la tesis, convertida ahora en una publicación valiosa, debió enfrentar algunos avatares. A la cabeza de ellos figura un hecho que suele poner piedras en el camino de muchos autores y obligarles a fatigas adicionales cuando ya habían cumplido la etapa principal de su investigación: en el caso de Pérez Fernández Ceja ese hecho fue, nada menos, la reforma de 2011 a la normativa constitucional de derechos humanos. Hubo que hacer y rehacer capítulos del libro, que finalmente apareció en 2017 y en el que figura, por generosa invitación de la autora, un breve prólogo mío (pp. XIX y ss.).

La autora ha sido funcionaria en la justicia federal, tanto en materia de amparo como en el sector de la jurisdicción electoral. Actualmente se desempeña en un tribunal de circuito. Menciono estos antecedentes tanto para informar sobre el itinerario profesional de doña Ydalia como para ponderar el conocimiento directo que tiene sobre los temas que aborda en su obra, a cuyo desarrollo ella misma ha contribuido desde su propia trinchera: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos por parte de

los tribunales nacionales, primordialmente en lo que concierne a la jurisdicción más cercana a nuestra experiencia y aplicación: la interamericana, depositada en la Corte de esa región, cuyo establecimiento quedó definido hace cuarenta años (1978), al entrar en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en 1969.

La obra que suscita esta nota aparece en la “Biblioteca Porrúa” destinada a la difusión de trabajos vinculados al derecho procesal constitucional, una dimensión notable en el conjunto de las disciplinas jurídicas, con amplia admisión en diversos medios y con apreciable desarrollo en México. Entre nosotros, esa perspectiva procesal-constitucional para el estudio del derecho y de sus especialidades normativas debe mucho al impulso inicial del maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que encauzó una escuela mexicana de derecho procesal, y a las aportaciones del ilustre jurista Héctor Fix-Zamudio. Actualmente, el derecho procesal constitucional se halla en pleno progreso; en aquél se inscriben diversos medios de tutela —el amparo, ante todo—, y cuenta entre sus más relevantes cultivadores al doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, director de la mencionada biblioteca jurídica. El propio Ferrer Mac-Gregor explica, en un texto introductorio a las obras de la Biblioteca, el carácter de ésta y el propósito que la anima (pp. XVII-XVIII).

Dos palabras en torno a la tutela judicial internacional de derechos y libertades, que formulo para acompañar las reflexiones de la autora. Es bien sabido que a la proclamación y protección nacionales de aquéllos siguió el régimen internacional —o mejor dicho, supranacional— de tutela, que tuvo a la vista los atropellos infinitos en agravio de millones de seres humanos en las dos grandes guerras del siglo XX y la reacción enérgica y creativa que éstas provocaron. Esa reacción abrió la puerta —entreabierta por otros esfuerzos nacionales y regionales— al derecho internacional de los derechos humanos, una normativa insólita en ese momento. El DIDH puso al ser humano en el centro de los intereses de la comunidad internacional, es decir, de la humanidad, personaje relativamente novedoso en el marco del orden jurídico. Esta normativa apareció y prosperó al amparo de declaraciones y tratados, de alcance mundial o continental, que son materia de la presente obra.

De esta suerte se construiría un sistema mundial de protección de derechos y libertades, que la autora examina en el estudio de sus normas y de sus entes, así como un conjunto de sistemas de carácter continental: europeo, americano y africano, hasta ahora, que Pérez Fernández Ceja igualmente analiza (pp. 59 y ss.). La tratadista incluye en el elenco de los órganos

internacionales o supranacionales de protección a la Corte Internacional de Justicia (pp. 47 y ss.) y a la Corte Penal Internacional (pp. 54 y ss.). Es pertinente hacerlo, considerando que algunas decisiones del Tribunal de La Haya —como otras de su antecesor, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional— repercuten en el ámbito de los derechos de los individuos. Igualmente procede la referencia a la Corte Penal Internacional, que ejerce su competencia en supuestos de muy graves violaciones de derechos humanos, calificadas como hechos criminales desde la perspectiva del derecho penal. En este espacio, como en el propio ámbito nacional, el orden jurídico punitivo tiene presencia a título de último recurso del control.

La formación del sistema interamericano —que se detalla en este libro— ya cuenta con una historia importante y nutrida. Me he referido a esa andanza continental calificándola como una “navegación americana”. Utilizo esta expresión “náutica” porque la procuración general de los derechos humanos, desde la etapa del absolutismo hasta ahora, y desde aquí hasta el arribo final al efectivo imperio de los derechos y las libertades, se asemeja a una travesía de la humanidad en su conjunto. En aquélla se hallan las navegaciones de las partes que la integran. El punto de salida es el mismo para todos, y también lo será el de llegada: el puerto de la utopía, la tierra prometida. El camino —la navegación— reviste, sin embargo, rasgos específicos para cada región, según sus impulsos, problemas característicos, posibilidades, expectativas, tiempos y comportamientos; con ellos se conforma la marcha de sus respectivas —y muy heterogéneas— comunidades. De aquí resultan navegaciones diferentes, entre ellas la americana.

La doctora Pérez Fernández Ceja se refiere primordialmente al sistema interamericano (pp. 73 y ss.). Si hubiese que fijar un punto de arranque a la elaboración o construcción de ese sistema, del que me he ocupado en diversas oportunidades, se podría pensar en la Conferencia de Chapultepec, de 1945, sobre la guerra, que tocaba a su fin, y la paz, que se quería erigir sobre sólido cimiento. Luego vendrían la Conferencia de Bogotá, de 1948, con sus frutos eminentes: la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —del 2 de mayo de 1948; anterior en varios meses, por lo tanto, a la Universal del 10 de diciembre—; la Carta de Garantías Sociales y las convenciones en torno a derechos civiles y derechos políticos de las mujeres. Por cierto, en la forja de estos productos de Bogotá estuvo presente y activa la delegación mexicana presidida por el entonces canciller de la República, Jaime Torres Bodet. Éste refiere la participación

diligente que tuvo, por lo que toca a la Declaración Americana, el jurista Germán Fernández del Castillo, miembro de aquella delegación.

El tema central de la obra comentada es el fenómeno al que solemos denominar “recepción interna del Derecho internacional de los derechos humanos”, es decir, el acogimiento del régimen internacional en el nacional, que se lleva a cabo por diversas vías, a las que antes de ahora he denominado “puentes” para la comunicación entre hemisferios jurídicos que estuvieron distanciados o fueron antagónicos, y que hoy deben comunicarse en aras de la mejor protección del ser humano. Este objetivo constituye una de las decisiones políticas fundamentales —la mayor de todas— en la doble escala nacional e internacional, y por ello demanda esa comunicación estrecha, constante y determinante.

No es este el lugar para comentar las características de cada puente o medio de comunicación e integración de los hemisferios del orden jurídico. Sólo destacaré dos, a los que Ydalia Pérez Fernández Ceja dedica la mayor atención en su obra, a saber: el constitucional, que entre nosotros se tendió inicial e insuficientemente por el viejo artículo 133 de la ley suprema, y más claramente por medio de la reforma de 2011 al artículo 1o. del mismo texto supremo; y el jurisdiccional, que da materia principal al estudio de la autora, colocado a través de las sentencias internas que acogen el derecho internacional representado por las disposiciones de los tratados y su interpretación: en nuestro caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este acogimiento se practica por medio del diálogo jurisdiccional y del control de convencionalidad, que ha adquirido carta de naturalización en nuestro medio.

Es preciso destacar, como lo hace la autora, el papel extraordinario que en el tendido de estos puentes ha cumplido lo que ella llama “palanca académica” (p. XXIV), es decir, el trabajo desenvuelto en la academia, sea mediante la docencia, sea a través de la investigación y la difusión, para “aclimatar” entre nosotros el derecho internacional de los derechos humanos y promover su inclusión en el desempeño de diversos órganos del Estado mexicano.

Paulatinamente alumbra, sobre todo desde la perspectiva constitucional, un estatuto renovado del ser humano, que recibe tanto el “puñado” de los derechos germinales —que recogió la Declaración de 1789, conforme a las circunstancias de su tiempo— como los contenidos en un creciente cúmulo de tratados, pactos, convenios y convenciones con fuerza imperiosa. Hoy día, al amparo del artículo 1o. constitucional, hay una doble fuente para los derechos y libertades de los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado

mexicano: la fuente nacional, cuyos postulados constan expresamente en el texto supremo, y la fuente internacional, recibida en los términos del artículo 1o. constitucional, cuyas aportaciones se hallan provistas con la misma tutela que las de fuente nacional, a través del juicio de amparo, otra afirmación benéfica de una reforma de 2011.

La aparición del derecho internacional de los derechos humanos ha constituido un dato de enorme relevancia para la “relectura” y “reescritura” del derecho interno, y se ha valido de una constelación de órganos destinados a la elaboración de nuevos reconocimientos de derechos y a la supervisión de su cumplimiento. México ha recibido la atención de esos órganos, cuyas características se presentan en esta obra (pp. 19 y ss.); así, en el plano mundial, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos derivado del Pacto de 1966 sobre derechos civiles y políticos, y en el plano regional, la Comisión y la Corte interamericanas.

La participación en este nuevo derecho —sin perjuicio de otras fuentes: costumbre internacional, ante todo que la autora menciona en su obra (p. 6)— impone deberes a los Estados. En el cumplimiento de éstos se advierte —otro tema en la obra de la doctora Pérez Fernández Ceja— la progresiva formación de un derecho común americano, un *ius commune*, sobre derechos humanos, del que se ha ocupado frecuentemente nuestra doctrina. No es ni será tarea fácil, pero ya se ha avanzado un buen trecho, sobre la base de una convicción constitucional común en Latinoamérica, que hizo factible, en 1948, la adopción de la Declaración Americana, y en 1969, la Convención regional. Esa unánime convicción no existía en el encuentro entre los países que acogieron la Declaración Universal de 1948, para la que no hubo unanimidad en Naciones Unidas.

La autora se refiere a los deberes de los Estados, estatuidos en los pactos internacionales (pp. 90 y ss.), de los que derivan tanto la responsabilidad integral de éstos como las específicas —de carácter interno— de los órganos estatales. Con la doble fuente interna e internacional se establece el “marco constitucional” mexicano de los derechos humanos (pp. 160-162), sustento de las obligaciones que recaen en los jueces nacionales y que se han atendido a través de la recepción de cierto número de pronunciamientos sobre casos generados en México.

Esos pronunciamientos son asunto relevante en la exposición de la obra comentada. La autora pone especial acento, como es natural, en el expediente Varios 912/2010, de la Suprema Corte de Justicia, concerniente al

*caso Radilla Pacheco*, en la modificación de la jurisprudencia 22/2011, del mismo alto tribunal, y en la decisión adoptada con respecto a la Contradicción de Tesis 293/2011 (pp. 162 y ss.). Se pasa revista a la formación de diversas decisiones relevantes de la Suprema Corte para la conexión entre el DIDH y el orden nacional, tanto en el Pleno como en las salas (pp. 187 y ss.). Asimismo, se alude a los protocolos emitidos por la Suprema Corte para brindar justicia a sujetos cuya vulnerabilidad requiere atención especial (pp. 2017 y ss.).

En la parte final del libro, la doctora Pérez Fernández Ceja examina la jurisprudencia interamericana establecida en torno a los casos originados en México, de los que ha conocido la Corte de San José. En este ámbito identifica puntos con especial importancia en los casos *Castañeda Gutman*, *González y otras (Campo Algodonero)*, *Radilla Pacheco*, *Rosendo Cantú*, *Fernández Ortega*, *Cabrera García y Montiel Flores*, y *García Cruz y Sánchez Silvestre* (pp. 196 y ss.). Todos éstos datan de los últimos lustros, y de ellos se desprenden valiosas orientaciones o imperiosas decisiones que han ingresado en el orden jurídico, la jurisprudencia y la doctrina. Hoy día resulta inabordable el tema de los derechos humanos en la región americana y particularmente en México si no se toma en cuenta, con toda la profundidad que requiere, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De ahí que celebremos las continuas aportaciones doctrinales sobre la materia, en las que esta obra tiene un sitio distinguido.

C

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.



CAMACHO, César *et al.* (coords.), *Rendimiento institucional del Congreso en México*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018, 832 pp.

En principio, enfoquémonos en el tema central que a muchos de los ciudadanos (no sólo en México) nos preocupa: el hecho del rendimiento del Poder Legislativo, ya que de ello depende la certeza de un óptimo funcionamiento institucional para un desarrollo individual ideal. La obra que reseñamos contempla treinta y cinco estudios para su debido desarrollo y entendimiento.

En lo particular, me parece un tema de gran relevancia, ya que el Congreso representa la institución medular de la cual emanan las demás ramificaciones jurídicas.

En este estudio jurídico se presenta el choque de dos aristas: la cuestión teórica y la práctica. La obra logra superar esa confrontación de forma ideal, ya que presenta una compilación de estudios de diversos autores; algunos de ellos parten desde el punto de vista teórico de la investigación, otros abordan el tema desde el conocimiento empírico al haber sido funcionarios, así como otros estudios que cuentan con ambas perspectivas.

Esta visión dual permite al lector tener un conocimiento general del tema, sin dejar a un lado premisas fundamentales tanto en lo teórico como en lo práctico.

Cabe destacar un principio que aborda este ejemplar: la conjugación entre el ejercicio legal, por un lado, y las características de quien debe impartirlo y desarrollarlo, por el otro.

Dicho lo anterior, desarrollaremos ahora las ideas base y aristas desde las que parten los coautores del libro.

Primeramente, tenemos la idea del marco teórico del libro, el cual nos sitúa en el “rendimiento institucional”, sugiriendo un instrumento para el interés de los estudiosos de la materia constitucional y parlamentaria.

El rendimiento institucional está enfocado en evaluar la eficiencia de las instituciones con base en sus resultados. Ordinariamente, las evaluaciones



son cuantitativas, pero no siempre con ellas se obtiene un resultado respecto de la eficiencia y eficacia de las instituciones. De ahí una conclusión presentada en la obra acerca de que un país con muchas leyes no necesariamente es un país democráticamente organizado, sino por el contrario, un país con una cultura lejana a la legalidad. Por ello, este estudio sobre el rendimiento institucional permitirá que el Congreso se adapte en su organización y funcionamiento a los cambios sociales actuales.

Desafortunadamente, no es fácil alcanzar ese objetivo, ya que en México no se tiene una debida evaluación del quehacer legislativo; esto, debido a que no se cuenta con un método adecuado para evaluar dicha actividad, ni la ciudadanía tiene a su alcance las herramientas necesarias para realizar tal valoración.

Derivado de lo anterior, una propuesta del libro es el estudio y aplicación del constitucionalismo multinivel como la variable cualitativa para verificar el rendimiento del Congreso de la Unión y poderes legislativos de las entidades federativas, ya que esto implica deberes y obligaciones puntuales en materia de derechos humanos.

En este aspecto existe una disyunción: el estudio entre lo federal y lo general, es el caso concreto de las leyes federales y generales. Sin embargo, esta es una distinción meramente semántica, pues ambas implican actuación del Congreso General.

Por otro lado, los autores de la obra comentada desarrollan en sus escritos temas vinculados con el Poder Legislativo para su debido entendimiento; analizan su organización, problemas, avances, retrocesos, y con ello buscan proporcionar las herramientas para su debida evaluación.

Como se hizo notar en el proemio de este análisis, un punto a observar y que distingue este libro de otros textos es el desarrollo del tema de la “representatividad”; en efecto, se examina el tema de los integrantes del Congreso y su capacidad profesional, la transparencia legislativa, así como la contraposición de la institucionalización.

En este punto aparece la idea de una falsa representatividad de los legisladores, ya que idealmente ellos deben operar con autonomía, en uso de criterios generales, en busca del bien común de los ciudadanos; sin embargo, en la realidad no lo ejercen así, pues es sabido que la mayor parte de ellos representan intereses parciales o de grupo, cuando deberían representar el interés general. Cabe señalar también que en el análisis que se realiza en la obra acerca de diputados y senadores, se menciona que ellos son represen-

tantes nacionales, es decir, de todo el territorio nacional, aunque provengan de una región específica.

Respecto al procedimiento legislativo federal y sus réplicas estatales, resalta la investigación del coautor Efrén Chávez Hernández; dicho estudio es relevante porque aborda un tema que no está regulado en la mayoría de las leyes orgánicas de los congresos: la evaluación de las normas que emite el Poder Legislativo. El autor rompe con la idea de que la cuestión legislativa termina con la emisión de la ley; señala, más bien, que la labor del parlamento continúa con el análisis de los efectos producidos por la norma y las acciones necesarias para su reencauzamiento. Es la denominada “etapa post legislativa”, que se caracteriza por la evaluación y reforma posterior de leyes, y a través de ella se verifica la eficacia de lo legislativamente expedido. Con esto, el autor también proporciona una herramienta de evaluación del quehacer legislativo.

Para concluir esta reseña, me gustaría reiterar que la compilación de trabajos que integran esta obra se enfoca en el análisis del punto medular del sistema jurídico: el Congreso, el cual es, como señalan los autores, más que un órgano del Estado, un órgano representativo del pueblo.

La presente obra nos delimitará efectivamente si existen herramientas para una adecuada evaluación del rendimiento institucional, y si ello implica conjugar el orden jurídico con el perfil del representante.

C

Luis Héctor PÉREZ RAMOS\*

---

\* Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM, México; [luishect9@gmail.com](mailto:luishect9@gmail.com).



REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2a. ed., Lisboa, AAFDL, 2016, 416 pp.

Na *primeira parte*, destaca-se a exposição do problema central da obra, o qual diz respeito ao estatuto e ao regime jurídico-constitucional dos direitos sociais. Seriam eles direitos fundamentais? Se sim, eles fariam jus ao mesmo regime jurídico dos direitos ditos de liberdade?

O autor formula então sua “teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais” que tem por base não só a fundamentalidade dos direitos sociais, como também um regime jurídico-constitucional único entre eles e os direitos de liberdade.

Nesse contexto, defende o autor a tese de que, sob o aspecto jurídico-constitucional, notadamente em países cuja Constituição preveja direitos sociais, não é relevante a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, havendo, porém, outras distinções relevantes, mas que não determinariam um regime jurídico específico para direitos sociais diverso do que se aplicaria aos direitos de liberdade.

Na *segunda parte*, o autor examina quatro objeções à fundamentalidade dos direitos sociais, refutando-as uma a uma na segunda parte da obra.

*Objeção 1 da reserva do possível*: a objeção de que os direitos sociais, por submeter-se à reserva do possível, não poderiam ser considerados fundamentais porque, gerando custos para implementação e a deliberação sobre os custos ser do legislador infraconstitucional, seria deste, não da Constituição, a última palavra. Assim, quem verdadeiramente garante os direitos sociais é o legislador. Logo, o cidadão não poderia com lastro nesta opor-se contra o Estado. No contexto da objeção, entenda-se “reserva do possível” como “reserva do financeiramente possível”. Novais supera a objeção argumentando: (i) os direitos de liberdade também geram custo (exemplo: direito ao voto e o custo das eleições), logo, se isso realmente tira a fundamentalidade, então não haveria direitos fundamentais consagradamente considerados; (ii) a reserva do possível não retira a fundamentalidade do direito, mas lhe

compõe intrinsecamente o conteúdo, ou seja, a todo direito, quer de liberdade quer social, que dependa para concretização de recursos, aplica-se a reserva do possível. É como se o sentido da norma constitucional fosse: “todos têm direito ao trabalho ou a uma habitação condigna à medida das disponibilidades financeiras estatais”.<sup>1</sup> Assim, para Novais, essa cláusula final da reserva do possível é “um dado natural, implícito”.<sup>2</sup>

*Objecção 2 prestações positivas:* a objeção de que os direitos sociais, por demandar prestações positivas do Estado, das quais o controle judicial é mais débil por conta da reserva do possível, da indeterminação de qual ação, entre várias possíveis, seria a adequada para concretização do direito, retiraria dos direitos sociais o caráter de fundamentalidade. O autor critica a objeção de que também os direitos tradicionalmente de liberdade comportam dimensões positivas. De outro lado, há direitos sociais concretizados por ações negativas. Outra crítica: o controle mais difícil quando a ação é positiva e a omissão viola do direito não implica nenhuma judicialidade, embora com uma margem mais obscura e estreita.

*Objecção 3 indeterminabilidade:* a objeção da indeterminabilidade dos direitos sociais forçaria sua real configuração no plano infraconstitucional, de modo que o direito, “criado” pela Constituição, estaria à inteira disponibilidade do legislador, não o vinculando. Sendo assim, não haveria falar em fundamentalidade. Novais rejeita a objeção também sob o fundamento de que os direitos de liberdade também podem ser indeterminados: “o direito ao consumo de estupefacientes enquanto ritual de culto religioso? Incluem a liberdade de livre comunicação de ideias racistas?”.<sup>3</sup>

O autor, outrossim, critica a doutrina que, em países como Portugal e Brasil nos quais a Constituição consagrou direitos sociais, sustenta, a partir de inspiração alemã, a utilidade de teorias dos *direitos derivados* e da *vedação do retrocesso*. Para o autor só fazem sentido em países como Alemanha e Estados Unidos nos quais não há previsão de direitos sociais na Constituição. A doutrina dos direitos derivados, com base na importância dos direitos sociais até para a concretização dos direitos de liberdade estes sim reconhecidos pela Constituição, seriam dotados de tal proteção que a vedação do retrocesso exigiria fundamento hábil para que o legislador

---

<sup>1</sup> Reis Novais, Jorge, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2a. ed., Lisboa, AAFDL, 2016, p. 109.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 155.

reduzisse as margens de concretização outrora efetivadas. Para Novais nas Constituições com previsão de direitos sociais a integração infraconstitucional produz uma simbiose entre norma constitucional e lei, de modo que o produto de ambas constitui o significado do direito fundamental. Não há falar em direito derivado, mas de direito constitucional. Isso não quer dizer que não possa haver retrocesso; pode, porém com fundamentação adequada a partir das reservas (reserva imanente de ponderação, reserva politicamente adequado e oportuno, reserva do financeiramente possível) que serão adiante referidas. “Ou seja, onde se lê ‘é proibido retroceder’ deveria passar a entender-se ‘é admissível retroceder, mas com limites ou com exceções’”.<sup>4</sup>

*Objecção 4 não universalidade:* segundo essa objeção, os direitos sociais não seriam fundamentais, porque teriam como alvo principal os mais necessitados (não todas as pessoas). Além disso, o único devedor seria o Estado, diferentemente dos direitos de liberdade em relação aos quais os particulares também são devedores (na medida em que a liberdade de um é limitada pela liberdade do outro). O autor destaca em oposição que a objeção se aplica também dos direitos de liberdade (exemplo: só tem direito ao devido processo legal quem é processado). Além disso, os direitos sociais aplicam-se potencialmente a todos, basta que estejam em determinadas condições (definidas com base na igualdade material). Quem hoje não faz jus, poderá fazer no futuro.

Na *terceira parte* da obra, O autor examina dois grupos de modelos que visam teorizar sobre os direitos sociais. No primeiro grupo são aqueles modelos que não reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais; no segundo, ao contrário, aqueles que lhe reconhecem jusfundamentalidade. A seguir uma rápida exposição desses modelos.

O primeiro grupo, isto é, os modelos que não reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais são mais adequados a ordenamentos nos quais os direitos sociais não têm previsão constitucional. O autor subdividiu o grupo em dois subgrupos: modelos que não admitem direito subjetivo, vale dizer, modelos que não admitem sequer pretensão subjetiva contra o Estado em matéria de direitos sociais (subgrupo 1); e modelos que a admitem, mesmo não considerando os direitos sociais como fundamentais (subgrupo 2).

No subgrupo 1, modelos que consideram os direitos sociais como natureza política, modelos que consideram os direitos sociais como normas meramente programáticas, modelos que consideram os direitos sociais a

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 259.

partir de presupuestos dos direitos de liberdade e modelos que consideram a violação aos direitos sociais como passível apenas de sanção de advertência política - controle judicial débil, não vinculativo. No subgrupo 2, modelos que reconhecem a proteção dos direitos sociais não da previsão jusfundamental propriamente dita, mas de outros princípios, modelos que reconhecem apenas a proteção do mínimo e modelos que reconhecem a proteção dos direitos sociais pelo princípio da vedação do retrocesso.

Por seu turno, no segundo grupo, lembrando, aqueles que lhe reconhecem jusfundamentalidade, temos modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na ponderação de bens, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na razoabilidade e, finalmente, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na doutrina unitária. Esse último é o modelo da “teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”, modelo desenvolvido pelo autor que será esmiuçado na quarta parte do livro.

O autor tece considerações —inclusive críticas— sobre cada um dos modelos acima elencados. Para a finalidade dessa resenha, não se entrará em detalhes de cada modelo, a não ser no que for pertinente à exposição final da doutrina unitária do autor, o que se passa a fazer na sequência.

Na *quarta e última parte*, O autor expõe seu modelo de “teoria jurídico-constitucional dos direitos sociais” baseada em duas teses: doutrina unitária dos direitos fundamentais e diferenças juridicamente relevantes.

A tese da doutrina unitária consiste na afirmação de que a distinção dos direitos fundamentais em direitos de liberdade, de um lado; e direitos sociais, de outro, não é relevante sob o aspecto jurídico-constitucional. Novais dá exemplo curioso dos direitos de greve: no Brasil é social; Portugal, de liberdade. Em ambos os países os problemas e as soluções dadas foram semelhantes. Não haveria nenhuma especificidade tamanha nos direitos sociais que justificasse um regime jurídico diverso daqueles aplicados aos direitos de liberdade. O autor reconhece a maior frequência (estatística) de problemas envolvendo a reserva do possível nos direitos sociais, mas não vê nisso nenhum fator que justifique uma dogmática diferente (regime jurídico diverso) para eles; afinal, há direitos de liberdade com custo e direitos sociais sem custo.

Para Novais —e aqui entra a segunda tese— as distinções realmente relevantes entre direitos sociais e direitos de liberdade, sob o aspecto jurídico-constitucional, seriam de três ordens: distinções oriundas (1) da

opção normativa da Constituição, (2) dos deveres estatais correlativos e (3) da estrutura positiva ou negativa da pretensão jurídica.

*Crítério 1 opção normativa da Constituição (densidade significativa):* a Constituição pode consagrar o direito fundamental, a seu talante, como comando definitivo, absoluto, preciso; ou como comando axiomático, relativo, impreciso. No primeiro caso, há uma regra; no segundo um princípio. Sendo regra, o controle do Poder Judiciário é total, cabendo intervir em caso de não cumprimento da regra dadas as circunstâncias fáticas que lhe autorizam a subsunção ao caso concreto. Sendo princípio, a situação muda. O controle judicial deve levar em conta reservas que, aplicáveis ao caso, podem justificar a omissão ou ação estatais tidas por violadoras do alegado direito. Essas reservas serão detalhadas abaixo, ao se tratar da próxima distinção relevante.

*Crítério 2 deveres estatais:* esse critério é desenvolvido ao longo do livro por Novais. Como optamos por concentrar o assunto na última parte para evitar repetições dispensáveis, de em diante, em primeiro lugar (i) será exposta a visão de Novais sobre os deveres estatais, que para ele seriam basicamente três: dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção. Estão eles presentes como correlatos a pretensões baseadas seja em direitos de liberdade seja em direitos sociais. Depois, (ii) cuidar-se-á das reservas aplicáveis aos deveres, isto é, argumentos/defesas capazes de legitimar o não cumprimento (total ou parcial) de ditos deveres. Por último, (iii) tratar-se-á de como os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito podem acorrer a um controle judicial “posterior”.

Pois bem. (i) O primeiro ponto versa sobre os deveres estatais. Uma pretensão baseada em direitos fundamentais pode gerar para o Estado o dever de respeito, de proteção ou de promoção. Para qualquer direito fundamental (social ou de liberdade), o dever de respeito é geral (para todos); o dever de proteção (para quase todos); o dever de promoção (para quem precisa). O dever de respeito é o mais geral, pois implica *abstenção* (exemplo: o Estado não pode obstar o direito à educação de quem pode pagar); o dever de proteção consiste em *regulamentação* ou *escolha política* que pode gerar efeito adverso em diferentes áreas (exemplo: entre dois direitos, a regulamentação de um, não de outro); o dever de promoção produz prestações a beneficiar os mais necessitados.

O acima consignado pode dar a impressão de que o dever de respeito é sempre negativo e os outros dois positivos. Mas não é bem assim. Embora essencialmente negativo, o dever de respeito pode ser também positivo,



exemplo: quando respeitar implica pagar indenização como no caso da desapropriação. De outro lado, proteger e promover, a despeito de essencialmente positivo, podem ser negativos, exemplo : uma vez regulamentada (proteção) ou concretizada alguma prestação material (promoção), passa-se o Estado a ter o dever de abster-se de violá-las.

Também outra impressão que deve ser excluída é a de que o dever de respeito não gera custo. Em regra, não, mas Novais cita exceção: respeito ao direito à indenização por desapropriação (custa).

(ii) No que é pertinente às reservas, podem elas ser sistematizadas de acordo com os respectivos deveres estatais de respeito, proteção e promoção. O autor trata de três reservas que podem ser alegadas para, em eventual controle jurisdicional, justificar ações estatais, positivas ou negativas. São causas que, uma vez demonstradas, restringem as margens de interferência judicial. Ei-las: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno, reserva do (financeiramente) possível. Para uma noção rápida e concisa sobre elas basta pensar que, *sendo as necessidades ilimitadas e os recursos limitados*: (a) algumas vezes realizar uma necessidade pode ser incompatível com outra (reserva imanente de ponderação); (b) realizar todas as necessidades é impossível por falta de recursos para todas sendo de incumbência do político (legislador e administrador), legitimado democraticamente que foi, eleger as prioridades (reserva do politicamente adequado ou oportuno); (c) gerando custo, algumas necessidades não podem ser atendidas diante da escassez moderada de recursos (reserva do possível).

O autor sistematiza as reservas a partir dos deveres estatais. Toda vez que se tem um direito fundamental veiculado em norma-princípio está presente a possibilidade de colisão com outros direitos fundamentais. Havendo colisão, o direito de maior peso, à vista das circunstâncias concretas, detém primazia e submete o outro, que cede proporcionalmente em favor do primeiro. Essa reserva é chamada *imanente* justamente porque se aplica a todos os direitos fundamentais. Assim, qualquer que seja o direito fundamental, pode o Estado alegar a reserva para destacar que não pode cumprir o dever de respeito a um determinado direito porque a afirmação deste colide com o de outro com maior peso na circunstância concreta. Porque geralmente não gera custo e, portanto, quase nunca lhe são aplicáveis as outras duas reservas, Novais destaca que, no mínimo, o dever de respeito está sujeito à reserva imanente de ponderação, que legitima restrições havendo colisão com o respeito a outros direitos. Por conseguinte, no momento do

controle judicial, ao analisar o cumprimento ou não do dever de respeito, deverá o juiz tomar em conta a reserva imanente de ponderação, detectando se a pretensão do particular há de ceder diante de outro direito fundamental e, a partir disso, julgar se houve ou não violação por parte do Estado.

De outro lado, a reserva do politicamente adequado ou oportuno está atrelada em especial ao dever de proteção. Justamente porque, ao regulamentar ou definir quais direitos serão protegidos (ou mais protegidos do que outros), alguns problemas aparecem: (i) há vários meios e formas de proteção; (ii) são tormentosas questões como “a partir de onde e até que ponto proteger?”; (iii) normalmente a proteção implica limitação ou restrição ao direito de outros particulares. Todas essas definições atinentes em especial ao dever de proteção, ficam a cargo da reserva do politicamente adequado ou oportuno. A consequência disso é que o reconhecimento de um espaço que não cabe ao juiz se imiscuir. Isso não quer dizer que não caiba controle, mas que tal sindicância judicial não pode entrar no mérito da escolha política, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Por fim, quando a atividade estatal gera custo financeiro ao Estado, o que normalmente está presente no desincumbir do dever de promoção, a reserva do financeiramente possível pode ter papel decisivo. A propósito, reportamo-nos ao consignado acima, quando se registraram observações sobre a objeção 1 (reserva do possível). Nesse campo, *a última palavra é do legislador/gestor, não do juiz*. Porém este tem espaço para controle em dois momentos: 1o. momento (“pertinência da invocação”): abrange três níveis: (i) se a concretização exige custos relevantes ao Estado, (ii) se o argumento da reserva do possível tem justificativa objetiva no caso, ou seja, se é pertinente, se quem alega é quem vai arcar com os custos; (iii) se há normas (constitucionais ou legais) que vedam a alegação da reserva do possível.

(iii) Existe, entretanto, mais um nível de análise do juiz. O autor considera-o uma fase posterior, isto é, depois de examinado o cumprimento ou não dos deveres estatais à luz das reservas, supondo que elas tenham sido reputadas justificadas, ainda cabe um exame relevante que incide —num segundo momento— sobre os princípios estruturantes: igualdade, confiança, princípio da vedação do excesso, da proibição do déficit. Essa análise será mais bem detalhada a seguir, na ocasião em que for explicitada a distinção relevante da estrutura positiva ou negativa do direito.

*Critério 3 estrutura positiva ou negativa da pretensão*: entenda-se (I) por estrutura *positiva* uma característica da pretensão, baseada em direitos

fundamentales, que exige para satisfacción una *acción* estatal, logo a *omisión* es *violadora*; de otro lado, (II) por estructura *negativa* o inverso: a pretensión exige un abster-se del Estado, una *omisión*, de modo que *a violación* *foi gerada por una acción* estatal. Diante disso, Novais sustenta que o controle judicial em pretensões de estrutura positiva (quando a omissão é o problema) é mais complexo e difícil. Isso porque (1) há uma *imprecisão da identificação da “omissão estatal” em matéria de direitos fundamentais*; (2) a atividade positiva exigível para suprir a violação do direito fundamental “*continua a caber ao legislador e ao poder político democráticos*”;<sup>5</sup> (3) há uma dificuldade maior em passar a omissão violadora pelo crivo dos princípios estruturantes.

(I) *Quando o controle judicial incide sobre uma omissão estatal* (e, portanto, a *pretensão é positiva*, vale dizer, *reclama um agir*), mesmo que o dever estatal (de respeito, de proteção ou de promoção) não seja cumprido de modo justificado por alguma das reservas, é possível a decretação da violação ao direito fundamental nesta *etapa posterior*. Quer isso significar que o juiz poderá declarar violadora a omissão mesmo assim com base no *princípio da proibição do déficit*. Ocorre que se trata de um princípio de difícil aplicação prática pela falta de determinação. Para Novais, o princípio estruturante da proibição do déficit comporta duas máximas (ou subprincípios): subprincípio da realização do mínimo e subprincípio da razoabilidade. Assim, quando o problema decorre de uma omissão estatal, ou seja, quando a pretensão é de estrutura positiva e o Estado omite-se no dever correlato (seja ele qual for: respeito, proteção ou promoção) por qualquer razão (reserva imaneente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno ou reserva do financeiramente possível), restará a via do princípio estruturante da proibição do déficit a nortear a atuação judicial de controle da omissão.

De outro norte, (II) *quando o controle judicial incide sobre uma ação estatal* (e, portanto, a *pretensão é negativa*, vale dizer, *requer um omitir-se*), o controle judicial é menos complexo, com margens mais objetivamente definidas. Isso porque o objeto do controle será uma *ação* (dita lesiva). Logo, já se tem uma determinação de um ato estatal violador, o que permite entendê-lo nos padrões normais de qualquer *restrição* a direito fundamental. Enfim, não haveria nenhuma diferença entre o controle judicial tradicional utilizado quando se viola um direito de liberdade por uma restrição estatal e

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 385.

o que igualmente implique uma restrição estatal a direitos sociais. Ao final, Novais enfrenta duas objeções possíveis a isso.

*Objeção 1: a indeterminabilidade dos direitos sociais* impede o mesmo controle. O autor, reconhecendo a dificuldade quanto está presente indeterminação nos direitos sociais (possível também nos direitos de liberdade, como já destacado acima), rechaça a crítica com o fundamento de que a indeterminabilidade dificulta o controle, mas pode ser superada a partir (i) de alguma determinação constitucional; (ii) de determinação legislativa; ou (iii) de respeito do mínimo.

*Objeção 2: a reserva do financeiramente possível*, sobretudo no dever de promoção dos direitos sociais, impediria o mesmo controle. O autor re-dargui com base em três pontos: (a) a reserva do financeiramente possível não muda o controle, mas incide sobre as razões/causas da justificativa da restrição. Em outras palavras, ela não elimina a restrição, tampouco o controle sobre ela, mas pode alterar o mérito do controle caso seja apta a justificar a restrição. Logo, justificada a restrição pela reserva do financeiramente possível, o mérito do controle indica a aceitação da restrição (na fase da justificativa); não justificada, o mérito do controle deve rejeitar a restrição; (b) na fase posterior (dos princípios estruturantes), a restrição, mesmo aceita por justificada pela reserva do financeiramente possível, pode encontrar óbice nos princípios geralmente incidentes nesse caso: igualdade, mínimo associado à dignidade humana, princípio da proibição do excesso; (c) muitas vezes a restrição não se fundamenta na reserva do financeiramente possível, nesses casos nem se cogitaria da objeção.

C

Ricardo APARECIDO DE SOUTO\*

Ricardo PINHA ALONSO\*\*

Rogério CANGUSSU DANTAS CACHICI\*\*\*

Thayla de SOUZA\*\*\*\*

---

\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Advogado; [ricardo.soutoadvocacia@gmail.com](mailto:ricardo.soutoadvocacia@gmail.com).

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Procurador do Estado de São Paulo; [ripial1@gmail.com](mailto:ripial1@gmail.com).

\*\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Magistrado Federal; [rogeriocangussu@gmail.com](mailto:rogeriocangussu@gmail.com).

\*\*\*\* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Advogada; [thayla@marinho.adv.br](mailto:thayla@marinho.adv.br).



CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La nulidad de la elección presidencial*, Centro de Derechos Civiles y Políticos-Tirant lo Blanch, 2018, 175 pp.

Desde las primeras páginas del libro *La nulidad de la elección presidencial*, Jaime Cárdenas Gracia nos señala que repensó el tema con una visión hermenéutica; también que tomó en cuenta distintos problemas que inciden en esta materia, entre los que destaca la legitimidad democrática de origen de los tribunales electorales.

Acerca de la legitimidad democrática de origen, hace una crítica a la actual forma en la que se nombran a las personas que integran los órganos electorales, la que, en su opinión, ha favorecido al partido político mayoritario. Afirma que el proceso de nombramiento no es un tema menor, ya que esto guarda relación con la independencia de las autoridades. Al respecto, propone un método para la elección de los integrantes de los tribunales electorales, mismo que se puede dividir en dos fases. En ellas se conjugan el carácter meritocrático y democrático —elección directa por parte de los ciudadanos—. En tanto no se implemente un modelo diferente al vigente, el autor nos advierte que no se puede hablar de procesos electorales auténticos y, en consecuencia, tampoco de procesos válidos. No obstante eso, postula que si bien el cambio que propone no asegura que los integrantes electos decidan a favor de los sectores sociales que los eligieron, lo cierto es que se disminuirá el riesgo de que sean cooptados por los poderes formales o fácticos.

También, desarrolla de manera puntual la historia constitucional acerca de la calificación de las elecciones en México; es decir, expone el conocido modelo de autocalificación, vigente durante dos siglos, y el de heterocalificación, el cual remplazó al anterior. En ambos, señala los argumentos con los que, en su momento, se buscó justificar al primer modelo; de la misma manera, describe al segundo y emite algunas críticas.

Seguido de lo anterior, en los capítulos tercero y cuarto analiza los procesos electorales de 2006 y 2012, en los que se eligieron a quienes estarían

a cargo del Poder Ejecutivo Federal. Entre otras cosas, declara que, en ambos procesos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) no realizó una lectura contextual e integral de los elementos ilícitos expuestos, principalmente por quienes presentaron los medios de impugnación correspondientes para efecto de anular la elección.

En el capítulo quinto explica cuáles son las características para que una elección sea libre y auténtica. En relación con ello, nos dice que para que un proceso electoral sea considerado constitucional y democrático se debe, por un lado, señalar que no se transgredieron principios constitucionales en materia electoral —libertad y autenticidad en una elección, por ejemplo— y, por el otro, la autoridad electoral debe vincularlos con los resultados de las elecciones —determinancia cuantitativa y causal—.

En el siguiente capítulo, emite algunas críticas relacionadas a la carga de la prueba y las facultades de investigación de oficio por parte de la autoridad jurisdiccional electoral. Al respecto, hace una severa crítica acerca de cómo actuó el Tribunal Electoral en la resolución de los medios de impugnación interpuestos en contra de los procesos electorales de 2006 y 2012, en los que decidió otorgar la constancia de mayoría y validez a Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto, respectivamente. El autor afirma que la facultad de investigación es poco utilizada por la autoridad, hecho que le permite construir una serie de argumentos que postulan que la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral mantiene una actitud conservadora, dejando así a la parte que afirma —acusa—, la carga de la prueba.

Posteriormente, desarrolla en el capítulo séptimo el problema de la determinancia, y en el capítulo ocho responde a la pregunta acerca de por qué el Tribunal Electoral mantiene una actitud conservadora. En cuanto al primer tema, Cárdenas da razones del por qué rechaza el modelo que postula la procedencia de la nulidad de una elección, sólo cuando es actualizada la causal contemplada en la Ley. De la misma manera, manifiesta el por qué prefiere el modelo principalista —el cual debe ser utilizado con cautela—, es decir, aquel que toma en cuenta los principios y razones constitucionales para utilizar la concepción de proporcionalidad y tomar una decisión. En el capítulo ocho, dice que el TEPJF mantiene posturas conservadoras debido a nuestro modelo económico, de Estado y jurídico, es decir, al neoliberalismo, tema al que dedica el último capítulo de este libro.

En el marco de nuestro contexto político actual, el tema de *La nulidad de la elección presidencial* recobra fuerza, y el doctor Jaime Cárdenas Gracia lo

replanatea de manera crítica y analítica. Con la habilidad que lo caracteriza, el autor incluye en este libro algunas de las propuestas que ha desarrollado en otros de sus trabajos académicos, como es la de edificar una forma de Estado alternativo al neoliberal, el cual postula debe hacerse a través de la democracia participativa y deliberativa, con el apoyo de modelos alternativos de convivencia política, social y económica.

C

Jessica Avelina MARROQUIN VENTURA\*

---

\* Licenciada en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, México; estudiante de posgrado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; [jessicamv20@gmail.com](mailto:jessicamv20@gmail.com).