

# CUESTIONES Constitucionales

ISSN: 2448-4881

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 44, Enero-Junio de 2021

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# 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: Ilayalí Labrada Gutiérrez y Efrén Chávez Hernández  
Formación en computadora: Edna María López García, José Antonio Bautista Sánchez, Christopher Raúl Martínez Santana, Ricardo Hernández Montes de Oca e Isidro Saucedo  
Asistente de la revista: 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-IIJ); 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); Krystian Complak (Polonia, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Wrocławski); José Ramón Cossío Díaz (México, SCJN); Héctor Fix-Zamudio (México, UNAM-IIJ); Imer Flores Mendoza (México, UNAM-IIJ); Domingo García Belaúnde (Perú, Universidad Peruana Los Andes); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala, Universidad de San Carlos); Sergio García Ramírez (México, UNAM-IIJ); 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); Jorge Madrazo Cuéllar (México, UNAM-IIJ); Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri (México, UNAM-IIJ); Mario Melgar Adalid (México, UNAM-IIJ); Ricardo Méndez Silva (México, UNAM-IIJ); Jorge Miranda (Portugal, Universidad de Lisboa e Da Universidade Católica Portuguesa); Mariela Morales Antoniazzi (Alemania, Heidelberg, Instituto Max Planck); Franck Moderne (Francia, Université de Pau et des Pays de l'Adour); Dieter Nohlen (Alemania, University of Heidelberg); José de Jesús Orozco Henríquez (México, UNAM-IIJ); Carlos Restrepo Piedrahita (Colombia, Universidad Externado de Colombia); Luis Carlos Sáchica (Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario); Fernando Serrano Migallón (México, UNAM); José Luis Soberanes Fernández (México, UNAM-IIJ); 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-IIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIJ); 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

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

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 44, Enero-Junio de 2021, 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@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 (versión electrónica) 2448-4881. Número de certificado de licitud de título: 11210. Número de certificado de licitud de contenido: 7831. Dirección electrónica: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/>.

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

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt, México). SCOPUS. Latindex. Bibliojurídica. Clase. Dialnet. Redalyc. SCIELO México. Ulrichs Web, Global Serials Directory. Hollis (Red de Revistas Científicas de la Universidad de Harvard).

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 13 de agosto de 2021

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, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## CONTENIDO

### ARTÍCULOS DOCTRINALES

La paix en tant que norme de droit fondamental dans la culture constitutionnelle colombienne . . . . .	3
<i>Peace as a fundamental right in colombian constitutional culture</i> Melba Luz CALLE MEZA	
Internet, redes sociales y libertad de expresión . . . . .	35
<i>Internet, social media and freedom of expression</i> Mauricio Augusto CALCANELO MONTS	
La jurisdicción y la institucionalidad en Venezuela: Balance y desafíos. . . . .	55
<i>Constitutional jurisdiction and democratic institutionalidad in Venezuela: Balance and challenges</i> Jesús María CASAL	
Educación: Hacia un derecho humano . . . . .	91
<i>Education: towards a human right</i> Raúl CONTRERAS BUSTAMANTE	
El diálogo jurisprudencial entre cortes constitucionales: El caso de México . . . . .	115
<i>The judicial dialogue among constitutional Courts: The case of Mexico</i> Josafat CORTEZ SALINAS	
La mediación en la sociedad de República Popular China: Comparativa con el modelo de México en el siglo XXI. . . . .	133

<i>Mediation in People's Republic of China society: comparative to the model of Mexico in the 21st century</i> Borja GARCÍA VÁZQUEZ	
¿Es posible la alianza entre el aborto legal y el federalismo? . . . <i>Is the alliance between legal abortion and federalism possible?</i> Verónica GÓMEZ	155
Los contornos constitucionales de la legítima defensa: A propósito de las acciones de inconstitucionalidad 1/2018 y 85/2017 <i>The constitutional contours of self-defense Regarding the actions of unconstitutionality 1/2018 and 85/2017</i> Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA Horacio VITE TORRES Mauro Arturo RIVERA LEÓN	179
Modelos de legitimación procesal constitucional en las entidades federativas en México: Una mirada al federalismo procesal constitucional. . . . . <i>Models of constitutional procedural legitimacy in the federal entities in Mexico: A look at constitutional procedural federalism</i> Mauro Arturo RIVERA LEÓN	213
Principio constitucional de la libre competencia . . . . . <i>Constitutional principle of free competition</i> Vladimir RODRÍGUEZ CAIRO	257
El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y fuerzas armadas en Argentina . . . . . <i>The executive always wins. Separation of powers and armed forces in Argentina</i> Gerardo TRIPOLONE	291
Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado? . . . . .	325

*The restrictions to the judicial review and the constitutional paradigm in Mexico: back to the past?*

Omar VÁZQUEZ SÁNCHEZ

### COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Corpos inquietos, sexualidades “desviantes” e o devir de novas narrativas jurídicas nas cortes constitucionais . . . . . 363

*Restless bodies, “deviant” sexualities and the becoming of new legal narratives in constitutional Courts*

Doglas CESAR LUCAS

Pamela COPETTI GHISLENI

Igualdad y acciones afirmativas: El caso del acceso prioritario a los Centros de Atención y Cuidado Infantil para la Ciudad de México . . . . . 383

*Equality and affirmative actions: The case of priority access to the Child Care and Attention Centers of Mexico City (CACI)*

Francisco Alejandro OLMOS DE LA TORRE

Crítica a la acción de inconstitucionalidad 113/2018 sobre el libre desarrollo de la personalidad en Jalisco. . . . . 395

*Criticism of the action of unconstitutionality 113/2018 on the free development of personality in Jalisco*

Jesús Francisco RAMÍREZ BAÑUELOS

### COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Breve reconstrucción histórica del surgimiento de la Hacienda Pública en la Constitución del Estado de México . . . . . 409

*Brief historical reconstruction of the emergence of the Treasury in the Constitution of the State of Mexico*

Sonia Elizabeth RAMOS-MEDINA

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- FLORES MUÑOZ, Daniel, *Jueces, democracia y sociedad. Tensiones entre constitucionalismo y democracia en el marco del Estado constitucional*, Intermilenio, 2018. . . . . 423  
 Yezid CARRILLO DE LA ROSA
- MARSHFIELD, Jonathan, *The Amendment Effect*, Boston University School of Law, 2018, pp. 55-125. . . . . 427  
 Viridiana de Jesús RODRÍGUEZ VILLALOBOS  
 Adolfo GUINART PEARL  
 Emiliano PARRA MARTÍNEZ
- CLÉRICO, Laura y GAIDO, Paula (eds.), *La Corte Genaro Carrió. Ad-Hoc*, 2019, 290 pp. . . . . 433  
 Leonardo GARCÍA JARAMILLO
- FIX-FIERRO, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 717. . . . . 439  
 Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA

## ARTÍCULOS DOCTRINALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La paix en tant que norme de droit fondamental dans la culture constitutionnelle colombienne\*

### Peace as a fundamental right in colombian constitutional culture

*Recepción:* 21 de septiembre de 2019

*Actación:* 26 de enero de 2020

Melba Luz CALLE MEZA\*\*

**RÉSUMÉ:** La crise de la violence historique en Colombie a conduit à la nécessité d'avancer dans la construction dogmatique de la signification de la paix et de ses implications pour le droit constitutionnel colombien. Afin d'approfondir sur ce sujet, on examinera la théorie kantienne de la Paix Perpétuelle, l'évolution de la perspective du contenu de la paix en tant que droit international; le débat de la paix comme un droit collectif ou fondamental dans l'ordre juridique colombienne et l'application du droit à la paix dans l'accord de paix final avec les FARC-EP et dans la justice transitionnelle en Colombie; permettant de considérer le respect de la paix en tant que norme de droit fondamental dans la culture constitutionnel colombienne.

**ABSTRACT:** *The crisis of historical violence in Colombia has motivated the need to advance in the dogmatic construction of the meaning of peace and its implications for Colombian constitutional law. In order to deepen on peace in Colombia will be considered the Kantian theory of Perpetual Peace, the advance of the perspective of the content of peace as a right from the international field, the debate of peace as a collective right or fundamental in the Colombian legal order, and the application of the right to peace in the final peace agreement with the FARC-EP and in transitional justice in Colombia; allowing to consider the observance of peace as a norm of fundamental right in the Colombian constitutional culture.*

---

\* Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (2019). Producto del Proyecto de Investigación. Código IMP DER 2928. Nueva Granada, Financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

\*\* PhD. Profesora de Teoría constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva Granada de Colombia, Doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Correo electrónico: [melba.calle@unimilitar.edu.co](mailto:melba.calle@unimilitar.edu.co). ORCID: 0000-0002-0590-6245.

**Mots-clés:** droit à la paix, droit fondamental, droit collectif, culture constitutionnelle colombienne.

**Keywords:** *Right to peace, fundamental right, collective right, Colombian constitutional culture.*

RÉSUMÉ: *Introduction. II. La paix dans la culture constitutionnel colombienne. III. Conclusions. IV. Des références.*

## I. INTRODUCTION

Dans la Colombie du XXI<sup>ème</sup> siècle, nous devons nous réjouir du fait que de larges secteurs sociaux aient participé au processus de paix et que ce mot s'emploie dans des multiples et divers scénarios. Parce que le dernier siècle colombien a été consacré à la guerre et, depuis les années 80, le terme terrorisme a été employé pour identifier les problèmes relatifs à la violence interne.

Mais c'est de nos jours, avec la Politique de Sécurité Démocratique, de l'ex-président Alvaro Uribe (2002-2010), que le terrorisme a été appliqué à toutes sortes de groupes armés, qui devaient être exterminés par la voie armée, sans différence entre ceux-ci (guérilla, paramilitaires, narco-trafiquants) puisque le caractère politique d'acteurs tels que les FARC ou l'ELN a été nié, ainsi que l'existence d'un conflit armé interne et de toute possibilité de négociation pour la réussite de la paix (Andrade Becerra, 2014).

Heureusement, en même temps, il y a eu des changements significatifs. Depuis la Constitution de 1991, la paix avait formellement fait irruption dans le Droit et la politique colombienne, et avec le processus de négociations poussé par le président Juan Manuel Santos (2010-2016), et la réussite de «l'Accord final pour la terminaison du conflit et la construction d'une paix stable et durable» (Alto Comisionado para la Paz, 2016), la paix est devenu un sujet principal dans les domaines politique et académique. Cependant, d'une certaine manière, nous sommes allés d'un extrême à l'autre, maintenant on abuse de cette locution que, dans les dernières années, est placée comme un sorte de sous-titre de n'importe quel séminaire, congrès ou rencontre tenu dans les universités locales, sans de plus grandes précisions.

Ici, il est nécessaire de continuer à approfondir sur la signification et le contenu de la paix comme un droit humain et fondamental dans la culture juridique colombienne. En plus, des progressions très significatives se sont produites en cette matière, par exemple, sur le lien entre l'Accord Final et le droit à la paix de l'article 22 de la Constitution; cependant le débat est pleinement actuel.

Pour approfondir sur la portée la paix, en tant que norme juridique et droit fondamental, il faut obligatoirement commencer pour approcher le Droit Constitutionnel à la philosophie et à l'éthique (Rincón Covelli, 1995). Cela ne veut pas dire que nous tous devons être des philosophes purs, mais il est nécessaire de faire attention aux philosophes, tel que Emmanuel Kant lui-même l'a proposé dans son essai sur La Paix Perpétuelle, publié en 1795:

Cette inscription satirique, qu'on lisait sur l'enseigne d'un aubergiste hollandais où était peint un cimetière, s'applique-t-elle aux hommes en général, ou particulièrement aux souverains, toujours insatiables de guerre, ou bien seulement aux philosophes qui se livrent à ce doux rêve? C'est ce qu'il est inutile d'examiner. Mais les politiques pratiques s'étant mis sur le pied de traiter du haut de leur dédain les politiques théoriciens comme des pédants à idées creuses, incapables de porter le moindre préjudice à l'État, qui doit tirer ses principes de l'expérience, ou comme des joueurs inexpérimentés auxquels, pour peu que l'on soit habile, on peut rendre presque tous les points, sans s'inquiéter du résultat, l'auteur de cet écrit demande que, dans le cas où les opinions qu'il se hasarde à publier ne conviendraient pas à ces politiques si dédaigneux, ils veuillent bien se montrer conséquents avec eux-mêmes, en n'y cherchant pas quelque danger pour l'État; —clause de salut (*clausula salvatoria*)— par laquelle il prétend expressément se garantir, en bonne forme, de toute interprétation malveillante (Kant, 1998: 3 y 4).

De la même manière, il faut avancer dans une construction dogmatique solide sur la signification de la paix et de ses implications pour le Droit constitutionnel colombien.

Conformément à cette conception, dans cet article l'on étudiera, dans une première partie, les fondements de la paix comme droit subjectif à la lumière de la théorie Kantienne proposée dans l'œuvre sur la *Paix Perpétuelle* et ses développements. Ainsi on percevra que le caractère universel des droits de l'homme est la route au moyen de laquelle la subjectivité

normative du citoyen est intégrée dans le Droit International parce que le citoyen est configuré comme une personne protégée en face de l'État même par des mécanismes procéduraux et exécutifs de portée internationale. Et l'on analysera les deux conceptions du droit subjectif à la paix, c'est-à-dire, le droit à la paix politique ou l'opposition à la guerre en ce qui concerne le droit à ne pas être traité comme ennemi, le droit au désarmement et le droit à l'objection de conscience militaire; et le droit à la paix sociale, qui s'oppose à n'importe quelle autre forme illégitime de violence outre que la guerre. Dans la deuxième partie, l'on expliquera que selon le Droit Positif Colombien, le problème principal de la paix comme droit subjectif retombe sur les mécanismes procéduraux pour le faire exigible, tels que l'action de tutelle, qui n'est pas applicable à moins que la violation d'un contenu soit configurée en tant que «*prestacional*»<sup>1</sup> défini selon la Cour Constitutionnelle.<sup>2</sup> Pour cette raison, quant à la paix comme une norme juridique et un droit fondamental, la meilleure interprétation de l'article 22 de la Constitution de 1991 se pose ici, celle-ci devrait s'appuyer sur la distinction entre la paix comme norme de droit fondamental et les droits subjectifs dérivés ou attribués à la paix, qui peuvent être développés par la doctrine de la Cour Constitutionnelle, selon les cas concrets (Calle Meza, 2014: 174-186).

### 1. *Fondement du droit à la paix*<sup>3</sup>

La paix en tant que droit humain continue à être un sujet discuté au XXI<sup>e</sup> siècle. Selon certaines personnes, il est certain qu'il existe et elles le placent dans la catégorie de nouveaux droits dans le domaine d'une nouvelle génération de droits, avec quelques traits particuliers ; mais, d'autres affirment que la paix ne réunit pas les caractéristiques authentiques des

---

<sup>1</sup> La Cour Constitutionnelle colombienne a défini la caractéristique «*prestacional*» des droits économiques, sociaux et culturels comme un élément propre des droits programmatiques, c'est-à-dire ceux qui appellent une action positive de l'Etat. Ainsi, afin de garantir l'efficacité de ces droits, l'État doit mettre en place les politiques publiques à travers lesquelles sont décrites les conditions de jouissance des droits. *Cfr.* Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 585-2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T 585-2008*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

<sup>3</sup> Cette section est une traduction non publiée de certaines des idées exprimées lors de la conférence de Melba Luz Calle Meza (2020: 170-187)

droits de l'homme. Pour contribuer à éclairer la question, avec un critère inductif, l'on commencera ici par une approche à la paix depuis la philosophie du droit et de ses fondements philosophiques sur la base de la théorie de la paix de Kant pour concrétiser les caractéristiques de la paix comme droit humain et ses limites. Ensuite, l'on fera référence au traitement de la paix dans le Droit international et aux déclarations sur le droit à la paix.

### A. *La paix dans une perspective de la philosophie du droit*

Par rapport aux contributions du Droit pour la garantie et l'efficacité de la paix, des penseurs comme I. Kant et H. Kelsen ont formulé des concepts de grande importance (Garrido Gómez, 2011: 31-46). D'après KANT, la sécurité juridique est donnée par «l'ensemble de conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un est harmonisable avec celui de l'autre selon une loi générale de la liberté» (Kant, 1989). Et les sociétés doivent, à partir de l'instauration d'états organisés en républiques, passer à la fédération et après à l'État cosmopolite pour obtenir la paix durable et stable. Mais Kant (1989: 23) ne reste pas dans la théorie, mais il propose un modèle de traité de la paix dans lequel les conditions préliminaires et définitives s'établissent pour abolir la guerre. D'autre côté, Kelsen (1959) développe sa théorie sur le pacifisme à partir du concept d'autonomie des états par des traités basés sur la souveraineté juridique. Les deux philosophes du Droit conçoivent la paix comme un objectif qui ne peut pas s'accomplir de manière rapide, mais il faut un processus lent et progressif. Un auteur contemporain de référence obligée est Ferrajoli (2011: 19-24), qui dans son «*Principia iuris*», reflète les traits principaux de son pacifisme et distingue entre un réalisme à court terme (maintenance du *statu quo*) et un à long terme, dont ils assument que la survie de notre espèce dépend des conditions politiques et sociales effectives pour une cohabitation pacifique qui passe pour le plein respect des droits de l'homme. D'où le caractère performatif de la science juridique qui ne doit pas se limiter à décrire la réalité, mais qui doit essayer d'influer sur elle, selon Ferrajoli (2011: 31-40).

a) *Le droit humain à la paix selon la théorie kantienne de la paix*

Comme droit individuel, la paix doit se limiter à des facultés ou des intérêts juridiquement protégés par l'ordonnance juridique positive tant dans les relations des individus entre eux-mêmes, que de ceux-ci avec l'État (Vega López, 2009). Depuis cette perspective, la paix appartient à celle dénommée troisième génération de droits de l'homme, les droits de solidarité, ceux qui, même s'il sont exigibles de l'État, sont essentiellement caractérisés car ils réclament l'effort conjoint de la société pour devenir une réalité «ils ne peuvent être réalisés que pour la conjonction des efforts de tous les acteurs du jeu social: l'individu, l'État, les entités publiques et privées, la communauté internationale» (Vasak, 1997: 1648-1679).

Selon le philosophe du Droit Vega (Vega López, 2009: 269), c'est le caractère universel des droits de l'homme la route au moyen de laquelle la subjectivité normative du citoyen est intégrée dans le Droit international, car le citoyen est configuré comme personne protégée même en face de l'État même, par des mécanismes procéduraux et exécutifs de portée internationale.

Or, dans le domaine de la paix et celui des droits de l'homme deux diverses acceptions doivent être ditiguées, le droit à la paix politique, qui s'agit de l'opposition à la guerre, et la paix sociale qui s'oppose à n'importe quelle autre forme illégitime de violence différente de la guerre (Vega López, 2009: 270).

b) *Le Droit à la paix politique*

La guerre est l'agression institutionnalisée entre des États armés, elle constitue un phénomène essentiellement politique, aussi dans les guerres civiles internes de l'État.

La prohibition juridique de la guerre par la Charte de l'ONU est formellement dirigée aux États et, pour cette raison, sa fin est une paix de nature politique. Comme droit de l'État, le droit à la paix consisterait donc au droit de pas être agressé violemment par un autre État et d'exiger de celui-ci l'usage de procédures pacifiques pour la résolution de n'importe quelle controverse.

La paix politique est une condition nécessaire pour la maintenance des droits de l'homme des individus appartenant aux états impliqués dans

n'importe quel conflit, des droits qui restent nécessairement anéantis en situation de guerre.

Le droit à la paix politique comme droit humain consiste à la protection de l'individu contre la guerre, et non plus dans la guerre. C'est-à-dire, c'est un droit en face de l'État auquel il appartient, un droit politique en tant que citoyen.

Son contenu général pourrait être redirigé au principe général qui régit, selon Kant, le droit cosmopolite: le principe d'hospitalité universelle, défini comme le droit de à ne pas être traité hostilement par le seul fait d'être étranger, c'est-à-dire, à ne pas être traité comme ennemi.

#### c) *Le droit à ne pas être traité comme ennemi*

Tenant compte que la catégorie d'ennemi émerge dans la guerre, car il s'agit d'une institutionnalisation politique de la mort des citoyens d'autre État, étant réciproquement sous la catégorie d'agresseurs et de défenseurs. Le contenu du droit à la paix politique comme droit de l'homme serait en premier lieu: ne pas pouvoir être traité comme citoyen ennemi dans les relations entre des états, et, ne pas figurer comme un objectif politique à exterminer de la part d'aucun État, ce qui est seulement possible si les relations de guerre s'éteignent entre les États mêmes.

#### d) *Le droit au désarmement*

Le deuxième droit dérivé du droit à la paix politique c'est le droit au désarmement, le droit de l'individu face à l'état à exiger la suppression de l'armement.

Ce qui inclut, selon KANT, la suppression globale des armées, une règle que j'estime exagérée car les armées sont nécessaires pour la défense de l'État et la construction de paix.

Le droit au désarmement exigerait à l'État la participation dans des actions internationales coordonnées de désarmement sur le contrôle de la production et stockage des armes pour arriver à leur destruction totale.

#### e) *Le droit à l'objection de conscience militaire*

Les deux éléments précédents ont une influence sur le droit à l'objection de conscience militaire, le droit à ne pas être recruté comme soldat, à la désobéissance civile, à ne pas participer aux activités armées ou à la

fabrication d'armements, le droit à ne pas être objet de propagande militaire. Ces droits sont formulés comme tous dans la perspective d'une paix perpétuelle, durable et définitive.

Mais la paix politique n'est pas condition suffisante pour la vigueur des droits de l'homme puisque la paix politique peut être donnée comme absence de guerre sans pour autant respecter les droits humains. Pour cela, il est nécessaire que la violence sociale injuste disparaisse dans toutes ses formes, c'est-à-dire que la paix sociale arrive.

### f) *Le Droit à la paix sociale*

Le droit à la paix sociale consiste à la protection de l'individu en face de toute forme de violence injustifiée ou illégitime. C'est un droit d'ordre social ou économique dans la mesure où il parle de la création de conditions matérielles de vie qui déplacent les situations présentes de violence dans le cadre de cohabitation des individus et qui garantissent que ceux-ci peuvent avoir une conduite pacifique.

Son contenu s'appuie sur le droit du citoyen à ce que l'État adopte les mesures normatives et exécutive nécessaires pour la prévention et éradication de toutes les modalités de violence sociale interne par des procédures de pacification légitime, basés sur l'usage rationnel de la force par des mécanismes juridiques, afin de garantir la sécurité personnelle et juridique des individus.

Le droit à ce que l'État dirige son action à l'élimination des inégalités, déséquilibres et injustices sociales et économiques qui sont à la base de la violence sociale. Il se rattache au droit à l'égalité, à la solidarité, au développement, à la protection de l'environnement, à l'aide humanitaire.

Et comme droit dérivé, à son tour à la paix sociale, nous aurions le droit à un recours judiciaire efficace ou aux moyens pour la résolution pacifique de conflits.

## B. *La paix comme droit humain et ses limites*

Les droits de l'homme se comprennent comme «droits subjectifs basiques des êtres humains» selon lesquels il existe «des raisons morales pour reconnaître et protéger avec un caractère universel et absolu» (Rodríguez-Toubes Muñoz, 2006: 16).

Selon cette définition, que nous invoquons ici, les caractéristiques basiques des droits de l'homme seraient:

Droits subjectifs des êtres humains: c'est-à-dire, les droits de l'homme ne sont pas des simples prétentions, mais ils sont des droits authentiques parce que quand leurs titulaires exigent leur respect il y a des personnes ou institutions qui sont obligées à les satisfaire, c'est-à-dire qu'il y a toujours quelqu'un qui a un type de devoir agir dans l'intérêt de celui qui exerce le droit. Cependant, cela ne veut pas dire que tels droits aient une garantie juridique ou qu'ils puissent se faire valoir, toujours et tous, devant les tribunaux. D'autre part, ils se rapportent aux êtres humains, donc, ils n'excluent pas les droits des animaux ou des institutions.

Il existe des raisons morales pour les reconnaître et pour les protéger. Ce qui signifie que ce n'est pas seulement des droits de l'homme ceux qui sont positivisés dans les Constitutions, lois ou traités, mais d'autres droits étrangers à cette positivisation peuvent l'être.

Ils sont basiques et doivent se reconnaître et se protéger avec un caractère universel et absolu. Qu'ils soient basiques, signifie qu'ils sont centraux et fondement d'autres droits. Leur universalité implique qu'ils ne dépendent pas du contexte juridique local pour exister et que leurs titulaires ne sont pas sujets déterminables mais génériques: tous les êtres humains. Leur caractère absolu suppose que les raisons morales de l'obligation de les protéger pèsent plus que toute autre raison. C'est à dire, le contenu des droits de l'homme n'est délimité qu'au moyen de certaines exceptions à l'obligation morale de les respecter, mais il n'y a plus de limites à cette obligation.

En ce qui concerne la paix comme droit humain, il faut souligner d'abord que c'est une prétention peu consolidée dans la théorie des droits de l'homme. Cela revient à la traduction à la théorie des droits de l'homme des thèses pacifistes selon lesquelles les États ont le devoir moral d'éviter la guerre devant les risques créés par les armes nucléaires, de destruction massive, etcétera.

Les problèmes principaux à déterminer si la paix est un droit de l'homme seraient, selon le professeur Rodriguez-Toubes (2006: 15-50), les titulaires; le sujet obligé; le contenu du droit et le devoir corrélatif et, finalement, les devoirs qui exceptent et délimitent le droit.

a) *Le contenu du droit à la paix et son devoir corrélatif*

Au sens strict, il s'agit du droit à ce que la paix entre les États ne soit pas brisée ; le droit à ce qu'une guerre ne soit pas entreprise; le droit à ce que l'on respecte et procure la résolution non violente des conflits internationaux. Et le devoir corrélatif consiste à maintenir l'attitude de non-violence entre les États.

b) *Le sujet obligé*

Le droit à la paix doit-il être satisfait par qui? La réponse la plus simple consisterait à ce que nous sommes tous, les êtres humains et les États, chacun dans la mesure de ses responsabilités et possibilités, comme il arrive avec la majorité des droits de l'homme. La paix n'oblige pas seulement l'État mais les particuliers, nous avons tous le devoir d'essayer de respecter le droit à la paix.

d) *Les titulaires du droit*

Ce n'est pas un droit des États parce que la paix est un droit des êtres humains. Dans ce point, Rodriguez-Toubes (2006: 16) affirme, si le droit à la paix est revendiqué par une intention d'efficacité, il doit être articulé en tant que droit exerçable par des individus et non par des collectifs imprecis.

e) *Les limites du droit à la paix*

C'est le sujet le plus complexe et polémique de la paix en tant que droit. Selon Rodriguez-Toubes (2006: 16), la paix ne consiste pas au droit, simplement formulé, à ce que les États se rapprochent pacifiquement, mais au droit à ce que les États se rapprochent sans violence, s'il n'y a pas de circonstances dans lesquelles la violence est justifiée et il est plus important de l'appliquer même avec la guerre, l'une de ces exceptions est l'intervention humanitaire. Cette opinion sur le droit à la paix qui trouve sa limite dans la guerre d'intervention armée pour la protection des droits de l'homme est contraire au pacifisme d'auteurs comme L. Ferrajoli pour qui:

... la qualification de la guerre comme inévitable instrument de garantie des droits exprime une opposition absurde entre des droits et un droit, entre la

substance et la forme de la tutelle des droits de l'homme. Parce que la guerre est la négation du droit ou du juridique, et pour cela, essayer de garantir les droits de l'homme, qui ont la forme du droit, au moyen de la guerre qui est sa négation, est une opposition absurde (Ferrajoli, 2011: 45).

### *C. La paix dans le contexte international: paix, insécurité et mondialisation*

Selon M. Garrido (2011: 33), le droit à la paix s'est frayé un chemin, mais il reste beaucoup à faire car il demande une plus grande officialisation dans les instruments juridiques compétents afin de réduire les grandes difficultés pour réussir à ce qu'il ne soit pas violé. Par conséquent, le Droit pour contribuer à la réussite d'une paix effective, dans une époque marquée par une grande insécurité provenant de la menace nucléaire, la dégradation de l'environnement, l'utilisation de l'ingénierie génétique ou de l'informatique, entre autres facteurs de la « société du risque ». Pérez Luño (1991: 48) signale que la sécurité juridique réclame une certitude d'existence et connaissabilité, mais de plus, il est nécessaire que le Droit ait une efficacité régulière, celle qui, sans être satisfaite, laisse la certitude dépourvue de sens. Dans le domaine du Droit international en vigueur, on apprécie que les communautés nationales qui ne disposent pas d'un droit interne efficace et articulé ne participeront pas au processus de mondialisation, mais comme des simples affectées passives, à moins qu'elles disposent d'un ordre juridique efficace, avec un État bien articulé et implanté. Or, les tendances de l'actuel Droit international sont dirigés à défendre les intérêts privés qui revêtent une apparence externe de forme publique. Ce phénomène requiert d'un soutien de la souveraineté des états sur la considération de l'intérêt public et du bien commun universel. Et le renforcement des obligations positives de ceux-ci dans la réalisation efficace des droits de l'homme de surpasser les inégalités et les effets nocifs de la mondialisation. De la même manière, le Droit international doit être un mécanisme apte pour construire un nouveau constitutionnalisme mondial capable de garantir les Chartes de droits fondamentaux en vigueur dans la communauté internationale (Pérez Luño, 1991: 48).

a) *La paix dans la Charte des Nations unies*

Le premier soutien du droit à la paix se trouve dans la Charte des Nations Unies, Article 2.3 qui établit l'obligation de résolution pacifique de controverses et l'Article 2.4 qui interdit la menace de l'usage de la force dans les relations internationales. J. Saura (2011: 47-66) observe que le noyau dur est le droit de tous de vivre dans un cadre d'absence de conflit armé international et ladite proposition normative est protégée comme une obligation juridique des états en tant que sujets du Droit international.

Ces normes sont considérées principes fondants de la part de la doctrine, la jurisprudence et la communauté internationale, de manière à ce que la prohibition de l'usage de la force armée dans les relations internationales oblige tous les états, puisque la Charte a été ratifiée par les 193 États membres des Nations Unies. Cependant, le même système établit son exception dans le cas de la légitime défense face à une attaque armée préalable, autorisée par le Conseil de Sécurité.

b) *Des déclarations des droits de l'homme à la paix*

La formulation du droit humain à la paix n'est pas nouvelle. Il existe des diverses initiatives internationales avocation universelle dirigées vers sa proclamation: (i) La Déclaration sur le Droit des Peuples à la Paix. (ii) L'Arrêté 39/11 de l'Assemblée Générale de l'ONU du 12 novembre 1984. (iii) La Déclaration de droits de l'homme émergents, décrétée à Monterrey le 01 novembre 2007. (iv) La Déclaration de Santiago le Droit humain à la Paix du 10 décembre 2010. Ces instruments ont le mérite de profiler un nombre élevé de droits spécifiques qui dérivent de l'affirmation du droit à la paix, les uns de portée générale et un noyau de droits dans un sens strict, ainsi: a) le droit à l'éducation dans la paix et les droits de l'homme; le droit à la sécurité humaine et à un entourage sain et sûr; le droit à émigrer et à participer; les droits ou les libertés civiles classiques; le droit au développement et à l'environnement durable; les droits des personnes dans une situation particulière de vulnérabilité. Et b) un noyau dur de la paix: le droit à vivre dans un environnement sûr et sain; le droit à la désobéissance et à l'objection de conscience en face des actions qui sont menaces contre la paix; le droit à la résistance à l'oppression; le droit au désarmement; le droit au refuge; les droits des victimes de violations des droits de l'Homme.

c) *La declaración del derecho a la paz aux Nations Unies*

L'Assemblée Générale des Nations Unies dans l'Arrêté 71/189, du 19 décembre 2016, a adopté le projet de Déclaration sur le droit à la paix, qui lui avait proposé le Conseil des droits de l'homme en 2016. L'Assemblée Générale a accueilli 85% du modèle proposé par l'Association espagnole du droit international des droits de l'homme (AEDIDH), créée en 2004.<sup>4</sup>

La déclaration définit la paix comme la condition pour la jouissance de tous les droits de l'homme universellement reconnus, dont les droits au développement durable et à l'environnement. Les titulaires sont toutes les personnes, groupes, peuples, minorités, et toute l'humanité, et les débiteurs sont principalement les États. Et les droits dérivés de la paix seraient le droit au désarmement, à l'éducation dans la paix et dans les droits de l'homme et le droit à résister contre l'oppression qui implique l'objection de conscience militaire. Cela constitue la désobéissance aux ordres contraires à la Charte des Nations Unies, au droit international humanitaire et aux droits de l'homme, sans que cela constitue un délit militaire. Finalement, le droit au développement et à un environnement durable. Et, il y a un dernier article sur l'implémentation de ladite déclaration qui exige aux états l'adoption de mesures pour le respect efficace de la déclaration.<sup>5</sup>

Toutefois, 474 organisations de la société civile ont rejeté la déclaration adoptée par l'Assemblée Générale. Selon elles, elle ne reconnaît en effet ni le droit humain à la paix ni ses conditions principales. L'Arrêté 71/189 de l'Assemblée Générale n'a pas non plus réuni le consensus des États, dans la mesure où elle a été adoptée à 131 votes pour, 34 contre et 19 abstentions. Consciente que la déclaration adoptée peut encore être améliorée, l'Assemblée Générale a décidé d'étudier à nouveau la promotion du droit à la paix en 2018.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Federación Mundial de Trabajadores de Servicios Públicos. (2017). *La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre el Derecho a la Paz*. Recuperado el 28 de junio del 2020, disponible en: <https://publicservices.international/?lang=es>.

<sup>5</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2017), disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/589c723c4.html>.

<sup>6</sup> Federación Mundial de Trabajadores de Servicios Públicos (2017). *La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre el Derecho a la Paz*. Recuperado el 28 de junio del 2020, disponible en: <https://publicservices.international/?lang=es>.

## II. LA PAIX DANS LA CULTURE CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE

### 1. *Culture constitutionnelle et guerre*

Pour F. Mayor Zaragoza (1994: 45) l'idée de la culture est l'ensemble d'éléments symboliques, esthétiques et significatifs qui forment la chaîne de notre vie. C'est-à-dire, la culture comme comportement quotidien qui reflète les impacts du contexte dans lequel il est vécu.

Nous adoptons ici le concept de culture au sens moderne, considérée comme une réalité objective car elle va au-delà des individus, qui enveloppe et fournit des directives comportementales. Une idée culturelle qui atteint son sens le plus positif quand elle souligne les fonctions de canalisation et façonniers des courants humains individuels et sociaux. Parce que la spécificité des cultures humaines, par rapport aux cultures animales, est leur dimension normative et historique. Autrement dit, la capacité de l'environnement culturel de transformer les actions de quelques générations sur qui les suivent. Et si nous ajoutons l'adjectif constitutionnel, nous nous référons à la culture qui naît en synchronisation avec les idées de l'État et individu, qui sera le futur protagoniste et le principal soutien des droits fondamentaux (Calle Meza, 2010: 25).

Cependant, les Colombiens avons promu pendant trop longtemps la culture de la guerre, celle qui a fait partie du système d'agir et de penser transmis des générations à d'autres durant plus de deux siècles. Pour cette raison, le temps de construire une culture de paix est une tâche qui nous prendra toute notre existence comme nation parce que la paix positive, l'harmonie et la justice sociale ne surgiront pas directement de l'accord de paix final signé avec les FARC-EP en 2016 (Accord Final), mais d'un processus lent de construction de paix, dont le support principal est la promotion et garantie des droits de l'homme (Huertas Díaz, 2017).

Ceci dit, le président de la Colombie pourrait-il revenir à la guerre contre la guérilla des FARC? De même, un citoyen colombien pourrait-il dans un exercice du droit à la paix réussir à ce que le juge oblige au prochain Président à respecter l'Accord Final? La réponse actuellement, sur la base du Droit positif en vigueur, selon la disposition de la Sentence C-630 de 2017 (Guerrero Pérez y Lizarazo Ocampo, 2017), c'est que les trois prochains présidents de la Colombie ne peuvent pas manquer à l'Accord Final. Et, dans cette ligne d'interprétation, nous considérons ici, les

ciotens colombiens pourrions interjeter une action de tutelle devant la Cour Constitutionnelle, pour qu'elle décide si du droit à la paix et du devoir de respecter l'Accord Final, en tête des pouvoirs publics colombiens, dérivent des droits corrélatifs et subjectifs des citoyens, dont la garantie dépend du respect de l'Accord Final.

La Cour Constitutionnelle a réalisé le contrôle préalable de constitutionnalité à l'Acte Législatif 02/2017, de réforme constitutionnelle par le Congrès de la République, par lequel un article transitoire a été ajouté pour donner une stabilité et une sécurité juridique à l'Accord Final. Elle a déclaré constitutionnelle la réforme et ses dispositions avec ce qu'il a été considéré comme «blindé» juridiquement (Cuervo, 2017), bien que le Haut Tribunal ait fait certaines précisions sur la nature juridique de l'Accord Final, une convention qui ne fait pas de partie du bloc de constitutionnalité et, donc, elle a besoin d'une implémentation et un développement législatif.

L'Acte Législatif a établi dans l'article 1.2 le caractère obligatoire du respect de l'Accord Final:

... Les institutions et les autorités de l'État ont l'obligation de respecter de bonne foi ce qui a été établi à l'Accord Final. Par conséquence, les actions de tous les organes et les autorités de l'État, Et dans l'article 2, elle a établi que le dit caractère obligatoire compromettrait jusqu'à trois périodes présidentielles postérieures à sa signature: l'Acte présent législatif est en vigueur à partir de sa promulgation et jusqu'à la fin des trois périodes présidentielles complètes postérieures à la signature de l'Accord Final (Corte Constitucional. (2017a).

La Cour Constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité de cet article et un rapport d'a compliménté de l'Accord Final a établi:

L'article 2<sup>ème</sup> incorpore un principe de stabilité et de sécurité par rapport à ce qui est établi «jusqu'à la fin des trois périodes présidentielles postérieures à la signature de l'Accord Final». Ce principe est déférent avec les buts de l'Accord et fait possible son implémentation avec respect des compétences des autorités et des organes de l'État sur le plan national et territorial. Cette interprétation d'une matière si délicate et nouvelle entre nous, son acceptation et obéissance, dépendent en grand partie de la compréhension du nouveau système juridique dans lequel la Cour Constitutionnelle est productrice des normes juridiques du respect obligatoire pour tous les pouvoirs publics, car notre ordonnance n'est plus exclusivement législative, mais l'organisation étatique et le Droit se développent et construisent d'une manière perma-

nente, non seulement au moyen des lois, mais au moyen des décisions de la Haute Cour, en tant qu'interprète maximale de la Constitution, et comme telle, avec un pouvoir créateur de droit, au moyen de l'institut du précédent constitutionnel. La Cour Constitutionnelle colombienne est, depuis cette approche, comparable avec la Cour Suprême des États-Unis (Corte Constitucional, 2017a: 1).

Cependant, assimiler la portée de cette transformation du système juridique colombien a besoin d'un changement dans la culture juridique, thèse du présent écrit, car il fait le droit à la paix comme norme de droit fondamental.

Pour atteindre la paix positive, l'harmonie sociale en Colombie, en plus de la cessation d'hostilités obtenues avec l'Accord Final c'est-à-dire pour que cet Accord s'accomplisse par les pouvoirs publics pendant les trois prochains mandats présidentiels, il faut, entre autres aspects fondamentaux, la modernisation ou la mise à jour de la pensée juridique locale c'est-à-dire de notre culture juridique.

Pour défendre cette thèse, il faut d'abord signaler qu'ici la conception de culture juridique s'inspire par G. Tarello (2002), qui identifie ces éléments dans sa définition de culture juridique: (i) L'ensemble de doctrines et de systèmes conceptuels (dogmatique). (ii) L'ensemble d'interprétations des opérateurs juridiques (jurisprudence). (iii) L'ensemble d'intérêts des juristes (politiques construites par les juristes).

Mais, comment la culture juridique se rattache-t-elle exactement à la paix ou à la guerre? Notre réponse est liée avec la relation de la culture juridique avec la cohésion sociale, et peut se résumer ainsi: Dans quelle mesure la doctrine, la jurisprudence et les politiques des juristes colombiens contribuent-elles à créer une cohésion sociale?

À ce qu'il faudrait répondre que la contribution de la culture juridique à la guerre ou à la paix en Colombie est relative à l'époque historique.

Dans la période fondatrice, à la fin du XIXe siècle et jusqu'à la fin du XXe siècle, la culture juridique colombienne a eu un caractère réellement prémoderne, spécialement quant à la garantie des droits, et a favorisé la violence et la guerre. Cela a été ainsi malgré son formalisme démocratique et légaliste, dans quelques aspects importants, comme le fait que les gouvernements étaient civils et choisis par suffrage populaire. Selon la tradition juridique et la politique colombienne, la paix ne se rattachait pas directement à la garantie de droits mais à la stabilité des institutions ce qui

a été possible, durant trop de périodes présidentielles, au moyen de l'état de siège prolongé et pratiquement sans des contrôles politiques ou judiciaires. Ces pratiques juridico-politiques corrompues ont pu être consolidées avec l'aide d'une conception particulière du droit comme un système juridique occlusif, et déconnecté de la réalité, résultat de la juxtaposition d'une compréhension exégétique, conceptualisé et jus-naturaliste du Droit (Calle Meza, 2014: 657-692).

Pendant, durant la décennie de 1990, la Colombie a commencé une transformation profonde, elle l'avait déjà tenté dans les années trente (Calle Meza, 2014: 199-214), avec le surgissement de ce qui a été nommé «Nouveau Droit» (García Jaramillo, 2008: 289-330), poussé par la promulgation de la Constitution de 1991, un authentique traité de paix (Lemaitre Ripoll, Julieta, 2011: 144-145), dans lequel la Colombie a surgi comme état social de droit, et un catalogue large et authentique de droits fondamentaux a été adopté, entre ceux-ci, le droit-devoir à la paix. Et la Cour constitutionnelle a été créée comme interprète maximale de la constitution et garante de ces droits, en plus, des actions constitutionnelles ont été instaurées en tête des citoyens pour exiger la protection de leurs droits, tels que l'action de tutelle, les actions populaires et de groupe.

## 2. *Une transformation de la culture constitutionnelle et de paix*

Depuis ce processus constituant et avec la promulgation de la Constitution de 1991, le droit à la paix a commencé à se développer dans le droit positif colombien (Calle Meza, 2017). À partir du préambule, la paix a commencé à se configurer comme un principe promoteur de la transformation de la culture juridique: «Le peuple de la Colombie, afin de renforcer... la cohabitation... et la paix... à l'intérieur d'un cadre juridique, démocratique et participatif qui garantit un ordre politique, économique et social juste...».

Cela étant, l'idée de la paix a une grandeur importante et, comme norme juridique, est caractérisée par son caractère abstrait. Ce qui n'a pas été modifié par le fait de ce qu'elle ait été écrite dans la Constitution.

En réalité la Constitution colombienne développe textuellement différentes dimensions de la paix. Par exemple, dans l'article 2, on parle de la paix comme une fin de l'État. « Ce sont des fins essentielles de l'État ... assurer la cohabitation pacifique et la vigueur d'un juste ordre»; dans

l'article 22, elle est consacrée comme devoir droit, «La paix est un droit et un devoir du respect obligatoire.» Dans l'article 95 on insiste sur son caractère de devoir corrélatif aux droits, «l'exercice de droits et de liberté reconnus dans cette Constitution implique des responsabilités. 6. Tendre à la réussite et la maintenance de la paix» Par conséquence, de la seule lecture exégétique des textes nous ne pouvons pas conclure quelle en est la nature de la paix, puisque nous ne pouvons pas établir s'il s'agit d'un principe, une fin, un droit, et, dans ce dernier cas, si ce sont des droits de l'homme individuels, ou de caractère collectif, quel est son contenu, qui sont les obligés à le satisfaire.

Par conséquence, pour approfondir dans le caractère de norme juridique de la paix, c'est-à-dire, pour nous approcher à savoir ce que la paix dans le Droit colombien ordonne, interdit ou permet, nous devons nécessairement nous appuyer sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle. À ce sujet, il faut remarquer que l'une des grandes transformations de la culture juridique colombienne est l'introduction de la figure du précédent ce qui, selon que nous affirmons ici, a signifié une approche de notre système juridique traditionnel, appartenant à la famille de «*civil law*», ou continental, au système juridique du «*common law*» (David, 1968) Sur cette matière, il y a eu un débat intense dans la branche juridictionnelle colombienne et la doctrine, et même, à l'intérieur de la Cour Constitutionnelle, mais actuellement, il y a une forte tendance de consolidation de la figure du précédent rapportée à l'interprétation des sentences qui ont été prononcées par ce Haut Tribunal (Bernal Pulido, 2008: 82-94).

### 3. *La paix comme norme de droit fondamental et les droits subjectifs rattachés à la paix dans le Droit positif colombien* (Calle Meza, 2020)

Conformément à l'étude de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne, on considère ici que la paix est passée d'une faible position, dans les premières années, dans lesquelles la jurisprudence faisait référence à la paix comme argument non décisionnel, à une position relativement forte consistante dans la force de la paix comme argument central pour fonder ses décisions. De la même manière, actuellement on peut affirmer que, selon la Cour Constitutionnelle, la paix est considérée

comme un droit fondamental, même si cela ne signifie pas que ledit droit est garanti par l'action de tutelle.

Pour effectuer cette analyse, la méthode d'élaboration utilisée est la construction de lignes jurisprudentielles. Cette méthode, d'une grande acceptation dans la doctrine locale, a été conçue par D. López (2006: 139-192). La construction de lignes jurisprudentielles peut être synthétisée ainsi: 1). L'établissement d'un problème juridique qui prendra la tête du graphique de la ligne et de son diagramme; 2). Les différents types de sentences dans la ligne; 3). Les problèmes auxquels l'élaboration d'une ligne fait face.

Dans le tableau<sup>7</sup> ci-dessous, on présente l'évolution de la ligne jurisprudentielle.

<i>La paix en tant que norme de droit fondamental dans la culture constitutionnelle colombienne</i>		
Le problème juridique Le droit à la paix confère-t-il des droits subjectifs dont le respect peut être exigé à travers l'action de la tutelle?		
<i>Hypothèse A</i>		<i>Hypothèse B</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- La paix est un droit fondamental</li> <li>- Qui peut conférer des droits subjectifs.</li> <li>- Pour lequel on peut interjeter l'action de la tutelle.</li> </ul>	<p>T-016 2017 T-585 2018 C-370 2006 C-579 2013</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La paix n'est pas un droit fondamental. Il est un droit collectif.</li> <li>- Qui ne peut pas conférer des droits subjectifs.</li> <li>- Pour lequel on peut interjeter l'action populaire.</li> </ul>
	<p>T-008 1992 T-102 1993 T-066 1995 T-226 1995 C-055 1995 C-370 2006 C-579 2013</p>	

La sentence qui a servi de point de départ, est la sentence du 31 juillet 2014 du Conseil d'État.<sup>8</sup> Dans cet arrêt, la Haute Cour Colombienne de

<sup>7</sup> Le tableau été fait par l'auteur de cet article de recherche, basé sur l'analyse jurisprudentielle du sujet de la paix comme norme de droit fondamental.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. (2014). Sección Primera. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia de tutela del 31 de julio de 2014. Expediente 25000-23-42-000-2014-02077-01 (AC) C.P. Guillermo Vargas Ayala.

la juridiction contentieuse administrative a décidé sur la contestation de la providence du Tribunal Supérieur administratif de Cundinamarca qui a refusé la protection du droit à la paix.

Le demandeur a interjeté une action de tutelle contre la Présidence de la République et d'autres, pour obtenir la protection de son droit individuel à la paix et du droit collectif à la paix des Colombiens qu'il considère violé par ces candidats aux élections présidentielles pour la période 2014-2018 qui ont déclaré qu'au cas où ils seraient élus, ils ne continueraient pas avec le processus de paix à La Havane. Il a demandé au juge d'ordonner au Président, qui soit élu, qu'une fois avoir pris possession de la fonction présidentielle, il doit continuer avec le processus de paix pour garantir le droit à la paix individuelle et collective. La décision du Tribunal Administratif a été, d'une part, considérer le demandeur légitimé par active dû au fait qu'il est titulaire du droit fondamental individuel à la paix. Cependant, selon le Tribunal, la prétention de protéger le droit à la paix des Colombiens n'est pas procédent car la paix est un droit collectif. Ainsi, l'action populaire est le mécanisme idéal pour obtenir sa protection et l'action de tutelle ne l'est pas, car cela est un mécanisme judiciaire subsidiaire, résiduel et autonome, au moyen de laquelle toutes les personnes pourraient demander la protection de leurs droits constitutionnels fondamentaux.

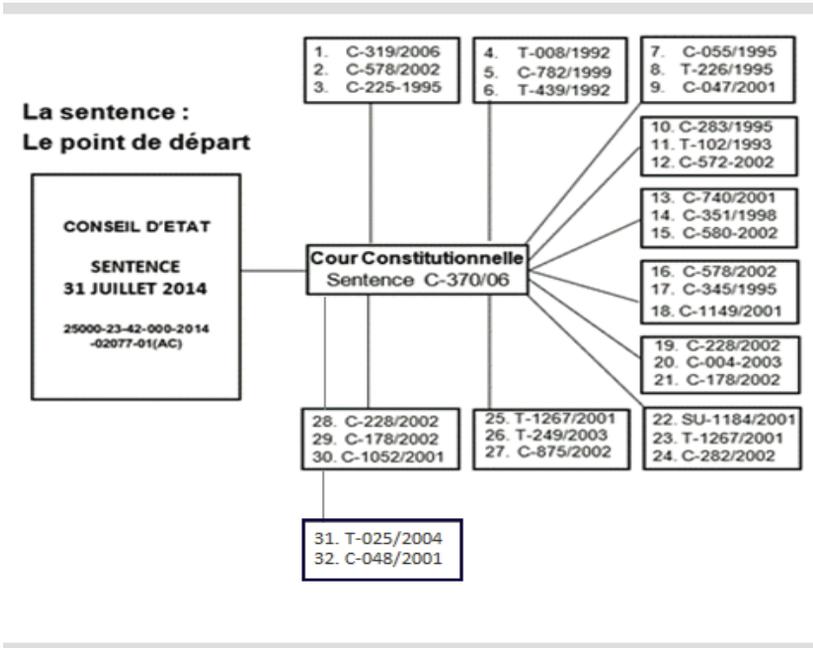
Après avoir analysé la position du Conseil d'État, on peut identifier dans le schéma<sup>9</sup> suivant les sentences clé de la Cour Constitutionnelle sur les droits fondamentaux et la paix jusqu'au 2014.

La sentence de référence C 3702006,<sup>10</sup> dans le cadre de la paix et la justice transitionnelle, a considéré la paix en tant qu'un (i) objectif fondamental du Droit international, (ii) une fin principale d'État colombien, (iii) un droit collectif de l'humanité, (iv) un droit subjectif de chaque être humain, et (v) un devoir de chaque citoyen colombien à qui correspond tendre à sa réalisation et maintenance. Dès l'analyse de la sentence on peut souligner les sentences suivantes: T 008-1992, T 028-1994, T 439-1992, T 102-1993, T 025-2004, T 016-2007, C-048 2001, et T 585-2008, qui ont été énoncées par la Cour Constitutionnelle. Celles-ci sont essentielles pour l'étude de ligne jurisprudentielle sur la paix en Colombie.

---

<sup>9</sup> Le schéma a été fait par l'auteur de cet article de recherche, basé sur l'analyse jurisprudentielle du sujet de la paix comme norme de droit fondamental.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C 370-2006*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros. Colombia.



- a) La sentence fondatrice de la ligne jurisprudentielle est la sentence T 008-1992<sup>11</sup> de la Cour Constitutionnelle. Dans l'argumentation de l'arrêt, la Cour a considéré la distinction doctrinale des droits en trois catégories historiques: de la première, deuxième et troisième génération. Selon cette conception, les droits de première génération seraient fondamentaux. Quant au droit à la paix, celui appartient aux droits de la troisième génération, c'est-à-dire un droit collectif. La protection de ceux-ci est au moyen de l'action populaire, selon l'article 88 de la Constitution Politique colombienne.
- b) La sentence confirmatrice de principe dans la ligne jurisprudentielle est la sentence T 028-1994.<sup>12</sup> La décision de la Cour a reconnu la paix en tant que droit constitutionnel à caractère social qui peut être protégé par des mécanismes de défense différents à l'action de tutelle, sauf s'il existe un préjudice irrémédiable.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T 008-1992*. M.P. Fabio Morón Díaz. Colombia.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T 028-1994*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia.

- c) La sentence de référence T 439-1992<sup>13</sup> a mis en place une relation du droit à la paix avec la garantie des droits de participation politique. La Cour Constitutionnelle a affirmé que les droits politiques de participation font une partie des droits fondamentaux de la personne humaine, ils constituent une sphère indispensable pour la l'assurance de la cohabitation pacifique. Ainsi, la paix est la finalité dernière de l'activité militaire des forces de l'ordre constitutionnel car elle est présupposée du processus démocratique, libre et ouvert, et une condition nécessaire pour la jouissance effective des droits fondamentaux. Par conséquence, la paix constitue un droit fondamental, puisque de sa garantie, dépend, l'effectivité d'autres droits civils et politiques de la personne.
- d) La sentence confirmatrice de ligne jurisprudentielle est la sentence T 102-1993.<sup>14</sup> Dans celle-ci, la Cour a analysé la paix dès ses dimensions multiples. D'un côté, la fin essentielle de l'État est le maintien de la cohabitation pacifique et l'obligation des autorités à protéger toutes les personnes dans leur vie, honneur et biens. D'un autre côté, la paix est un droit d'autonomie car il est interdit à l'ingérence du pouvoir public et des particuliers et qu'il exige un devoir juridique corrélatif d'abstention. Néanmoins, dans ce cas la Cour a conclu la prédominance de la paix comme fin essentielle de l'État sur la paix comme droit subjectif.

L'argumentation de la Cour Constitutionnel face à la base juridique des droits qui a été considéré depuis la sentence T 008-1992 a changé dans la sentence de référence T 016-2007.<sup>15</sup> De cette façon, la distinction théorique entre les droits de première génération qui étaient susceptibles d'une protection directe par l'action de tutelle en raison de leur qualité de droits fondamentaux, et les droits de deuxième génération qui exigeaient une action législative ou administrative d'obtenir le respect effectif, a été substitué par l'idée que tous les droits ont une nuance «*prestacional*» ou qui appellent une action positive de l'État afin de garantir leur respect, et qu'ils sont

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T 439-1992*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T 102-1993*. M.P. Carlos Gaviria Diaz. Colombia.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T 016-2007*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

fundamentaux car les droits sont connectés d'une manière directe avec les valeurs élevées à la catégorie de biens spécialement protégés par la Constitution. Dans le même sens, la Cour Constitutionnelle dans la sentence T 585-2008<sup>16</sup> a prononcé que la qualification dernière est en réalité équivoque dû au fait que tous les droits sont fondamentaux sans considérer la génération à qui leur reconnaissance est assignée.

- e) Et, dans l'arrêt de tutelle T 025 de 2004, célèbre pour l'analyse des déplacements forcés dans le cadre du conflit armé et sa déclaration «état de choses inconstitutionnel», il a également été souligné par la Haute Cour que le noyau essentiel au droit à la paix comprend «la garantie personnelle de ne pas souffrir autant que possible des effets de la guerre...».<sup>17</sup> Décision ayant contribué à la déclaration de constitutionnalité de la loi réglementant le pouvoir présidentiel de négocier des accords de paix avec des groupes armés (C 048-2001).<sup>18</sup> Ainsi que la loi Justice et paix dans la décision de renvoi C 370-2006.

En plus des sentences qui ont été analysées, dès l'augmentation de la sentence de référence C 370-2006, la Cour Constitutionnelle a mis en place sa position face au principe sur une justice transitionnelle. Ainsi, lorsqu'elle a considéré la constitutionnalité de la Loi 975 de 2005,<sup>19</sup> elle observait que ce mécanisme juridique instaurait un système basé sur la concession d'un bénéfice d'une peine alternative à ceux qui auraient commis des délits de gravité suprême, dans le cadre du conflit armé interne. Puisqu'ils pouvaient être exonérés d'une partie significative de la peine qui devrait s'acquitter sans les conditions du Droit International Humanitaire et du Droit International des Droits de l'Homme soient respectés.

Néanmoins, la Cour a déclaré constitutionnelle la Loi de Justice et de Paix en ce qui concerne les charges relatives à la concession veillée d'amnistie ou de grâce générale en considérant que le bénéfice de peine alter-

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T 585 – 2008*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T 025-2004*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Colombia.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-048-200*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Colombia.

<sup>19</sup> Congreso de la República. (2005). *Ley 975 de 2005*. Colombia.

native implique une réduction significative de peine pour les destinataires de la loi, et cela s'abrite dans un propos de pacification nationale, d'intérêt qui est revêtu d'une importance constitutionnelle. Cette configuration de la peine alternative en tant que mesure dirigée vers la réussite de la paix résulte conforme à la Constitution, elle n'entraîne pas d'affectation disproportionnée de la valeur de justice qui apparaît préservée par l'imposition d'une peine originaire proportionnelle au délit par lequel une peine a été déclarée et qui doit être purgée si le demobilisé condamné ne respecte pas les engagements sous lesquels le bénéficiaire lui a été octroyé.

*a. Application du droit à la paix dans le domaine de la justice transitionnelle et de l'accord de paix final avec les FARC-EP d'après la jurisprudence constitutionnelle récente*

La Cour Constitutionnelle a mis en place le principe sur une justice transitionnelle en la sentence confirmatrice C 579 - 2013. Norme demandée: l'Acte Législatif 01 de 2002 à travers lequel le Cadre Juridique pour la Paix a été instauré. Dans ce norme les devoirs de l'État Colombien de garantir les droits de l'homme, et d'enquêter sur tous les crimes et à tous les responsables de commettre de délits contre ces droits sont reconnus de manière particulière dans l'ordre juridique. En plus de l'analyse de la paix comme droit collectif. La Cour a dit que la paix comprend le sens positive quand les réformes structurelles politiques sont faites et le sens négative quand il y a cessation d'hostilités ou de paix négative. Pour la réussite de la paix comme droit collectif, il faut résoudre la tension entre la justice et la paix, dans le contexte d'un processus de négociations de paix, au moyen de la justice transitionnelle (Calle Meza e Ibarra Padilla, 2019: 3-20).

Ainsi: «pour parvenir à une paix stable et durable, il est légitime d'adopter des mesures de justice transitionnelle, telles que des mécanismes de sélection et de hiérarchisation».<sup>20</sup>

En 2016, le gouvernement colombien a signé avec la guérilla FARC-EP «l'accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable» (accord final). Par la suite, la Cour constitutionnelle a réitéré sa jurisprudence sur la paix, l'ensemble des conditions nécessaires à la jouissance des droits de l'homme et à la construction de la démocratie. Et il a développé sa doctrine sur la maximisation du droit à la paix lorsqu'il

<sup>20</sup> Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C 579-2013*. Colombia

a évoqué les réformes constitutionnelles menées afin de garantir la transition vers la paix découlant de l'accord final et les demandes d'inconstitutionnalité contre lesdites réformes fondées sur le «remplacement de la Constitution».

Dans l'arrêt C-630 de 2017, il a précisé que la paix maximise la validité des piliers constitutionnels: «la Cour ... accordera une importance prépondérante au droit à la paix lorsque des tensions surgissent entre ce droit fondamental et d'autres piliers essentiels de la Charte..., sachant que la garantie de la paix en soi maximise sa validité (Corte Constitucional, 2017b).

Dans cet ordre d'idées, il a été souligné que l'Assemblée constituante de 1991 a accordé à la paix une place majeure sur l'échelle des valeurs de la Constitution de 1991, qui a été qualifiée de «Constitution pour la paix». La Haute Cour a déclaré:

... la prééminence reconnue par la Charte à la paix est conforme aux raisons qui ont influencé son expédition et à la nette tendance humaniste qui l'a inspirée; avec la mention expresse qu'elle est faite dans le préambule dans le cadre des valeurs que la Constitution aspire à réaliser; avec sa double condition de droit et de devoir; et ayant la particularité de constituer un budget pour l'exercice d'autres droits. Des prémisses qui reflètent toutes la reconnaissance de la condition éthique de l'être humain selon laquelle, une société ne peut subsister que si ses membres s'obligent mutuellement à respecter les libertés et les droits de l'homme pour parvenir à une coexistence pacifique (Corte Constitucional, 2017b).

Conformément à cette approche, il a été établi que la paix est un objectif qui lie juridiquement les autorités et les individus. Cela implique que l'État a le devoir de concevoir et d'élaborer des politiques publiques pour surmonter le conflit armé et parvenir à une coexistence pacifique. En plus d'impliquer la garantie des droits fondamentaux, qui est le présupposé de la paix et de la démocratie matérielle. En ces termes, la Haute Cour l'a exprimé:

La reconnaissance de la paix est, en somme, l'une des décisions constitutionnelles les plus importantes et, de l'avis de la Cour, c'est un objectif qui relie juridiquement, de différentes manières et à divers degrés, les actions des autorités et des personnes. Dans ce sens... la protection constitutionnelle de la paix... implique un devoir de l'État de concevoir et de mettre en œuvre des

actions, des réglementations et des politiques publiques visant à surmonter le conflit armé et... à réaliser la coexistence. Pacifique, elle implique également une option préférentielle pour la solution pacifique en tant qu'instrument constitutionnellement souhaitable pour le règlement des controverses et la réalisation progressive de la pleine validité des droits fondamentaux, qui est un présupposé à la fois pour la paix et pour la validité de l'ordre démocratique, conçu dans une perspective matérielle (Corte Constitucional, 2017b).

En bref, la Haute Cour a souligné que la sortie négociée du conflit signifie une élévation de la paix à son maximum et a une valeur par soi-même car la paix est une condition préalable à la garantie d'autres droits.

L'option d'une solution négociée au conflit maximise la valeur de la paix et constitue un pas vers l'application effective de la Constitution... a une valeur intrinsèque en ce que la consolidation de la paix est un présupposé de la matérialisation des autres droits (Corte Constitucional, 2017b).

Par conséquent, la paix a été intégrée dans le système juridique colombien en tant que droit reconnu, en premier lieu par la Constitution Politique Colombienne, mais aussi dans la jurisprudence du plus haut interprète de la Constitution comme la Cour constitutionnelle.

Cependant, l'analyse des décisions jurisprudentielles expliquée ci-dessus a détaillé le débat initial sur la nature collective ou individuelle de ce droit, permettant de déduire que la Cour Constitutionnelle a réglé l'opposition en proposant la concomitance des dimensions collectives et fondamentales du droit à la paix afin de garantir la réalisation de la paix dans les différents domaines de la société colombienne.

De même, la Cour Constitutionnelle a conclu que le droit constitutionnel à la paix exige la solution pacifique des conflits tant à l'État qu'aux citoyens. Présenter le droit à la paix à la communauté dans son ensemble comme un droit dont le contenu a été renforcé pose un grand défi. L'État et la société colombiens sont obligés à revoir la conception traditionnelle des conflits politiques et sociaux et à chercher par tous les moyens une solution pacifique à ceux-ci, ce qui, en revanche, nécessite des réformes structurelles spécifiques pour éliminer les facteurs qui ont historiquement favorisé la guerre et violence en Colombie.

### III. CONCLUSIONS

En ce qui concerne l'efficacité et la garantie de la paix en tant que droit, Kant (1989) a reconnu l'importance de l'abolition de la guerre pour la réalisation de la paix entre États, tandis que Kelsen (1959) a développé sa théorie du pacifisme à partir de la notion d'autonomie des États par le biais de traités fondés sur la souveraineté juridique, dans la perspective de la paix en tant que processus lent et progressif. Ce processus a inclus la formulation de la paix en tant que droit humain.

Dans le scénario des Nations Unies, de multiples instruments ont été promus, tenant compte de la portée générale et d'un noyau de droits au sens strict du profit, c'est-à-dire, que la communauté internationale a établi le contenu de la paix depuis le respect des droits économiques, sociaux et culturels, et l'existence d'un noyau dur, principalement lié au droit de vivre dans un entourage sûr et sain, et au droit à la désobéissance et à l'objection de conscience aux actes qui constituent des menaces à la paix. Les deux dimensions permettent de comprendre la paix comme la condition de la jouissance de tous les droits de l'homme universellement reconnus, y compris les droits au développement durable et à l'environnement.

Sur le plan international, la paix a été conçue comme l'objectif des acteurs du scénario de la communauté internationale, dans lequel le droit international public constitue un mécanisme approprié pour construire un nouveau constitutionnalisme mondial capable de garantir les Chartes de droits fondamentaux en vigueur.

Quant à la Colombie, ce pays a entamé en 1991 un processus de modernisation dans lequel la paix a été intégrée dans le système juridique colombien en tant que droit reconnu, en premier lieu par la Constitution Politique Colombienne, mais aussi dans la jurisprudence du plus haut interprète de la Constitution comme la Cour constitutionnelle

La jurisprudence constitutionnelle a développé le droit à la paix et, ici, il est proposé d'adopter le concept de paix comme norme de droit fondamental qui peut protéger la paix en tant que droit collectif et droit subjectif. De même, la Cour Constitutionnelle a conclu que le droit constitutionnel à la paix exige la solution pacifique des conflits tant à l'État qu'aux citoyens.

En 2016, le gouvernement colombien a signé avec la guérilla FARC-EP «l'accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable» (accord final).

Par la suite, la Cour constitutionnelle a réitéré sa jurisprudence sur la paix, l'ensemble des conditions nécessaires à la jouissance des droits de l'homme et à la construction de la démocratie. Et il a développé sa doctrine sur la maximisation du droit à la paix lorsqu'il a évoqué les réformes constitutionnelles menées afin de garantir la transition vers la paix découlant de l'accord final et les demandes d'inconstitutionnalité contre lesdites réformes.

En 2017, il a précisé que la paix maximise la validité des piliers constitutionnels. Dans cet ordre d'idées, il a été souligné que l'Assemblée constituante de 1991 a accordé à la paix une place majeure sur l'échelle des valeurs de la Constitution de 1991, qui a été qualifiée de «Constitution pour la paix». Conformément à cette approche, il a été établi que la paix est un objectif qui lie juridiquement les autorités et les individus. Cela implique que l'État a le devoir de concevoir et d'élaborer des politiques publiques pour surmonter le conflit armé et parvenir à une coexistence pacifique. En plus d'impliquer la garantie des droits fondamentaux, qui est le présupposé de la paix et de la démocratie matériel.

Cependant, la réalité sociopolitique actuelle, avec les résultats du plébiscite pour la paix de 2016, a montré que la moitié de la Colombie est polarisée par rapport à ce que la paix implique. Ces événements ont mis en évidence les grandes difficultés qui allaient surgir pour concrétiser le droit à la paix dans ce pays. Cependant,

Mais, l'importance du droit à la paix dans les accords bien connus de La Havane et leur mise en œuvre est un sujet qui fera l'objet d'une étude approfondie et postérieure.

#### IV. DES RÉFÉRENCES

- ANDRADE BECERRA, Oscar David. (2014). *Conceptualización del Terrorismo en Colombia (1978-2010)*. Trabajo de grado de maestría. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia, disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40037/1/08905097.2014.pdf>.
- Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz Estable y duradera del 24 de noviembre de 2016*. Bogotá: Alto Comisionado para la paz, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y>

*conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.*

BERNAL PULIDO, Carlos. (2008). «El precedente en Colombia». *Revista Derecho del Estado*, No. 21.

CALLE MEZA, Melba Luz. (2010). «A propósito de la cultura constitucional». *Revista de Derecho del Estado*.

CALLE MEZA, Melba Luz. (2014). *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Ibáñez.

CALLE MEZA, Melba Luz. (2014). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*. Bogotá D.C: Temis.

CALLE MEZA, Melba Luz. (2017). «*Projection de la paix perpétuelle d'Emmanuel Kant à l'assemblée constituante de 1991 en Colombie (Le droit à la paix)*». Espagne: Conférence au V Congrès de la théorie et de la pratique du pouvoir constituant, disponible en: [https://www.uv.es/derconstiweb/2017\\_V\\_Congreso\\_y\\_II\\_Jornadas\\_\(programa\\_conjunto\).pdf](https://www.uv.es/derconstiweb/2017_V_Congreso_y_II_Jornadas_(programa_conjunto).pdf).

CALLE MEZA, Melba Luz e IBARRA PADILLA, Adelaida María. (2019). *Jurisdicción Especial para la Paz: fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia*, *Análisis Político*, vol. 32, núm. 96.

CALLE MEZA, Melba Luz. Ponencia titulada: «*La paz como norma de derecho fundamental. Reflexión actualizada desde el pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli*» en *El derecho deber fundamental a la paz. Simposio Internacional “La paz, derecho y deber fundamental, alcance y perspectivas”*. Bogotá: CAEL, 2020.

CALLE MEZA, Melba Luz. (2020). Ponencia titulada: «*La paz como norma de derecho fundamental. Reflexión actualizada desde el pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli*» en *El derecho deber fundamental a la paz. Simposio Internacional “La paz, derecho y deber fundamental, alcance y perspectivas”*. Bogotá: CAEL.

Colombia. Congreso de la República. Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones”.

- Congreso de la República. (2005). *Ley 975 de 2005*. Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T 008-1992*. M.P. Fabio Morón Díaz. Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T 439-1992*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T 102-1993*. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T 028-1994*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-048-200*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Colombia.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T 025-2004*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Colombia.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C 370-2006*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros. Colombia.
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T 016-2007*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T 585-2008*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C 579-2013*. Colombia.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia de tutela del 31 de julio de 2014. Expediente 25000-23-42-000-2014-02077-01 (AC) C.P. Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado. (2014). *Expediente 25000-23-42-000-2014-02077-01 (AC) C.P. Guillermo Vargas Ayala*. Sección Primera. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia de tutela del 31 de julio de 2014. Colombia.
- Corte Constitucional. (2017a). *Comunicado No. 51 del 11 octubre 2017*. Colombia
- Corte Constitucional. (2017b). *Sentencia C 630-2017*. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Colombia.
- CUERVO, Jorge Iván. (2017) «*El blindaje de la Corte al acuerdo*». Recuperado del *Espectador.com*, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/el-blindaje-de-la-corte-al-acuerdo-columna-718952>.

- DAVID, René. (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar.
- Federación Mundial de Trabajadores de Servicios Públicos (2017). *La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre el Derecho a la Paz*, disponible en: <https://publicservices.international/?lang=es>.
- FERRAJOLI, Luigi. (2011) *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, t. I.
- GALTUNG, Johan. (2003). *Paz por medios pacíficos: paz y conflictos, desarrollo y civilización*. Bilbao: Bakeaz/Gernika.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (2008). «El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?», *Revista de Derecho*, No. 29, enero-junio 2008, disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972008000100012](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100012).
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. (2011). “La construcción del derecho a la paz”, *La paz como derecho emergente*. Barcelona: Atelier Libros S.A.
- GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo y LIZARAZO OCAMPO, Antonio José. (2017). *Sentencia C 630-2017*. Colombia: Corte Constitucional.
- GONZÁLEZ POSSO, Camilo. (2020). *El resultado del plebiscito en cifras y mapas - notas para la cátedra del fin de la guerra*. Recuperado el 28 de junio de 2020, disponible en: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2016/10/el-resultado-del-Plebiscito-en-cifras.pdf>.
- HUERTAS DÍAZ, O. (2017). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Firmado a los 24 días del mes de noviembre de 2016 en el Teatro Colón. Por el Gobierno nacional y las FARC-EP en la ciudad de Bogotá, D.C. Versión Definitiva. Bogotá, Ibáñez, Unisabaneta. (Ed.)
- KANT, Immanuel. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- KANT, Immanuel. (1998). *Sobre la paz perpetua (De la paix perpétuelle— Essai Philosophique*, traducción par Jules Barni. Auguste Durand, 1853, pp. 289-338) Madrid: Tecnos.
- KELSEN, Hans. (1959). *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. (2011) *La paz en cuestión: los debates de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la guerra y la paz*. Bogotá D.C: Ediciones Uniandes.

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis-Universidad de los Andes.
- MAYOR ZARAGOZA, Federico. (1994). *La nueva página*, UNESCO, Círculo de Lectores.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017). Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016. 71/189. Declaración sobre el Derecho a la Paz, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/589c723c4.html>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017). *Declaración sobre el Derecho a la Paz*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016. 71/189, Recuperado el 28 de junio del 2020, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/589c723c4.html>.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (1991). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- RINCÓN COVELLI, Gilma Tatiana. (1995). *El derecho fundamental a la paz: una propuesta desde la ética*. Bogotá: Escuela Superior de Administración pública-Instituto de derechos humanos Guillermo Cano.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. (2006). “Derecho a la paz e intervención humanitaria”, *Desafíos actuales a los derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la paz*. Madrid: Dykinson.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume. (2011). “El derecho humano a la paz en perspectiva internacional”, *El derecho a la paz como derecho emergente*. Barcelona: Atelier Libros S.A.
- TARELLO, Giovanni. (2002). *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Comares.
- VASAK, Karel. (1997). *Revisiter la troisième génération des droits de l’homme avant leur codification*. Bruxelles: Bruylant, vol. II.
- VEGA LÓPEZ, Jesús. (2009). «El derecho a la paz a la luz del ideal kantiano de Paz Perpetua», Asociación Española de Derecho Internacional Humanitario, disponible en: <http://www.aedidh.org/sites/default/files/3-02.pdf>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Internet, redes sociales y libertad de expresión

## Internet, social media and freedom of expression

*Recepción:* 9 de septiembre de 2019

*Aceptación:* 31 de enero 2020

Mauricio Augusto CALCANEÓ MONTS\*

**RESUMEN:** El texto expone y explica las implicaciones que para la libertad de expresión tiene el surgimiento de la regulación proveniente de las empresas de redes sociales. Lo que adquiere relevancia ante la implosión del Internet y su concentración en algunas redes sociales, que en esa medida controlan la libertad de expresión en línea de sus millones de usuarios alrededor del mundo. La regulación de la libertad de expresión en el siglo XXI es un triángulo, donde los sujetos están sometidos a la normatividad estatal propia del siglo XX y a las reglas de las empresas de redes sociales. Es un cambio en los cimientos de la libertad de expresión, que requiere de una amplia reflexión sobre su significado, alcances y los ajustes jurídicos requeridos, donde cobra importancia la propuesta de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos a la regulación empresarial de la libertad de expresión en Internet.

**ABSTRACT:** The text sets out and explain the implications for freedom of expression on the emergence of regulation from social media companies. What becomes relevant in the face of the implosion of Internet and its concentration on some social networks, which to that extent control the online freedom of expression of its millions of users around the world. The regulation of freedom of expression in the 21<sup>st</sup> century is a triangle, where the subjects are submitted to the state regulations and the rules of social media companies. It is a change in the foundations of freedom of expression that requires broad reflection on its meaning, scopes and required legal adjustments, where the proposal to apply international human rights law to the business regulation of freedom of expression on the Internet becomes important.

\* Candidato a doctor por el Posgrado en Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, México. Correo electrónico: [calcaneomonts@yahoo.com](mailto:calcaneomonts@yahoo.com) ORCID: 0000-0001-9604-7695.

**Palabras clave:** Internet, libertad de expresión, redes sociales, regulación, derechos humanos.

**Keywords:** *Internet, Free Speech, Social Media, Regulation, Human Rights.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La implosión del Internet y el control de las redes sociales.* III. *Los guardianes de la libertad de expresión en Internet.* IV. *El derecho a la libertad de expresión en el siglo XX y el siglo XXI, el tránsito del modelo dualista al pluralista.* V. *La libertad de expresión en Internet y el derecho internacional de los derechos humanos.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido cinco lustros desde que inició el uso masivo del Internet, lapso en el cual el número de usuarios pasó de representar menos del uno por ciento de la población mundial (16 millones de personas o 0.4% de dicha población en 1995), a casi dos tercios de quienes habitan el planeta tierra en 2020 (62% de éstos o 4,833 millones de individuos).<sup>1</sup>

El Internet conecta a millones de seres humanos prácticamente a todo lo largo y ancho del orbe, eliminando así las barreras espaciales y temporales existentes con antelación. Se trata, sin duda alguna, de un cambio de gran envergadura en el ámbito tecnológico y de las comunicaciones, con hondas repercusiones en la forma en que los seres humanos se expresan e interactúan.

El Internet, o más precisamente las redes sociales, se han erigido en el espacio por antonomasia donde las personas publican, comentan, debaten y comparten ideas, informaciones, videos, fotografías y demás. El Internet y las redes sociales son, como dijo Anthony M. Kennedy ex juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, la “plaza pública moderna” (citado por Citrón y Richards: 1355) o la nueva plaza pública.

El Internet despertó en un inicio amplias esperanzas por las posibilidades que brindaba para ensanchar la libertad de expresión, la participación política y la democracia alrededor del mundo. A grado tal era la fe que

---

<sup>1</sup> Disponible en: <https://www.internetworldstats.com/emarketing.htm> (fecha de consulta: 2 de septiembre de 2020).

se le consideró, junto con las computadoras, los teléfonos celulares y las redes sociales, como parte de las denominadas tecnologías de la liberación (Diamond, 2010).

La situación sufrió un vuelco y el optimismo ha dado paso a la preocupación (Diamond, 2019), principalmente por una serie de aspectos tales como: la extracción de ingentes volúmenes de información de las personas y su uso con fines predictivos y persuasivos en los más distintos ámbitos de la vida social (Calcaneo, 2019); la utilización bastante extendida de técnicas de manipulación y desinformación en línea principalmente por gobiernos de corte autoritario, aunque también por gobiernos democráticos y por particulares (Freedom House, 2018); y, más recientemente, el creciente poder de las empresas de redes sociales con respecto a un conjunto de temas entre los que destaca la libertad de expresión en línea.

En efecto, cada vez son más abiertas las decisiones que las empresas de redes sociales están tomando, cotidiana y unilateralmente, con relación a la libertad de expresión de sus usuarios. Se trata de un conjunto de medidas que, en los hechos, norman lo que se dice en el Internet, lo que incluye acciones como eliminar y bloquear cuentas, restringir mensajes, videos, entre otras. Es decir, están regulando, sin rendir cuentas a nadie y en la más completa opacidad, la libertad de expresión de los millones de personas que hacen uso de sus servicios.

El presente texto tiene como propósito exponer y explicar las implicaciones que para la libertad de expresión tiene el surgimiento de un nuevo tipo de regulación de por parte de las empresas de redes sociales, en una realidad en la que el Internet y las redes sociales se han erigido en la nueva plaza pública. Al tiempo de dar cuenta de las propuestas desarrolladas desde el derecho internacional de los derechos humanos para limitar el gran poder que en la materia tienen un puñado de empresas de redes sociales.

El documento se divide en cuatro apartados correspondientes a: en primer lugar, la exposición sobre la implosión en el uso del Internet y el control de éste por las empresas de redes sociales, lo que da a éstas un enorme poder sobre lo que se puede decir o no en línea; en segundo lugar, se explican los sistemas de revisión de contenidos que las empresas de redes sociales han desarrollado en su interior para regular la libertad de expresión de sus millones de usuarios, lo que ha convertido a dichas empresas en los nuevos guardianes de la libertad de expresión; en tercer lugar, se explican las diferencias, implicaciones y retos que significan los dos tipos

de regulaciones paralelas existentes en la actualidad en materia de libertad de expresión, la dualista del siglo XX y la empresarial del siglo XXI; y, en cuarto lugar, se revisa el planteamiento que pugna por aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión a la regulación de contenidos por parte de las empresas de redes sociales, para así circunscribir el creciente y discrecional poder de éstas en relación con la libertad de expresión de su ingente número de usuarios.

## II. LA IMPLOSIÓN DEL INTERNET Y EL CONTROL DE LAS REDES SOCIALES

En 1995, 16 millones de personas alrededor del orbe usaban el Internet, para 2020 dicha cifra ascendió a aproximadamente 4 mil 800 millones de personas, es decir, un poco más de seis de cada diez habitantes del planeta tierra usaban el Internet. Es un crecimiento exponencial en un cuarto de siglo, que se acompaña de una clara y sostenida tendencia al alza. A lo que se suma el incremento sostenido en el tiempo que las personas destinan diariamente al uso del Internet, en 2011 eran 75 minutos, para 2020 son 181 minutos y se calculan 192 minutos para 2021.<sup>2</sup> En una década se pasó de un consumo diario de Internet por persona de 1 hora con 15 minutos a tres horas con un minuto, un aumento de una hora con cuarenta y seis minutos por individuo. Es un doble proceso en el que cada vez son más los sujetos que acceden al Internet, a la vez que los mismos pasan mayor tiempo navegando en la red.

La implosión en la cantidad de usuarios y el mayor tiempo invertido en el Internet ha ido acompañada por su concentración en unas cuantas empresas de redes sociales. En 2020, 3 mil 600 millones de personas alrededor del mundo eran usuarias de redes sociales, el equivalente a la mitad de la población mundial. *Facebook* por sí solo reportó 2 mil 700 millones de usuarios,<sup>3</sup> *YouTube* 1 mil 860 millones<sup>4</sup> y *Twitter* 330 millones.<sup>5</sup> Más

---

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/319732/daily-time-spent-online-device/> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020).

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/> (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020).

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.statista.com/topics/2019/youtube/> (fecha de consulta: 2 de agosto de 2019).

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/282087/number-of-monthly-active-twitter-users/> (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020).

todavía, en 2019 el tiempo promedio diario que las personas destinaban al uso de las redes sociales ascendía a 144 minutos o 2 horas con 24 minutos. La situación es diáfana: las redes sociales concentran el grueso de quienes acceden al Internet y del tiempo que estos destinan a explorarlo.

El Internet, o más precisamente las redes sociales, se han convertido en la nueva plaza pública, en el espacio por excelencia para el intercambio de ideas, para publicar y compartir opiniones, pensamientos, fotos, videos y demás. Sin embargo, esto ha ido acompañado de un proceso de control del Internet por un puñado de empresas de redes sociales, lo que se explica por la centralización y el desvanecimiento de las diferentes capas de la arquitectura del Internet como advierte Jonathan Zittrain (2018):

Primero, el tema de la centralización... navegar por Internet puede ahora significar simplemente saltar entre los servidores de alojamiento de los servicios de Amazon... Segundo, las capas anteriormente separadas de la arquitectura del Internet se están difuminando... el éxito de algunas empresas ha creado nuevas plataformas exclusivas integradas. Mucha gente no está usando en realidad el Internet, sino más bien revolotean entre un pequeño puñado de aplicaciones totalizadoras como Facebook y Google (Facebook y Google: 871).

Unas cuantas empresas de redes sociales se han hecho del control del Internet y, por ende, de lo que se dice, se comparte y se publica, de la libertad de expresión en la nueva plaza pública. Olvidada quedó la promesa del Internet libre, sin intermediarios, donde los individuos podían generar sus propios contenidos y compartirlos sin limitación alguna.

En la sociedad algorítmica, como Jack M. Balkin (2018b) denomina a la presente etapa donde las plataformas de redes sociales gobiernan a las personas, se ponen a prueba:

Las condiciones prácticas del discurso, así como las entidades que lo controlan, limitan y censuran... Primero, el discurso digital fluye a través de una elaborada infraestructura privada de comunicación. Hoy, nuestra capacidad práctica para expresarnos está sujeta a las decisiones de los propietarios de infraestructura privada, que gobiernan los espacios digitales en los que las personas se comunican entre sí. Este es el problema de la gobernanza privada del discurso (Balkin, 2018b: 1153).

Las empresas de redes sociales al detentar la propiedad de la infraestructura de comunicación a través de la cual las personas llevan a cabo sus interacciones en el mundo digital, se han convertido, como se muestra en el siguiente apartado, en los guardianes de la libertad de expresión en línea.

### III. LOS GUARDIANES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

Mark Zuckerberg (2019), fundador y director ejecutivo de *Facebook*, expresó abiertamente el enorme poder que su empresa de redes sociales ejerce sobre la libre expresión en línea y los pasos a seguir a tal respecto:

Los legisladores a menudo me dicen que tenemos demasiado poder sobre el discurso, y francamente estoy de acuerdo. He llegado a creer que no debemos tomar tantas decisiones importantes sobre lo que se dice. Por lo tanto, estamos creando un organismo independiente para que las personas puedan apelar nuestras decisiones. También estamos trabajando con los gobiernos... para garantizar la efectividad de los sistemas de revisión de contenido.

En efecto, *Facebook* cuenta, a decir del propio Zuckerberg (2018), con un sistema de gobernanza del contenido que circula por dicha red social, que revisa cada día dos millones de piezas de contenido y que se integra por: los estándares de la comunidad o las reglas que determinan qué contenido se mantiene y cuál es removido; las pautas internas que reducen el nivel de subjetividad de las decisiones que se adoptan y generan consistencia en las mismas; un equipo global de cerca de 30 mil individuos encargados de moderar el contenido, con 10 oficinas alrededor del mundo y que también implica una serie de retroalimentaciones con académicos y especialistas en materia de libertad de expresión y seguridad; y el uso de la inteligencia artificial para detectar y remover de manera automática y preventiva el contenido que se considera problemático.

A lo que se sumó, más recientemente, la creación y puesta en funcionamiento de lo que se ha dado por denominar como Consejo Asesor de Contenido de Facebook, que es una instancia independiente conformada por especialistas y que está encargada de analizar los casos más sobresalientes y controvertidos en materia de libertad de expresión que deriven del sistema de revisión interno de la empresa, pudiendo revertir las deci-

siones tomadas por ésta sobre los contenidos que se permiten circular y los que son retirados. Lo que se dice dotará de legitimidad, transparencia y equidad al sistema de revisión de contenidos Facebook (Zuckerberg, 2018; Facebook, 2019; y Clegg, 2019).

Se trata, en síntesis, de un sistema de revisión del contenido que los usuarios pretenden publicar en *Facebook*, que posibilita a dicha empresa a determinar por medio de seres humanos y de inteligencia artificial, ya sea de manera reactiva y proactiva, qué se queda y qué se va de la plataforma digital. Es decir, *Facebook* está tomando todos los días y en todo momento decisiones con respecto a lo que sus usuarios pueden o no expresar, sobre la libertad de expresión de estos. Son dos millones de piezas de publicaciones que día a día pasan por el tamiz del sistema de revisión de contenidos de Facebook, quien decide unilateralmente, sin rendir cuentas a nadie y sin las garantías mínimas el alcance de la libertad de expresión de los millones de personas que hacen uso de sus servicios.

Sin embargo, este tipo de acciones de las plataformas en línea con relación a la libertad de expresión de sus usuarios no es, ni de lejos, exclusiva de *Facebook*. Las distintas empresas de redes sociales están adoptando, de diferentes maneras, un conjunto de medidas para, *de facto*, normar los contenidos que sus usuarios publican y comparten. Lo que incluye, por ejemplo, eliminar y bloquear cuentas, restringir la publicación de mensajes y videos, entre otras acciones. Como afirma Kate Klonick (2018: 1601) “aunque parece que cualquier usuario del Internet puede publicar libre e instantáneamente en línea, muchas plataformas de publicación de contenido moderan activamente lo publicado por sus usuarios”.

*Twitter* y *YouTube*, al igual que *Facebook*, han desarrollado sus respectivos sistemas de regulación del contenido que, como su nombre lo indica, son entramados privados de moderación del discurso en línea que se sustentan en las leyes norteamericanas sobre libertad de expresión en Internet (primordialmente la sección 230 de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones), en la responsabilidad corporativa, pero sobre todo en la necesidad económica de generar un ambiente propicio para los usuarios pues de lo contrario éstos abandonarían dichas plataformas con efectos adversos en su rentabilidad económica. Sistemas de moderación que se asemejan a un sistema legal ya que cuentan con un conjunto normativo establecido con antelación; con procedimientos *ex ante* y *ex post* para la determinación de contenido contrario a las reglas, los valores democráticos y culturales;

con una serie de personas encargadas de aplicar esas reglas y que son entrenadas para el ejercicio de dicha función; y que se ven influenciados por factores internos y externos para su modificación o ajuste (Klonick, 2018).

Las redes sociales cuentan, desde ya, con toda una serie de reglas, procedimientos, tecnologías y personas encargadas de moderar, de manera previa o posterior y en la más absoluta opacidad y discrecionalidad, las publicaciones de sus usuarios. Las plataformas en línea son los nuevos gobernadores o guardianes de la libertad de expresión en línea (Klonick, 2018).

Los ejemplos abundan sobre las decisiones de las redes sociales en materia de libertad de expresión en el mundo digital, por citar solamente uno de los casos más emblemáticos está la decisión de *Twitter* de marcar con advertencias el contenido que se consideró “incorrecto” de varios mensajes del presidente de los Estados Unidos, Donald Trump (Coger y Alba, 2020), y después al prohibir el funcionamiento de la cuenta de la campaña presidencial de éste hasta que se retirara un video que consideraban contenía información “falsa” (Dodds, 2020). *Twitter* y las demás redes sociales fungen claramente como los nuevos guardianes de la libertad de expresión en el Internet.

El siglo XXI con el desarrollo del Internet y el control de éste por parte de las empresas de redes sociales coloca a la libertad de expresión en una nueva encrucijada, una encrucijada en la que unos particulares, las referidas empresas de redes sociales, que detentan un enorme poder derivado de su dominio sobre la infraestructura en línea, están decidiendo por sí mismas, en la más completa opacidad y sin rendir cuentas a nadie, qué es lo que puede o no circular en Internet, qué fluye y qué se excluye, esto es, sobre la libertad de expresión de los millones de usuarios de la nueva plaza pública.

En un mundo cada vez más volcado a lo digital, es un poder privado transnacional sin control ni restricción alguna, opaco y que no rinde cuentas, que tiene enormes implicaciones en uno de los pilares de los regímenes democráticos como lo es la libertad de expresión. Lo que pone en entredicho el papel de los Estados-nación y de la normatividad nacional e internacional desarrollada en el siglo XX en materia de libertad de expresión y opinión, y que abre paso a un nuevo arreglo en el que estas empresas de redes sociales adquieren gran relevancia en la materia.

#### IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS SIGLOS XX Y XXI. EL TRÁNSITO DEL MODELO DUALISTA AL PLURALISTA

El derecho a la libertad de expresión está ampliamente reconocido y regulado tanto en el ámbito internacional como el nacional por lo menos desde mediados del siglo XX. Es un derecho a la libertad de expresión que fue concebido principalmente como una protección, como un límite, de los individuos (llámense sujetos, medios de comunicación masiva y demás) frente al actuar arbitrario del Estado. De manera que la libertad de expresión de los individuos está tutelada por una serie de derechos en su favor, con las correspondientes obligaciones para los Estados.

La situación de la libertad de expresión en el siglo XXI sufre un cambio profundo con el vuelco hacia lo digital y la aparición de las empresas de redes sociales como un nuevo actor que se autorregula y a la vez regula a sus usuarios. De forma tal que los individuos están sujetos ahora a dos tipos distintos de regulaciones en materia de libertad de expresión, la propia del modelo dualista del siglo XX y la derivada de la regulación empresarial del siglo XXI.

Jack M. Balkin (2018a) ha hecho hincapié en el cambio regulatorio en materia de libertad de expresión que conlleva la proliferación del mundo digital, de un modelo dualista propio del siglo XX a uno pluralista o triangular del siglo XXI. En el modelo dualista, como su nombre lo indica, participan dos actores: los Estados territoriales y los oradores (individuos, medios masivos de comunicación y demás); en el modelo pluralista o triangular, se suman las empresas dueñas de la infraestructura del Internet, de manera destacada las de redes sociales que juegan un papel medular en la regulación de la libertad de expresión de sus usuarios.

El modelo dualista de regulación de la libertad de expresión se encuentra ampliamente desarrollado tanto en el ámbito internacional y nacional, con reglas claras sobre qué está permitido y qué no para los Estados e individuos.

En el plano internacional, el primer fundamento proviene de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, cuyo preámbulo obliga a los Estados a

*... “asegurar... el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”;* de manera que el artículo 19 de la misma De-

claración reconoce que “*todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación*” ...

La Declaración Universal obliga a los Estados a asegurar el respeto a los derechos humanos, incluida la libertad de expresión, que es concebida como el derecho a emitir opiniones, investigar, recibir información y difundirlas sin ser molestado y sin limitaciones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 desarrolla, a su vez, en su artículo 2o. las obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos en general, estableciendo tres obligaciones/derechos para los Estados e individuos en materia de derechos civiles y políticos, a saber: respetar y garantizar los derechos previstos en el Pacto; adoptar las disposiciones legislativas o de otro tipo que hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto; y garantizar la existencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos, que deberá ser resuelto por autoridad competente y cuya resolución será cumplida.

El artículo 19 del mismo Pacto señala los alcances del derecho a la libertad de expresión, estableciendo que abarca la libertad de buscar, recibir y difundir ideas y opiniones por cualquier medio posible. Además, se prevén una serie de restricciones a tal derecho, las que deben establecerse en la ley, es decir, hay una reserva de ley.

En el plano regional, se cuenta con dos instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. A lo que se suman las interpretaciones que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 señala en su artículo 4o. que “*toda persona tiene derecho a la libertad... de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*”, esto es, se reconoce el derecho a la libertad de expresión y su difusión por cualquier medio.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José, por su parte, obliga en su artículo 1o. a los Estados a respetar los derechos y libertades, al tiempo de garantizar su ejercicio. El artículo 2o. compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el mismo Pacto, entre

los que se encuentra la libertad de expresión. De manera que el artículo 13 del Pacto de San José se refiere al derecho a la libertad de expresión adicionando una serie de prohibiciones al marco jurídico internacional en la materia, como son la prohibición de: censura previa, de restringir la libertad de expresión por medios y vías indirectas, y de cierto tipo de propaganda.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado una intensa labor interpretativa sobre los alcances del derecho a la libertad de expresión en el marco del artículo 13 del Pacto de San José. Por ejemplo, mediante la opinión consultiva OC-5/85 se determinó que son dos los pilares básicos para la interpretación del derecho a la libertad de expresión, el estándar democrático y el de dos dimensiones. Por el primero, el democrático, se hace hincapié en la importancia fundamental de la libertad de expresión para la existencia y sostenimiento del régimen democrático. Por el segundo, las dos dimensiones, se señala que el derecho a la libertad de expresión tiene implicaciones individuales y sociales, no sólo se protege la libertad de las personas sino también el derecho de la sociedad a conocer las distintas expresiones (Beroni, 2019).

En la sentencia *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, la Corte Interamericana resolvió que la prohibición de censura previa contenida en el artículo 13.4 del Pacto es prácticamente absoluta (Beroni, 2019). Mientras que, en los casos *Ivcher Bronstein vs Perú*, *Ríos y otros vs Venezuela*, y *Perozo y otros vs Venezuela*, la Corte Interamericana se ha referido a los medios indirectos de violación de la libertad de expresión, señalando que *éstos incluían, entre otros, a las nuevas tecnologías y los actos de particulares* (Beroni, 2019).

Indudablemente el modelo de regulación dualista del siglo XX implica una serie de cuestiones como el reconocimiento mismo del derecho de libertad de expresión, sus alcances, limitaciones y, en contrapartida, la obligación de los Estados de garantizar y respetar el ejercicio de dicho derecho. Se trata a todas luces de un modelo que pone el acento en el papel del Estado como garante del derecho a la libertad de expresión de los sujetos. Sin embargo, los supuestos en que se basa este modelo regulatorio son cuestionados fuertemente ante el surgimiento del Internet y la infraestructura privada que lo controla.

En efecto, el siglo XXI se caracteriza porque son unos privados los que controlan la infraestructura del Internet y a través de esto la libertad de ex-

presión de los usuarios de la nueva plaza pública. Estas empresas de redes sociales son las que determinan qué se dice en el Internet a través de todo un aparato decisorio que incluye reglas, personas y desarrollos tecnológicos. El Estado es un simple espectador, con el agravante de que se ignoran por completo las reglas pensadas en el siglo XX para proteger la libertad de expresión a pesar de las declaraciones en contrario. Ante la incapacidad del Estado y sus actores para controlar la comunicación en línea y a las empresas de redes sociales, a diario éstas eliminan miles de cuentas y millones de publicaciones, todo esto sin garantía de audiencia, en la mayor opacidad e incluso como una forma de censura previa.

El modelo de regulación del siglo XXI es entonces un triángulo, como señala Jack M. Balkin (2018a). La libertad de expresión de los sujetos ahora es regulada de manera paralela tanto por el Estado y el modelo del siglo XX, como por las empresas de redes sociales y sus modelos de autorregulación. Lo que significa, sin lugar a dudas, un cambio de enormes dimensiones respecto a la forma en que se concibe, conceptualiza, discute y regula la libertad de expresión.

En la actualidad la libertad de expresión fuera del mundo en línea transcurre en gran medida conforme al modelo regulatorio del siglo XX, en el que existe todo un entramado jurídico que garantiza el derecho a la libertad de expresión y que obliga al Estado a hacerlo efectivo y respetarlo. Al mismo tiempo, la libertad de expresión en el Internet está sometida por completo a la regulación de las empresas de redes sociales, sin mayor límite que el que ellas mismas se imponen y con un poder sin parangón sobre lo que dicen los sujetos.

Hay una coexistencia de dos tipos de reguladores, los Estados y las empresas de redes sociales, con incidencia en los distintos ámbitos de la vida de los sujetos, fuera de línea y en Internet. Más importante, en el primer caso, la regulación de los Estados y fuera de línea, entraña una serie de reglas jurídicas ampliamente desarrolladas sobre el derecho a la libertad de expresión, sus alcances y limitaciones. En el segundo caso, la regulación de las empresas en Internet, se está en presencia de una serie de reglas privadas, que casi nadie conoce y, más trascendente, que norman los alcances y límites a la libertad de expresión sin restricción alguna para las empresas y colocando en la más completa indefensión a quienes usan las redes sociales.

En un entorno en el que más seres humanos tienen acceso al Internet y en el que cada vez dedican mayor tiempo a su uso, adquiere gran relevancia la reflexión en torno a la libertad de expresión en línea y la necesidad de acotar en esta materia a las empresas de redes sociales. El debate es apenas incipiente, aunque surgen atisbos de que la respuesta a este desafío puede provenir del derecho internacional de los derechos humanos como se expone enseguida.

## V. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desafío que para el derecho significan el Internet y las redes sociales en términos de la necesidad de adecuar el marco jurídico imperante no es, en modo alguno, novedoso. Antes que ellos, otros cambios tecnológicos también representaron diversos retos que requirieron de ajustes legales; el telégrafo, las cámaras portátiles y las computadoras son sólo algunos ejemplos de tecnologías de las comunicaciones que dieron lugar a modificaciones en el entramado jurídico nacional e internacional (Gasser, 2016).

Lo que sí es peculiar al Internet y las redes sociales es el tipo de respuesta que habrá de darse desde el derecho. A este respecto, Urs Gasser (2016: 64) identifica, a grandes rasgos, tres patrones de respuesta de la ley ante los desafíos tecnológicos:

- (1) Cuando se trata de tecnologías innovadoras, el sistema legal... por defecto busca aplicar las viejas reglas al problema resultante de la nueva tecnología y sus usos (subsunción)...
- (2) Cuando la subsunción se considera insuficiente dada la novedad de los problemas planteados por la nueva tecnología, el sistema legal podría recurrir a la innovación dentro de su propio sistema... (innovación gradual) ...
- (3) Un más radical enfoque de cambio de paradigma es una reforma de la ley más profunda en la que no sólo se actualizan las normas individuales, sino que también se cambian enfoques o instrumentos completos...

En el caso de las redes sociales y la libertad de expresión el debate se ha centrado, hasta ahora, en las posibilidades de aplicar la normatividad internacional de derechos humanos sobre libertad de expresión a la regulación

empresarial de contenidos en línea. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017: 38) se manifestó en dicho sentido al señalar que:

82. La Comisión Interamericana ha sostenido desde hace más de una década que “el derecho a la libertad de expresión en los términos consagrados por el artículo 13 de la Convención Americana protege de igual manera tanto a los medios de comunicación tradicionales como a la expresión difundida a través de Internet”.

83. La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet prevé como principio general que “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).

El Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (2018: 16 y 17) abordó expresamente la regulación de los contenidos en línea por las empresas de redes sociales, recomendando también la aplicación del marco jurídico internacional de los derechos humanos en los términos siguientes:

Principios de derechos humanos para la moderación del contenido por parte de las empresas

41. Las normas privadas, que varían en función del modelo de negocio de cada empresa y las vagas afirmaciones acerca de los intereses de la comunidad, han creado un entorno inestable, imprevisible e inseguro para los usuarios... Las leyes nacionales no son adecuadas para las empresas que buscan normas comunes para una base de usuarios que es geográfica y culturalmente diversa. Sin embargo, las normas de derechos humanos, si se aplican de manera transparente y coherente, con aportaciones pertinentes de la sociedad civil y los usuarios, proporcionan un marco para la responsabilidad de los Estados y las empresas ante los usuarios a través de las fronteras nacionales.

42. Un marco de derechos humanos facilita la aplicación de respuestas normativas frente a las restricciones estatales excesivas —siempre que las empresas se rijan por normas similares—...

43. Los principios de derechos humanos también permiten a las empresas crear un entorno incluyente que dé cabida a las diversas necesidades

e intereses de sus usuarios, estableciendo al mismo tiempo unas normas básicas de comportamiento previsibles y coherentes. En medio de un creciente debate sobre si las empresas ejercen una combinación de funciones de intermediación y edición, el derecho de los derechos humanos ofrece a los usuarios la promesa de que pueden contar con unas normas fundamentales para proteger su libertad de expresión más allá de lo que la legislación nacional podría limitar...

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México se ha pronunciado en un sentido similar como obra en la tesis aislada LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA REDELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES, donde se señala lo que sigue:

Las restricciones a determinados tipos de información o expresión admitidas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, también resultan aplicables a los contenidos de los sitios de Internet. En consecuencia, para que las limitaciones al derecho humano referido ejercido a través de una página web, puedan considerarse apegadas al parámetro de regularidad constitucional, resulta indispensable que deban: (I) estar previstas por la ley; (II) basarse en un fin legítimo; y (III) ser necesarias y proporcionales.<sup>6</sup>

El relator especial sobre la libertad de opinión y expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), David Kaye (2019), ha ahondado más en el tema proponiendo que las empresas de redes sociales adopten explícitamente la normatividad internacional de derechos humanos en sus reglas sobre moderación de contenidos, para cuya interpretación se podrían auxiliar de la vasta jurisprudencia sobre la materia derivada de las decisiones de las cortes internacionales. A lo que se suman planteamientos relacionados con la mejora radical de la transparencia sobre sus acciones en el ámbito de la regulación de contenidos, y una mayor rendición de cuentas con base en la creciente colaboración y participación de líderes de la sociedad civil, activistas y académicos. Los gobiernos, según esta visión, deben regular aspectos tales como el monitoreo del comportamiento de las empresas de redes sociales en materia de libertad de expresión de sus usuarios, la protección del espacio para la expresión individual, reforzar las acciones de transparencia de las compañías, entre otros.

---

<sup>6</sup> Tesis 2a. CV/2017 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima Época, Libro 43, t. II, junio de 2017, p. 1439, registro digital: 2012519.

No obstante, existen opiniones que ponen en entredicho la viabilidad de aplicar el marco internacional de los derechos humanos a la regulación de contenidos por las redes sociales. Los señalamientos abarcan una serie de aspectos como (Douek, 2018): las contradicciones que pudiesen presentarse entre las leyes de los distintos países y el marco jurídico internacional; el carácter privado de las empresas de redes sociales y, por tanto, la no aplicabilidad de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos; la naturaleza no vinculante de los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos; la diversidad de la normatividad internacional y las interpretaciones incluso contradictorias de su contenido; los problemas derivados de no tomar en cuenta los contextos locales; y, en general, el choque entre la prohibición absoluta de intervención estatal que prevé la primera enmienda estadounidense y el enfoque más intrusivo de la normatividad internacional en materia de libertad de expresión.

La discusión sobre la aplicación de la normatividad internacional de derechos humanos a la regulación empresarial de contenidos en línea está en ciernes. Si bien hay avances como la posibilidad de que el Consejo Asesor de Contenido de Facebook tome en cuenta dicha normatividad cuando revise la eliminación de contenido de la plataforma (artículo 2o. del Acta Constitutiva del Consejo Asesor),<sup>7</sup> faltan por definirse las acciones que tomarán los otros gigantes de las redes sociales y, más importante, el papel que desempeñarán los Estados. El debate sigue abierto y este artículo constituye una primera aproximación a la reflexión en torno a la libertad de expresión en los tiempos del Internet y las redes sociales.

## VI. CONCLUSIONES

El incremento vertiginoso en las últimas casi tres décadas en el número de usuarios y el tiempo que éstos dedican a navegar por el Internet o más precisamente en las redes sociales, ha trastocado fuertemente la manera en que las personas se comunican e interactúan. El Internet y las redes sociales se han convertido en la nueva plaza pública, el espacio donde las personas comparten sus opiniones, mensajes, videos, fotos y demás.

---

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.oversightboard.com/governance/>.

Esta creciente importancia del Internet en la vida diaria de las personas ha ido acompañada por una concentración de su infraestructura en unas cuantas empresas de redes sociales. Atrás quedó el ideal de un Internet libre y descentralizado, en su lugar un puñado de empresas controlan la infraestructura en la que navegan millones de personas alrededor del orbe. Concentración que ha dado lugar a que este pequeño número de empresas, principalmente de redes sociales, tengan un enorme poder para decidir qué se puede publicar, compartir, opinar en línea. Son los guardianes de la libertad de expresión en Internet.

De tal manera que, en su calidad de guardianes de la libertad de expresión en Internet, estas empresas de redes sociales han puesto en marcha todo un sistema privado de revisión de contenidos, que incluyen una serie de reglas, procedimientos, personas y tecnologías de punta, por medio de los cuales deciden qué se dice en línea. Se trata de un sistema regulatorio privado de la libertad de expresión en Internet, con alcance para los millones de usuarios de las redes sociales, que es opaco, no le rinde cuentas a nadie, no respeta las garantías mínimas procesales y que, por tanto, deja en la indefensión a los sujetos.

La regulación estatal de la libertad de expresión propia del siglo XX coexiste ahora con un sistema privado de regulación aplicable al Internet. El modelo regulatorio de la libertad de expresión es un triángulo, donde los individuos están sometidos al mismo tiempo a la regulación estatal aplicable fuera de línea y a la regulación de las redes sociales para el Internet.

Es un cambio de enorme profundidad en materia de la libertad de expresión que llama a emprender la reflexión respecto sus alcances, implicaciones y ajustes jurídicos necesarios. La respuesta no se ha hecho esperar ante el creciente y discrecional poder que detentan las empresas de redes sociales en el ámbito de la libertad de expresión de sus millones de usuarios, por lo que se ha planteado limitar tal poder mediante la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo es un primer intento por poner sobre la mesa la reflexión sobre este tema, quedan pendientes todo un conjunto de aspectos tales como cuál es la respuesta más adecuada frente a este desafío tecnológico, el papel de los Estados, del derecho y de las mismas empresas de redes sociales.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- BALKIN, Jack M. 2018a. Free speech is a triangle [versión electrónica]. *Columbia Law Review*. Vol. 118 (7).
- BALKIN, Jack M. 2018b. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and the new school of regulation [versión electrónica]. *UC Davis Law Review*. Vol. 51 (3).
- BERONI, Eduardo *et al.* 2019. Libertad de pensamiento y expresión. En STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.). *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*. Bogotá, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- CALCANELO MONTS, Mauricio Augusto. 2019. Big data, big data analytics y datos personales en los tiempos del Internet: de la autorregulación estadounidense al reglamento general de protección de datos de la Unión Europea [versión electrónica]. *Estudios en Derecho a la Información*. Núm. 8.
- CITRÓN, Danielle Keats y RICHARDS, Neil M. 2018. Four principles for digital expression (You won't believe #3!) [versión electrónica]. *Washington University Law Review*. Vol. 95.
- CLEGG, Nick. 2019. Draft charter: An oversight board for content decisions. Recuperado el 17 de agosto de 2019. Disponible en: <https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/01/draft-charter-oversight-board-for-content-decisions-2.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2017. *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*. Recuperado el 2 de septiembre de 2019, disponible en: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet\\_2016\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf).
- CONGER, Kate, y DAVEY, Alba. 2020. Twitter Refutes Inaccuracies in Trump's Tweets About Mail-In Voting. *The New York Times*. Recuperado el 5 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/05/26/technology/twitter-trump-mail-in-ballots.html>.
- DIAMOND, Larry. 2010. Liberation technology [versión electrónica]. *Journal of Democracy*. Vol. 21 (3).
- DIAMOND, Larry. 2019. The threat of postmodern totalitarianism [versión electrónica]. *Journal of Democracy*. Vol. 30 (1).

- DODDS, Laurence. 2020. Twitter bans Donald Trump's campaign from tweeting until he deletes false coronavirus claim. *The Telegraph*. Recuperado el 5 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2020/08/06/twitter-gags-donald-trumps-campaign-account-deletes-false-covid/>.
- DOUEK, Evelyn. 2018. U.N. Special Rapporteur's Latest Report on Online Content Regulation Calls for "Human Rights by Default". *Lawfare blog*. Recuperado el 3 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.lawfareblog.com/un-special-rapporteurs-latest-report-online-content-regulation-calls-human-rights-default>.
- Facebook. 2019. Global feedback and input on the Facebook oversight board for content decisions. Recuperado el 20 de agosto de 2019, disponible en: <https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/06/oversight-board-consultation-report-2.pdf>.
- Freedom House. 2018. *Freedom on the net 2018. The rise of digital authoritarianism*. Washington D.C.: Freedom House. Recuperado el 30 de julio de 2019, disponible en: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/10192018\\_FOTN\\_2018\\_Final\\_Booklet.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/10192018_FOTN_2018_Final_Booklet.pdf).
- GASSER, Urs. 2016. Recoding privacy law: reflections on the future relationship among law, technology, and privacy [versión electrónica]. *Harvard Law Review*. Vol. 130 (2).
- KAYE, David. 2019. A new constitution for content moderation. *Medium One Zero*. Recuperado el 5 de septiembre de 2020, disponible en: <https://onezero.medium.com/a-new-constitution-for-content-moderation-6249af611bdf>.
- KLONICK, Kate. 2018. The new governors: the people, rules and processes governing online speech [versión electrónica]. *Harvard Law Review*. Vol. 131 (6), 1598-1670.
- Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. 2018. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Recuperado el 5 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.undocs.org/es/A/HRC/38/35>.
- ZITTRAIN, Jonathan. 2018. Fixing the Internet [versión electrónica]. *Science*. Vol. 362 (6417).

ZUCKERBERG, Mark. 2019. The Internet needs new rules. Let's start in these four areas. *The Washington Post*. Recuperado el 12 de agosto de 2019, disponible en: [https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f\\_story.html?utm\\_term=.5805760f9827](https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?utm_term=.5805760f9827).

ZUCKERBERG, Mark. 2018. A blueprint for content governance and enforcement [en línea]. Recuperado el 13 de agosto de 2019, disponible en: [https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/?hc\\_location=ufi](https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/?hc_location=ufi).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: Balance y desafíos

### Constitutional jurisdiction and democratic institutionalality in Venezuela: Balance and challenges

Recepción: 28 de agosto del 2019

Aceptación: 15 de junio del 2020

Jesús María CASAL\*

**RESUMEN:** Este artículo analiza el papel que ha desempeñado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática que se ha producido en ese país. Se identifican las bases conceptuales y procesales en que se ha apoyado dicha Sala para apuntalar una dominación autoritaria. El autor aborda la importante misión cumplida por tribunales constitucionales en procesos de transición a la democracia o de redemocratización y, a partir de allí, plantea los principales desafíos que debería asumir una jurisdicción constitucional renovada en su integración y en su concepción funcional con la finalidad de asegurar el pluralismo político y el Estado de Derecho en Venezuela. Se señalan también las prácticas procesales y las interpretaciones que deberían ser abandonadas y las que habría que promover.

**ABSTRACT:** This article analyses the role played by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela in the dismantling of democratic institutions that has occurred in that country. The conceptual and procedural foundations on which the Constitutional Chamber relied on to endorse an authoritarian domination are identified. The author refers to the important mission accomplished by the constitutional courts in processes of transition to democracy or redemocratization and highlights the main challenges that a constitutional jurisdiction, with a new integration and functional conception, should address to ensure political pluralism and the rule of law in Venezuela. The study also comprises the procedural practices and the interpretations that should be abandoned and those that should be promoted.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Senior Research Affiliate en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg). Venezuela. Correo electrónico: [jesusmaria-casal@gmail.com](mailto:jesusmaria-casal@gmail.com). ORCID: 0000-0001-9684-3691.

Finalmente, el autor enuncia algunas herramientas que podrían robustecer la autoridad de tal jurisdicción en una posible transición a la democracia.

**Palabras clave:** papel de la jurisdicción constitucional, autoritarismo judicial en Venezuela, tribunales constitucionales y transición a la democracia, desafíos procesales y sustantivos.

*Finally, the article presents some tools that could strengthen the authority of such jurisdiction in a possible transition to democracy.*

**Keywords:** *Role of the Constitutional Jurisdiction, Judicial Authoritarianism in Venezuela, Constitutional Courts and Transition to Democracy, Procedural and Substantive Challenges.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia.* III. *El papel político-institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* IV. *Los elementos conceptuales y las estrategias procesales puestos al servicio del autoritarismo ejecutivo y judicial.* V. *La jurisdicción constitucional de la redemocratización.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Venezuela ha sufrido un proceso severo de demolición de la democracia y el Estado de derecho que ha dado lugar a múltiples informes de organismos internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2019) y a numerosos estudios científicos, algunos centrados en sus contenidos e implicaciones político-constitucionales (González-Jácome, 2019, pp. 136 y ss. y Landau, 2013, pp. 189 y ss.). En este trabajo se quiere focalizar el análisis en la actuación desplegada por la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia, en ese contexto de degradación institucional que ella misma ha sabido impulsar, y en los cambios sustanciales que, desde una jurisdicción constitucional comprometida con la hoy incipiente transición a la democracia, habría que adoptar para renovar dicha jurisdicción en sentido conceptual y funcional y perfilarla como un agente fundamental de la redemocratización.

Es importante considerar el papel que debería jugar la jurisdicción constitucional en el escenario de recuperación democrática que podría iniciarse en Venezuela (Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 2019). En este país, las fuerzas democráticas representadas

en la Asamblea Nacional se esfuerzan por lograr el establecimiento de un verdadero orden constitucional y democrático, lo cual implica la convocatoria de elecciones genuinas y una regeneración institucional basada en el Estado de Derecho. La experiencia comparada indica que, en la transición a la democracia, los tribunales constitucionales suelen contribuir significativamente al desmontaje de las estructuras y de los criterios autoritarios que de una forma u otra intentan persistir a pesar de la transformación política. De allí que, ante ese escenario, sea preciso reflexionar sobre el perfil y retos de la jurisdicción constitucional, lo cual presupone comprender los cimientos del protagonismo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el desmantelamiento de la democracia y el Estado de Derecho e identificar las desviaciones jurisprudenciales que deben ser superadas.

Seguidamente se hará referencia al desempeño de la jurisdicción constitucional en algunos procesos de transición a la democracia, en los cuales los aportes de los tribunales constitucionales han sido justamente valorados como trascendentales y han servido de modelos en circunstancias institucionales similares. Luego se aludirá al rol que hasta la fecha ha cumplido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y se examinarán los elementos conceptuales y procesales que han caracterizado su andadura autoritaria. Finalmente, se abordarán algunas de las tareas que debería asumir la jurisdicción constitucional venezolana en una transición a la democracia y algunos de los mecanismos que podrían coadyuvar al afianzamiento de su autoridad en esa fase decisiva.

Conviene aclarar que cuando se menciona la jurisdicción constitucional se deja abierta la cuestión de la denominación y organización de la instancia que ocuparía una posición especial dentro del sistema de justicia constitucional, al ostentar competencias de control concentrado (eventualmente anulatorio) de la constitucionalidad de las leyes, entre otras. El concepto de jurisdicción constitucional es frecuentemente referido a la facultad de control judicial de constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios o tendencialmente generales, reservada a determinado órgano jurisdiccional (Rubio Llorente, 2012, pp. 1251 y 1252, 1325 y 1326).

En este trabajo se parte de la premisa de que se mantendrá en el país una jurisdicción constitucional en sentido amplio, bajo uno u otro diseño institucional (corte suprema de justicia con atribuciones de control concentrado, sala o tribunal constitucional), aunque dentro de un sistema mixto o integral de justicia constitucional, que se corresponde con nuestra evolución

constitucional y que apunta en la dirección de una defensa judicial de la Constitución colocada en manos de actores plurales, de jueces autónomos que a la luz de los casos concretos van impulsando la construcción de la jurisprudencia constitucional y desaplican leyes u otras normas incompatibles con la Constitución (control difuso), con atribuciones de control concentrado (anulatorio) de constitucionalidad de las leyes y de armonización jurisprudencial, entre otras, a cargo del órgano de jurisdicción constitucional. Esta preservación del modelo mixto, además, evita sobredimensionar la posición del órgano encargado de la jurisdicción constitucional, con los riesgos que ello puede comportar para la democracia y el Estado de Derecho. La existencia de un órgano que tenga esas competencias anulatorias y de armonización es, al mismo tiempo, importante para la protección de la Constitución, el resguardo de la democracia y el mejor funcionamiento del sistema de justicia constitucional como un todo. Por otra parte, no debe descartarse que, según las características de la transición política, la figura de la Sala Constitucional integrada en un Tribunal Supremo de Justicia deba conservarse, así fuera como solución provisoria, aunque evidentemente renovada en su composición.

## II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

En los últimos años ha cobrado singular interés el estudio de la misión o papel institucional de los tribunales constitucionales o de la jurisdicción constitucional (Boulanger, 2013 y Casal, 2010a). Ello en dos vertientes fundamentales. Por un lado, la de los análisis actitudinales y otros aportes de la doctrina norteamericana centrados en los factores que explican el comportamiento y decisiones judiciales, en especial de los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos y, por otro lado, la de las investigaciones principalmente europeas relativas al papel de los tribunales constitucionales en procesos de transición a la democracia, como los vividos en Europa del Este. Los primeros han mostrado que un aspecto crucial en la comprensión de la actuación de los jueces constitucionales es la conciencia que tienen sobre la misión que han de cumplir y se espera de ellos. Las segundas ponen de manifiesto que, justamente, desde la perspectiva de su conciencia institucional, los tribunales constitucionales han procurado

desempeñar un rol relevante en tales procesos de transformación y a veces lo han logrado.

Este auge de la aproximación funcional a la jurisdicción constitucional se ha visto reflejado también en la profundización en el examen de la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales en Italia, Alemania y España, durante la recuperación democrática experimentada tras la Segunda Guerra Mundial, en los dos primeros casos, o después de la caída del franquismo, en el último.

En el ámbito latinoamericano el interés por estos enfoques ha aumentado a raíz de la tragedia institucional venezolana, con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como artífice fundamental de la demolición de la democracia y el Estado de Derecho. Es preciso robustecer en la región el tratamiento científico de las funciones institucionales de la jurisdicción constitucional, según lo expuesto en trabajos previos de perspectiva comparada o referidos a la situación constitucional venezolana (Bazán y Nash, 2011, y Casal, 2010a). Hay que propugnar una comprensión de la jurisdicción constitucional que la perfile cada vez con más vigor como una jurisdicción constitucional de la libertad, como un conjunto orgánico y procesal destinado a resguardar la separación de poderes, el pluralismo político y social, la autonomía individual y los derechos fundamentales en general. Es importante además revisar esta concepción funcional de la jurisdicción constitucional en distintos ordenamientos jurídicos (Nogueira Alcalá, 2004, pp. XVI y ss.; Rubio Llorente, 2012, pp. 1373 y ss.; Tajadura, 2006, pp. 521 y ss.; Brewer-Carías, 2010, 25 y ss.; Colombo, 2002, 11 y ss.; Corzo, 2013, pp. 133 y ss.; Paredes, 2015, pp. 245 y ss.). De este modo, se sale al paso de corrientes que pudieran preconizar una jurisdicción constitucional pretendidamente neutral, sin identidad funcional específica, o de aquellas puestas al servicio de una ideología metaconstitucional o de una dominación personal o autoritaria. En otras palabras, ello puede coadyuvar a contrarrestar ciertas tendencias de “constitucionalismo abusivo” (Landau, 2013, pp. 189 y ss.) que han sido observadas en Venezuela y otros países.

En particular, la discusión sobre los aspectos organizativos y funcionales de la jurisdicción constitucional, sin duda importante, no debe dejar de lado la cuestión medular: la razón de ser o la misión institucional de esa jurisdicción. No es suficiente decir que su tarea consiste en asegurar el cumplimiento de la Constitución, quedando así el papel de los tribunales o salas constitucionales diluido en el complejo entramado de la regulación

constitucional, sino que la formación y evolución de esta jurisdicción en el constitucionalismo comparado la ha ido dotando de un perfil funcional específico, que obviamente no está divorciado de la normativa constitucional pero que no se agota en su literalidad.

El repunte o marcha triunfal de los tribunales constitucionales europeos se origina en la segunda posguerra, como reacción ante la incapacidad de los ordenamientos constitucionales de defenderse frente al avance autoritario o totalitario del fascismo o el nacionalsocialismo (Fernández Segado, 1997, pp. 45 y ss.). Un aspecto capital de esta génesis se encuentra en la observación de los procesos de perversión de la institucionalidad, de socavamiento interno, que habían tenido lugar especialmente en Alemania, frente a los cuales el tribunal constitucional era concebido como máximo garante de los pilares fundamentales de un orden democrático-constitucional y, por tanto, de los derechos inherentes al ser humano. Dichos tribunales (re) surgieron, pues, no como una pieza más de la ingeniería constitucional, sino con la misión específica de evitar la concentración y absolutización del poder del Estado y de mantener saludables los resortes o contrapesos orgánico-funcionales. Igualmente, para amparar los espacios públicos de debate y competencia democráticos y los de libertad individual y social.

Tras los intentos fallidos de entreguerras, este bautizo o regeneración de la jurisdicción constitucional, como instrumento esencial de la preservación de los equilibrios políticos, de los pesos y contrapesos del Estado de Derecho dentro de la democracia, como garantía del respeto de la dignidad del ser humano y de los derechos que le son inherentes, ha dejado una impronta imborrable en la concepción del rol institucional que debe desempeñar. Algo similar puede decirse de los desarrollos jurisprudenciales estadounidenses ligados a la protección de la declaración de derechos. Estos progresos impactaron en Latinoamérica, que recorría su propio camino de constitucionalización, y que en general hizo pivotar su justicia constitucional en la garantía efectiva de los derechos humanos, con el amparo como mecanismo procesal representativo de este movimiento en favor de la protección procesal de los derechos.

El asentamiento de esa idea sobre las funciones de la jurisdicción constitucional explica que, cuando los países de Europa del Este acometieron sus procesos de transición a la democracia, incorporaran en sus Constituciones tribunales constitucionales, como signos inequívocos del compromiso con la democracia constitucional que estaban asumiendo. Algunos

de estos tribunales jugaron después un rol relevante en la democratización de tales Estados.

Hoy los tribunales o salas constitucionales, u órganos judiciales supremos encargados de la jurisdicción constitucional, conceptualmente no son simples defensores de la Constitución, sino que lo son con un determinado sello funcional-institucional. Son creados sobre todo para salvaguardar la idea misma de Constitución como instrumento de limitación y control del poder. También, por tanto, para actuar como instancia judicial última de garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales en el orden interno. No tanto porque tales órganos, de manera global, puedan asegurar en solitario su observancia, sino porque están particularmente llamados a preservar, por las formas y medios de la jurisdicción, el ecosistema democrático constitucional en que operan y en que esos derechos han de ser normalmente respetados.

El afianzamiento de una visión institucional como la esbozada erige a la jurisdicción constitucional en guardián no solo de la Constitución o de la supremacía constitucional a secas, sino especialmente del sistema democrático-constitucional, cuya vigencia es necesaria para que queden resguardados los derechos y libertades y la participación libre de la ciudadanía en los asuntos públicos, lo cual conduce a que el entendimiento que tienen los jueces constitucionales sobre su propio cometido atienda a tales paradigmas, más aún si estos se han sembrado en la comunidad jurídica y en la sociedad en su conjunto, ante la cual aquellos habrán de rendir cuentas de sus ejecutorias. Se trata no de encomendar a la jurisdicción constitucional la misión hercúlea, y peligrosa a la luz del Estado de Derecho, de asegurar que la democracia constitucional se conserve saludable, como base o fundamento para una intervención judicial cada vez que, con ese propósito, los jueces constitucionales lo consideren necesario, sino de continuar ejerciendo las facultades propias de esa jurisdicción, de revisión de la constitucionalidad de las leyes u otras de garantía judicial de la Constitución, en el marco de las competencias y procesos correspondientes, pero intensificando el control cuando puedan haber sido puestos en entredicho los cimientos o fundamentos del edificio constitucional-democrático, en una dimensión tanto sustantiva como procedimental.

Por otro lado, aunque no baste para contrarrestarlas, esa perspectiva funcional puede ser un antídoto o contención ante las amenazas autoritarias de uno u otro signo ideológico que están al acecho de nuestras frágiles democracias y de nuestros incipientes Estados de Derecho. La premisa

esencial de todo esto es, por supuesto, la independencia judicial, pues una vez que esta ha sido enteramente socavada los factores que influyen en el comportamiento judicial son de otra naturaleza. Respecto de este socavamiento de la independencia judicial en Venezuela, conviene ver lo que distintos autores como Canova, Herrera, Rodríguez y Graterol (2014), Chavero (2011) y Louza (2017) han señalado en sus estudios sobre el tema.

En contextos de transición a la democracia o redemocratización, la jurisdicción constitucional ha llegado a ser actor fundamental de la reinstitucionalización, como, entre otros autores, ha señalado Ahumada (2005), dado que desde ese órgano instaurado en el vértice jurisdiccional ha sido posible impregnar todo el poder judicial y el sistema jurídico del espíritu que anima la reconstrucción. Ha sido arquetípica la experiencia alemana de la segunda posguerra y, después, la española del posfranquismo. Los respectivos tribunales constitucionales asumieron posiciones de vanguardia en la defensa del corazón de las nuevas Constituciones, de sus principios rectores y de los derechos consagrados. Supieron levantar la naciente idea constitucional, por medio de una temprana jurisprudencia que se empeñó en dar señales claras de la instauración de un orden jurídico-político sustancialmente distinto del anterior.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, referida a los derechos fundamentales como orden o sistema de valores, con las depuraciones a que luego sería sometida, fue expresión de la especial significación que tendrían estos derechos y su garantía judicial efectiva en la fase de recuperación republicana y democrática que se iniciaba, como ha sido reseñado por Boulanger (2013, pp. 73 y ss.). Al mismo tiempo, quería poner de manifiesto la ruptura con las situaciones precedentes de negación abierta de estos derechos y de la dignidad de la persona durante el Nacionalsocialismo, así como con la limitada protección judicial de estos derechos y las fragilidades de la dogmática jurídica en la República de Weimar.

El Tribunal Constitucional español por su parte, con sentencias como las referidas al derecho de reunión o manifestación, sin necesidad de autorización previa, o a la objeción de conciencia, como derecho cuya operatividad no podía quedar completamente suspendida hasta la adopción de la ley correspondiente (SSTC 15/1982 y 36/1982), apuntaló líneas jurisprudenciales en materia de derechos que reivindicaron la fuerza normativa de la Constitución y que obligaron a una relectura del ordenamiento jurídico bajo la égida de la Constitución (Garzón Valdés, 2003, 27 y ss.).

Tanto en el caso alemán como en el español, los tribunales constitucionales representaban piezas nuevas dentro de una institucionalidad que en parte conservó cuadros del régimen precedente. En Alemania, fue eliminado el Tribunal Superior Popular, pero muchos de los jueces de tribunales ordinarios se mantuvieron en sus posiciones en la posguerra. Incluso jueces del Tribunal Supremo Federal procedían del poder judicial anterior a la caída del Nacionalsocialismo. Mientras que en el Tribunal Constitucional Federal fueron designados exiliados o personas con una orientación claramente diferente a la del sistema que había colapsado (Boulanger, 2013, 73 y ss.). En España, por las características de la transición ordenada y gradual desde el franquismo y hacia la democracia, el poder judicial siguió siendo en importante medida el mismo. Hubo cambios relevantes como la supresión del Tribunal de Orden Público, pero el resto de la estructura judicial en términos generales soportó la transición y en ella prevalecía una mentalidad que privilegiaba el valor del orden, de la estabilidad social y del respeto a la autoridad. Sobre ella se superpuso un Tribunal Constitucional con orientaciones vanguardistas en la garantía de las libertades fundamentales (Rubio Llorente, 2012, 1409 y ss. y García de Enterría, 1981, pp. 19 y ss.), lo cual venía exigido por la Constitución y por los pasos dados antes de su aprobación, y se reflejaba también en su composición.

En ambos contextos los tribunales constitucionales empujaron a los demás órganos judiciales en la dirección de la protección del Estado de Derecho, con los derechos fundamentales como acicate principal de este giro jurisprudencial. El ordenamiento jurídico en su conjunto adquirió un sentido distinto, gracias en parte a esta tarea, con lo cual los engranajes del pasado se transformaron e insertaron en una dinámica democrática y constitucional muy diversa.

Bajo estas coordenadas, conviene abordar el papel institucional que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y el que debería cumplir la futura jurisdicción constitucional.

### III. EL PAPEL POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

De acuerdo con la Constitución, la Sala Constitucional, como parte del Tribunal Supremo de Justicia, debería ser un órgano que contribuyera a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitu-

cionales (artículo 335). Esta contribución tendría que ser además decisiva, dada la singular función que está llamada a cumplir en la interpretación de la Constitución, en virtud del efecto vinculante de los criterios que al respecto establece. Por otro lado, aunque la Constitución no lo señale expresamente, de ésta y de lo antes expuesto se desprende que dicha Sala debería ser un actor institucional fundamental para asegurar la vigencia del Estado de derecho y de los principios democráticos. De allí la importancia que habrían de tener en su actuación la protección de los derechos humanos y la preservación de la separación o división de poderes y del pluralismo político (artículos 2o., 3o., 19, 23 y 136 de la Constitución).

Sin embargo, la Sala Constitucional, creada por la Constitución de 1999, se desvió rápidamente del modelo constitucional y del paradigma filosófico-jurídico del constitucionalismo. Había sido instaurada bajo el impulso de propuestas que respondían mayoritariamente a la idea de robustecer la salvaguarda de los derechos humanos y de la Constitución como expresión del constitucionalismo democrático, pero quedó atrapada tempranamente por la determinación de las fuerzas partidistas dominantes de ocupar políticamente el Tribunal Supremo de Justicia. El propio sobredimensionamiento funcional de la Sala Constitucional que se puso de manifiesto en la supuesta Exposición de Motivos de la Constitución (Casal, 2000), redactada con posterioridad a la sanción popular de la Constitución y en muchos aspectos alejada del texto y de la voluntad constituyente, anunciaba ya el propósito de los dueños del proceso político emergente de erigir a dicha Sala en un instrumento de cierre de todo el orden jurisdiccional y, en tal condición, en la garantía última de los fines e intereses gubernamentales.

La propia Sala se inclinó desde el comienzo por una lectura extensiva de sus atribuciones, invocando de manera postiza la misión de coadyuvar al aseguramiento de la supremacía constitucional. La Sala no sólo ignoró esta tarea, que en igual sentido tienen asignadas otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en su ámbito competencial, sino que, adicionalmente, asumió como objetivo la ampliación de su campo de actuación, antes que el cumplimiento de su papel institucional como jurisdicción constitucional de la libertad, como instancia jurisdiccional dedicada a desplegar controles sobre los gobernantes, a evitar el abuso de poder, para resguardar los derechos humanos y los equilibrios políticos.

Al inicio de su andadura jurisprudencial, dejó algunas muestras de protección constitucional, pero también desde entonces sembró los fundamentos para el progresivo y acelerado socavamiento de la instituciona-

lidad democrática, que llevaría a cabo con empeño y frente al cual de poco sirvieron en la práctica algunas señales tardías de parcial rectificación de alguno de los protagonistas de la embestida judicial. Tempranamente la labor de la Sala Constitucional arrojó un saldo francamente negativo en lo que respecta a los logros materiales que debe exhibir una jurisdicción constitucional que merezca tal nombre, como oportunamente fue advertido por Brewer-Carías (2007, pp. 11 y ss.) y Casal (2005, pp. 316 y ss.). Dicha Sala se perfiló crecientemente como un artifice primordial de la restricción arbitraria de las libertades civiles y políticas; de la extensión indebida de las facultades del Presidente de la República; de la minimización del valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos; del desconocimiento de las posibilidades de acción de la oposición parlamentaria; del cercenamiento de la libertad económica y del derecho de propiedad y, aunque luzca paradójico, del debilitamiento de la garantía jurídica de los derechos sociales (Brewer Carías, 2007, pp. 470 y ss. y Casal, 2011, pp. 1811 y ss.).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejemplifica de modo palmario las situaciones en las cuales la jurisdicción constitucional asume funciones de afianzamiento de una dominación autoritaria, tal como se refleja en distintos estudios (Brewer-Carías, 2016 y Casal, 2017a). Se trata de un órgano que no ejerce un auténtico control jurisdiccional; que resuelve sistemáticamente a favor del gobierno, con contadísimas excepciones correspondientes a sus primeros años de funcionamiento (Taylor; 2014, pp. 229 y ss.); que avala ampliamente las políticas o medidas oficiales y, lo que es más delicado, que frente a intereses o políticas gubernamentales contrarias a la libertad de expresión o de manifestación u otros derechos medulares para la democracia, se adelanta a la actuación pública y abre senderos para una intervención estatal más profunda, mayormente lesiva de esos derechos. Es un actor militante del menoscabo de las libertades ciudadanas, que actúa alineado con el gobierno nacional.

La Sala Constitucional ha sido, pues, un instrumento del régimen autoritario, aunque conviene aclarar que ha tenido cierta vida propia, en el sentido de que no ha sido un mero ejecutor de órdenes gubernamentales ni se ha limitado a convalidar las actuaciones oficiales al desechar de plano los recursos interpuestos contra ellas, sino que ha demostrado una especial capacidad de iniciativa, de invención y, en definitiva, de cooperación activa en la apertura de caminos de consolidación de la hegemonía de la ideología y del poder personal del Presidente. Esta vida propia no se basa obviamente en la independencia judicial, sino en la naturaleza del sistema

de dominación en el cual el poder judicial se inserta. El poder judicial, y sobre todo su cúspide, han adquirido en este ciclo una significación antide-mocrática desconocida hasta ahora en Venezuela, según la cual el Tribunal Supremo de Justicia y particularmente su Sala Constitucional no son propiamente órganos de control jurisdiccional, ni siquiera de modo aparente o como fachada, sino que forman parte de las estructuras de apoyo militante a la ideología y a la gestión gubernamental. Habíamos tenido anteriormente serios problemas para afianzar un poder judicial autónomo, pero eran de otra naturaleza y alcance.

La Sala Constitucional no ha operado bajo las reglas de la iniciativa de parte interesada y de la presentación de los recursos correspondientes ni conforme a competencias específicas normativamente atribuidas, ni siquiera con apego al principio del contradictorio y al derecho a ser oído (Casal, 2017b, pp. 199 y ss., y SC 9/2016, 473/2016 y 2/2017). Su actividad se aproxima más a la de una instancia que, en consulta permanente con el gobierno, prepara estrategias simuladamente jurisdiccionales para ampliar las facultades ejecutivas, restar espacios de participación libre a la oposición o a la sociedad en general, catapultar las posibilidades de intervención del Estado en la economía y, correlativamente, relativizar el valor de los derechos económicos, así como de los derechos fundamentales en general. No ha sido en rigor un órgano jurisdiccional.

En tal sentido, la Sala Constitucional ha establecido interpretativamente los fundamentos para la reelección indefinida del Presidente de la República (SC 1488/2006); para la censura judicial de informaciones y de la programación de los medios de comunicación (SC 1013/2001 y 956/2007; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003); para la ampliación del ámbito del reglamento en el campo de la actividad económica, en detrimento de la reserva de ley (SC 163/2004 y 2164/2004); para la utilización desmesurada de las leyes habilitantes y de los decretos leyes (SC 1716/2001 y 740/2003); para la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (SC 1939/2008); para la centralización de competencias constitucionalmente atribuidas a los Estados con el carácter de exclusivas (SC 565/2008); para la intervención estatal en la economía con mínimos límites sustantivos (SC 1049/2009 y 1158/2014), entre otros vectores jurisprudenciales favorecedores de la expansión del poder gubernamental (Brewer-Carías, 2007, pp. 419 y ss. y Casal, 2017a).

La labor judicial desarrollada por la Sala Constitucional una vez que la oposición al gobierno de Hugo Chávez y luego de Nicolás Maduro obtuvo un importante triunfo en las elecciones parlamentarias de 6 de diciembre de 2015 corrobora esa orientación general de la jurisprudencia constitucional y el papel institucional ya esbozado de la referida Sala. Antes de esos comicios, la Sala Constitucional se distinguió por respaldar la actuación del Poder Ejecutivo Nacional y de la Asamblea Nacional, mayoritariamente oficialista, al declarar sin lugar los recursos interpuestos contra sus actos. Más aún, su papel ha sido no solo de pasividad ante acciones inconstitucionales de los poderes públicos sino incluso se ha caracterizado, como se dijo, por anticiparse a las iniciativas gubernamentales, colocando argumentativamente bases para una “huida hacia adelante”, es decir, para una intensificación o profundización de medidas ya adoptadas o de aspiraciones programáticas o intereses no satisfechos.

Esa misma Sala Constitucional, completamente postrada ante el ejecutivo o, mejor dicho, erigida en factor determinante de su dominación, sacó a relucir un rostro aún más autoritario cuando las circunstancias se lo exigieron. La oposición democrática ganó las dos terceras partes de los escaños de la Asamblea Nacional en las elecciones legislativas del 6 de diciembre de 2015, lo cual llevó a que la agónica mayoría oficialista de la Asamblea Nacional, cuyo periodo vencería en breve, anticipara inconstitucionalmente la designación de 13 magistrados principales y 20 suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, mediante jubilaciones anticipadas frutos de la presión política, lo cual privaba a la nueva Asamblea Nacional de la posibilidad de renovar parcialmente este Tribunal en la oportunidad en que correspondía, diciembre de 2016.

Este Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, que pasaron a tener en diciembre de 2015 una composición todavía más abyecta, que no cabía imaginar, procedieron a acometer un plan sistemático de demolición del Parlamento, mediante la sustracción a la oposición de esa mayoría calificada, el bloqueo de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional y, finalmente, la completa anulación de este órgano parlamentario y de sus actos. Después de más de ochenta decisiones dictadas por la Sala Constitucional desde enero de 2016, sobre normas u otros actos o supuestas omisiones o sobre las facultades del Parlamento, todas desfavorables a la Asamblea Nacional y carentes de sustento y solidez constitucional, no queda espacio para la actuación con eficacia jurídica

de este órgano democrático-representativo, el cual es sin embargo la única expresión institucional genuina en Venezuela de legitimidad democrática.

La inmunidad parlamentaria ha sido pisoteada, en el marco de la persecución política, y la sociedad misma ha sido cercada por la represión y la violación de los derechos humanos, con una Sala Constitucional que sometió inconstitucionalmente el derecho de manifestación al requisito de la obtención de autorización previa (SC 276/2014); respaldó tácitamente el cierre arbitrario de la vía del referendo revocatorio como mecanismo de solución democrática de la crisis política y social (SC 2750/2003); eliminó el control parlamentario sobre la declaración ejecutiva de los estados de excepción y convalidó su prolongación indefinida (SC 7/2016); sentó los fundamentos para la cancelación de los partidos de oposición (SC 53/2018); y avaló la imposición de una asamblea constituyente anti-democrática (SC 378/2017; Brewer-Carías, 2016, pp. 91 y ss.; Hernández, 2016, pp. 51 y ss., y Casal, 2017b, pp. 161 y ss.).

Ciertamente, en mayo de 2017 la Sala Constitucional desconoció el alcance de los artículos 347 y 348 de la Constitución, al afirmar que el Presidente de la República tiene la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, sin que sea necesaria la previa expresión de la voluntad popular mediante referendo, a pesar de que de los referidos artículos, del principio de soberanía popular y del derecho a la participación política se desprende lo contrario (SC 378/2017; Brewer-Carías y García, 2017).

Al instalarse la espuria asamblea nacional constituyente, con una Sala Constitucional cuyo ropaje jurisdiccional estaba ya completamente deshilachado ante la virulencia de su potencia política e ideológica, aquella comenzó en parte a sustituirla y muchas de las decisiones *extra ordinem* que dicha Sala hubiera adoptado se desplazaron a ese pretendido cuerpo constituyente, una transición que se ha dado sin forzamientos, porque en el fondo ambos órganos han operado al margen del orden constitucional formalmente en vigor.

#### IV. LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES Y LAS ESTRATEGIAS PROCESALES PUESTOS AL SERVICIO DEL AUTORITARISMO EJECUTIVO Y JUDICIAL

Conviene mencionar algunos de los basamentos conceptuales y herramientas procesales que han sido usados por la Sala Constitucional para demoler el Estado democrático y social de Derecho. Todos se apoyan en

la premisa de la ausencia de independencia judicial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017). Esta falta de independencia, importa advertirlo, no es vista propiamente como un distanciamiento indeseable pero circunstancialmente explicable respecto de un cierto paradigma institucional, sino como una consecuencia de la concepción ínsita al fenómeno de poder personal o cupular e ideológicamente aglutinante característico de la actual dominación política.

La opinión acerca de la necesidad de revisar la separación de poderes expresada por quien fuera presidenta del Tribunal Supremo de Justicia; las posturas jurisprudenciales relativas a una supuesta obligación de concertación parlamentaria con el poder ejecutivo durante el procedimiento legislativo, en lo relativo a las implicaciones económico-financieras de los proyectos de ley, concebida como una subordinación de la tramitación legislativa a la aprobación ejecutiva; y, en general, el sobredimensionamiento del estatus y atribuciones del presidente de la República como jefe de Estado, así como las numerosas acciones y declaraciones institucionales de ese Tribunal o de sus integrantes que erigen al Presidente de la República en conductor de un proceso políticamente homogéneo y monolítico, ilustran que la idea del Estado de derecho es ajena e incluso contraria a los pilares axiológicos del régimen instaurado. De allí que la independencia judicial sea extraña al entramado ideológico y político-institucional del oficialismo.

Bajo esta constatación, paso apenas a enunciar algunas piezas teóricas y procesales del mecanismo autoritario empleado por la Sala Constitucional para dismantelar el Estado democrático de derecho.

### *1. El postulado de la universalidad del control de constitucionalidad y de la garantía judicial de la Constitución como pretexto para la hipertrofia funcional*

En años previos a la aprobación de la Constitución de 1999 se consolidó una mentalidad favorable a la universalidad del control de constitucionalidad de las actuaciones u omisiones de los poderes del Estado y de la garantía judicial de la Constitución. Había que asegurar una protección judicial sin lagunas de la Constitución y los esfuerzos que se hicieran para ensanchar o replantear a esos efectos los instrumentos o principios procesales establecidos eran considerados plausibles.

Sobre estos cimientos colocó la Sala Constitucional muchos de sus primeros pronunciamientos, aprovechando además que comenzó a actuar sin que se hubiera dictado ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que tardaría mucho en adoptarse, ni la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, aún no sancionada. El sentido con el cual esta Sala utilizó esos fundamentos fue por supuesto distinto al que había animado su gestación, aunque faltó también en aquella comprensión dominante una conciencia sobre los límites que la jurisdicción constitucional también debe respetar en un Estado de Derecho, en cuanto a la debida consideración de las competencias normativamente atribuidas y de los espacios funcionales de los demás órganos constitucionales.

## *2. Desvalorización de la positividad jurídica y de las formas procesales*

En línea con lo anterior se encuentra la tendencia, bastante robusta igualmente al momento de la elaboración de la Constitución de 1999 y de la entrada en funcionamiento de la Sala Constitucional, a promover una interpretación y una metodología jurídica menos sujetas a las formulaciones legales y más abiertas a la determinación judicial de su sentido y finalidad y a la apreciación del impacto de los principios y valores constitucionales en la precisión de su significación jurídica (Molina, 2002, y Delgado, 2008). Esto estaba en consonancia con el reconocimiento y expansión de la fuerza normativa de la Constitución y la consecuente constitucionalización del ordenamiento jurídico y era también una reacción ante el formalismo jurídico que en parte había prevalecido en décadas anteriores.

Se trataba de una orientación en lo esencial justificada a la luz de la evolución de los estudios sobre la hermenéutica jurídica y de la formación del Estado constitucional de Derecho, aunque algunas visiones llegaron un poco lejos. Ello dio lugar a un estado de opinión con el cual podía sintonizar la Sala Constitucional, al apelar a la función de garantía de la supremacía constitucional para liberarse con facilidad de los parámetros constitucionales referidos al alcance de sus competencias y acometer una labor pretoriana de perfilamiento de su agigantado e indefinido campo de atribuciones. Esto se proyectó sobre el terreno sustantivo y sobre la interpretación de disposiciones constitucionales materiales, a veces en virtud

de la invocación del Estado democrático y social de derecho y de justicia, a lo cual luego se aludirá.

Algo similar ocurrió en relación con las formas procesales, lo cual estaba en continuidad con el pensamiento apuntado, pues el juez que, con la aparente autoridad de la Constitución, prescinde en su tarea interpretativa de la normatividad positiva, incluso de la constitucional, en atención a ciertos valores o fines, estaría también facultado para moldear las reglas procesales, con lo cual termina desconociendo el espacio democrático de la actividad del poder constituyente y del legislador.

### *3. La invocación del Estado democrático y social de derecho y de Justicia para resquebrajar el ordenamiento constitucional y dar anclaje en la Constitución a un proyecto ideológico externo a ella*

La Carta Fundamental de 1999 señala, en su artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Esta alusión a un Estado de Justicia ha sido aducida por la Sala Constitucional con el objeto de apuntalar interpretaciones apartadas de la regulación constitucional o legal en materia sustantiva y procesal. La noción de Estado de Justicia, y la de Estado social, han sido invocadas para debilitar las garantías del Estado de Derecho. En lugar de entender, como hubiera sido correcto, que ambos se insertan en un Estado de Derecho y lo presuponen, tales conceptos han sido utilizados para socavar el ordenamiento constitucional, al tomarlos aisladamente y con una perspectiva ideológica extraña al modelo del Estado social y democrático de Derecho. La apelación a la justicia en el artículo 2o. de la Constitución no ha de concebirse como un caballo de Troya capaz de desmontar la entera estructura constitucional, sino tiene que ser leída sistemáticamente dentro de la Constitución y de la fórmula global del Estado democrático y social de derecho en que se inscribe. Sin embargo, la Sala Constitucional ha seguido otro camino y ha acudido al artículo 2o. a fin de justificar soluciones jurisprudenciales lesivas de reglas o principios constitucionales (Berríos, 2013, pp. 21 y ss., y Petit, 2017, 16 y ss.).

Especialmente grave es que esta fórmula haya sido calificada como la consagración constitucional de un proyecto político o ideológico específico, cuyos contornos no se delimitan jurídicamente ni con base en precep-

tos constitucionales, sino de acuerdo con la “tradicción de cultura viva” y un “análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano” (SC 1309/2001). Entre los componentes de este proyecto político subyacente a la Constitución y que cristalizaría en el citado artículo 2o. se encuentra el rechazo al racionalismo individualista, a la afirmación de valores universales y a la primacía del derecho internacional, lo cual se ha traducido, entre otras construcciones jurisprudenciales, en la prevalencia abstracta o apriorística de derechos o intereses colectivos sobre derechos fundamentales y en la reconducción y vaciamiento, en clave nacionalista o soberanista, de las disposiciones constitucionales de apertura a la protección internacional de los derechos humanos (Ayala, 2010, pp. 85 y ss.).

#### *4. La superioridad apriorística de los intereses calificados de colectivos sobre los derechos individuales*

La Sala Constitucional ha roto el equilibrio existente, como punto de partida, entre los bienes constitucionales, al conferir a derechos o intereses pretendidamente colectivos una primacía abstracta o automática sobre los derechos individuales, aun cuando tengan la condición de derechos fundamentales (SC 1265/2008; Casal, 2010b, 173 y ss.). Con apelación a la fórmula del Estado social de derecho y de Justicia o sin ella, la jurisprudencia constitucional aborda las situaciones de colisiones entre bienes constitucionales bajo la premisa de que los de índole colectiva prevalecen siempre sobre los individuales. Más aún, ha rechazado, incluso como máxima metodológica, la idea de que la libertad es la regla y su restricción la excepción. Los derechos usualmente denominados sociales vencen de esta forma apriorísticamente sobre derechos fundamentales, dejando de lado las pautas que deberían orientar en las circunstancias particulares una ponderación de acuerdo con la exigencia de la concordancia práctica y el principio de proporcionalidad. La etiqueta de lo social o colectivo es así un talismán invocado por el gobierno que oscurece el análisis y doblega cualquier resistencia jurídica a las implicaciones de los programas que implementa en materia de vivienda, de acceso a las tierras agrícolas, de protección al consumidor o de lucha contra ciertas infracciones o delitos, sin importar que sean menospreciados el derecho de propiedad, la libertad económica u otros derechos fundamentales.

Esta orientación jurisprudencial no ha llevado consigo, importa aclararlo, una amplia tutela judicial de los derechos sociales o prestacionales. Por el contrario, en comparación con países latinoamericanos como Colombia o Perú, esta protección jurisdiccional ha sido modesta, porque el régimen entiende que corresponde esencialmente al poder ejecutivo el desarrollo de la política social, sin sujeción al principio de legalidad ni a un control judicial efectivo.

## V. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REDEMOCRATIZACIÓN

Son múltiples los aspectos en los cuales se precisa de una nueva jurisdicción constitucional. Los cambios que deben ser introducidos no con simples modificaciones regulativas u organizativas, ya que se requiere de un verdadero giro copernicano en la jurisdicción constitucional, afincado sobre todo en los criterios de fondo que guían la labor jurisdiccional y en la concepción referida a los poderes y límites de la jurisdicción constitucional y al sistema de justicia constitucional, lo cual puede naturalmente llevar aparejadas reformas en el diseño institucional. Los asuntos organizativos de la jurisdicción constitucional no serán tratados aquí, pero conviene dejar apuntada la relevancia del procedimiento de selección de los magistrados constitucionales, que ha sido abordado en otros estudios como los de Fix-Zamudio y Astudillo (2013) y Casal (2017c, pp. 154 y ss.).

### 1. *Las atribuciones del órgano encargado de la jurisdicción constitucional y la recuperación del sistema de justicia constitucional*

La nueva jurisdicción constitucional tendrá a su cargo la gran responsabilidad de contribuir a levantar desde sus cimientos una genuina institucionalidad democrática. Más aún, le corresponderá desmontar maneras de razonar judicialmente y de interpretar la Constitución. Muchas doctrinas sentadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia durante estos años han sido objeto de cuestionamiento generalizado y su refutación y sustitución forman parte de la agenda de la jurisdicción constitucional de la democracia y el Estado social de derecho. Pero junto a ello es indispensable concebir de otro modo el papel del juez constitucional y sus mecanismos de actuación.

De la exaltación de la que fue llamada la super sala y del carácter omnicompreensivo del control de constitucionalidad, sobre la cual se instaló la Sala constitucional autoritaria, ha de pasarse a una conciencia acendrada sobre la necesidad de focalizar la jurisdicción constitucional en los temas medulares del constitucionalismo y de someterla al orden y legalidad procesales. Al mismo tiempo, los desmanes de este ciclo político y judicial han demostrado que un exceso o desviación de la justicia constitucional se traduce en desequilibrios que menoscaban los controles y contrapesos institucionales. El ecosistema democrático-constitucional se resiente cuando una jurisdicción constitucional sobredimensionada competencialmente interviene prematuramente ante situaciones que aún deben permanecer en el campo de decisión de espacios democráticos, así como resulta afectada la autonomía individual o social cuando aquella no reconoce los linderos entre los asuntos públicos y los de desarrollo personal o participación ciudadana amparados por derechos fundamentales.

La Sala Constitucional ha tergiversado ciertamente la finalidad y alcance de los generosos instrumentos y facultades procesales que la Constitución le confiere para su garantía, pero lo que se intenta apuntar es que, siendo aquel el principal problema, hay otro solapado consistente en equiparar la magnitud de los poderes judiciales con la efectividad y la idoneidad material de la jurisdicción constitucional. Las regulaciones procesales deben ser sin duda suficientes para que el sistema de justicia constitucional resguarde la Constitución, pero la clave radica en cómo se utilicen los mecanismos procesales disponibles, desde el punto de vista de la consideración que se tenga por la función de los otros órganos constitucionales y de los criterios sustantivos que orienten la jurisprudencia.

Es importante asimismo que el tribunal o sala constitucional actúe con base en competencias constitucional y legalmente establecidas y no como un demiurgo jurídico que determina según los hechos que se presenten la vía procesal y el procedimiento aplicable, si es que se somete a alguno. Puede haber márgenes para la identificación de poderes implícitos y de cierta autonomía procesal, pero no es aceptable que el postulado o máxima sea el de la omnipotencia de la jurisdicción constitucional.

La degradación de estos años ha llegado a tal punto que se prescinde hasta del derecho al debido proceso, pues al conocer de solicitudes de revisión de sentencias, de recursos de interpretación directa de la Constitución e incluso de acciones de nulidad la Sala Constitucional resuelve el fondo o mérito de controversias referidas a derechos individuales o a atribuciones

constitucionales de órganos del poder público sin procedimiento contradictorio alguno y al margen de los cauces procesalmente previstos (SC 207/2014, 9/2016, 473/2016, 478/2016, 797/2016, 1086/2016, 2/2017 y 156/2017). La Sala Constitucional terminó abdicando, finalmente, de su condición de órgano jurisdiccional y sus integrantes renegaron con sus ejecutorias del oficio del juez. Ello sin entrar a examinar los graves vicios en la composición de esa y de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que se cometieron, primero, con motivo de la ampliación abusiva del número de sus miembros en el 2004 y, luego, cuando se produjo la designación de magistrados principales y suplentes al margen de la Constitución y de la ley respectiva, en diciembre de 2015.

Requerimos de una jurisdicción vigorosa en la defensa de la libertad, de los espacios de libre participación democrática y de los controles intra e interorgánicos, y por eso, convencida de la significación de los límites a los que ella misma debe quedar sujeta.

El desbordamiento competencial de la Sala Constitucional ha tenido consecuencias en sus relaciones con el legislador y con los jueces ordinarios. En relación con esto último es indispensable observar que dicha Sala ha minimizado el rol de los demás tribunales de la República en la garantía de la integridad y en la interpretación de la Constitución y, en particular, en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad. El artículo 335 de la Constitución ha sido adulterado en su significación y ha sido usado por esta Sala para fijar interpretaciones constitucionales vinculantes que no guardan conexión con la resolución de causas específicas ni con los cauces procesales normativamente establecidos. Además, estas (re) lecturas de la Constitución se imponen rígidamente a la judicatura e incluso al legislador, de tal manera que se niega a aquella las facultades de adaptación o distinción ínsitas a la aplicación de precedentes, o se admiten muy limitadamente; y se cercenan, en relación con el segundo, sus potestades de configuración político-normativa (Urosa, 2009 y Casal, 2017c).

Debe racionalizarse y acotarse el alcance del efecto vinculante de las interpretaciones constitucionales de la instancia responsable de la jurisdicción constitucional, sujetándola a la lógica del precedente (Landa, 2010, pp. 193 y ss.) y promoviendo dinámicas plurales y progresivas de construcción de la jurisprudencia constitucional, con participación relevante de los jueces ordinarios. Han de reconocerse, por otro lado, las peculiaridades de la incidencia de tales interpretaciones sobre el legislador.

Lo dicho conduce a insistir en la necesidad de preservar el carácter mixto o integral de nuestro sistema de justicia constitucional, menoscabado por la voracidad competencial de la Sala Constitucional. Un poder judicial reestructurado con base en los principios del mérito y de la carrera judicial, deberá desempeñar una función capital en la garantía e interpretación de la Constitución y también en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y el órgano de jurisdicción constitucional deberá impulsar, no restringir, esas iniciativas judiciales, todo ello sin perjuicio de las facultades que ostente para sentar una última palabra en el orden jurisdiccional, por cauces procesales específicos, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y la uniformidad en la interpretación constitucional, o la protección de derechos fundamentales en supuestos de grave desconocimiento.

En lo procesal habría que rechazar, principalmente: el acortamiento de las competencias de los jueces ordinarios en materia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al haber sido limitadas al examen de la contradicción explícita o literal entre disposiciones legales y preceptos constitucionales; la expansión indebida de la facultad de la Sala Constitucional de revisar las sentencias de otros tribunales de la República, sin sujeción además al debido proceso ni a plazo alguno para su ejercicio; la tergiversación del sentido y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por dicha Sala, para reconducirlos a la dinámica de los precedentes y de la construcción plural de la jurisprudencia; el avocamiento de causas en trámite en otros órganos judiciales, ordenado por la Sala Constitucional, o por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia en el ámbito material respectivo, lesivo del derecho al juez natural, que debería suprimirse; la solicitud directa de interpretación constitucional, como mecanismo usado para reescribir la Constitución o dirimir subrepticamente controversias subjetivas bajo el manto del carácter abstracto del asunto, que debería ser eliminada o redefinida restrictivamente; y, en suma, la potestad que esa Sala se ha atribuido para admitir toda clase de pretensiones relacionadas con la pretendida garantía de la Constitución, sin sometimientos a pautas legislativas ni procedimentales (Herrera, 2008, pp. 7 y ss.; Haro, 2000, pp. 455 y 456, y Villegas, 2000, pp. 417 y ss.).

## 2. *Los nuevos paradigmas sustantivos de la jurisprudencia constitucional*

Como se colige de lo hasta ahora afirmado, la transformación primordial de la jurisdicción constitucional se conecta con los criterios sustantivos y la misión institucional que han de orientar su desempeño. Conviene subrayar que, si bien los tribunales o salas constitucionales pueden contribuir a la estabilidad institucional, no es este el aspecto cardinal de sus funciones o, en otras palabras, el específico aporte de la jurisdicción constitucional a ese propósito es el que la distingue. El ethos o finalidad primordial de esta jurisdicción se encuentra no en el mantenimiento del orden público o en el sometimiento del pueblo al poder establecido, sino principalmente en la preservación de espacios de libertad que permitan el desarrollo de las potencialidades humanas, la actuación de las minorías y la fluidez del proceso democrático.

La primera tarea de la jurisdicción constitucional será revertir los criterios jurisprudenciales sentados por la Sala Constitucional que resultan abiertamente contrarios al constitucionalismo y al principio democrático, lo cual comprende no solo los contenidos en sentencias cuyo dispositivo comporte violaciones a derechos humanos o a reglas o principios constitucionales fundamentales desde la óptica apuntada, sino también los que han sentado el basamento teórico para el andamiaje judicial autoritario, aunque no hayan sido determinantes para la resolución del caso concreto. Estas (seudo) interpretaciones deberán ser rechazadas y reemplazadas por otras conformes con la democracia constitucional. Podría incluso acudir al artículo 25 de la Constitución, o a los principios jurídicos en que se sustenta, para admitir acciones dirigidas a declarar la nulidad absoluta de las sentencias dictadas en violación manifiesta de los derechos humanos. Más aún, dado que tales decisiones emanaron de un órgano político, que simuló la condición de jurisdiccional para disolver los pilares de la institucionalidad democrática, dichas pretendidas sentencias podrían ser calificadas como inexistentes por no haber sido dictadas por un órgano judicial. Luego se ahondará en los instrumentos procesales disponibles a estos efectos.

Por unas u otras vías procesales habrá que desmontar criterios de la Sala Constitucional referidos a los siguientes asuntos, que se mencionan a título puramente enunciativo. Habría que desechar: la inversión del propósito del artículo 23 de la Constitución para eximir a la Sala Constitucional y al Estado venezolano de cualquier control internacional en materia

de derechos humanos (SC 1942/2003) y declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SC 1939/2008 y 1547/2011); la desnaturalización del concepto de delitos de lesa humanidad (SC 1712/2001); la mutilación del artículo 42 de la Constitución para viabilizar inhabilitaciones políticas que no se fundan en una sentencia penal condenatoria (SC 1265/2008); el cercenamiento del derecho a la libre manifestación, al haberlo supeditado a la solicitud y emisión de una autorización previa (SC 276/2014); la conversión por sentencia de la Sala Constitucional en juez penal, infringiendo el principio de la legalidad, el derecho al juez natural y el debido proceso (SC 245/2014 y 263/2014); el ensanchamiento de la noción de flagrancia para justificar privaciones policiales ilegítimas de la libertad (SC 2580/2001); el desconocimiento de la libertad de asociación y del derecho a la libre participación política que supone fijar jurisprudencialmente requisitos internos de organización a las asociaciones sociales que aspiren actuar por medio de cauces institucionales de protagonismo ciudadano (SC 656/2000); la habilitación al Consejo Nacional Electoral, al margen de la Constitución, para regular el derecho político a cumplir la iniciativa popular de los referendos, como exigencia indispensable para la operatividad de ese derecho, lo cual sería aprovechado, con aquiescencia de la Sala Constitucional, para fijar barreras casi infranqueables (SC 2073/2003); la admisión de supuestos de censura judicial y, en general, la imposición de condicionantes previos al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de pautas obligatorias, judicialmente reclamables, sobre la línea editorial o el equilibrio informativo de los medios de comunicación (SC 1013/2001 y 1049/2009); la devaluación de la libertad económica y demás derechos fundamentales al plano de un punto de vista que concurre en una ponderación abierta de bienes jurídicos y la relativización de la reserva legal en esa y otras materias (SC 1613/2004); la afirmación de la prevalencia apriorística de los derechos calificados como colectivos sobre los derechos individuales; el uso de la categoría del Estado social para prescribir como constitucionalmente necesarios componentes o concepciones propias de la ideología socialista; el empleo de la idea del Estado de Derecho y de Justicia para socavar el primero; la negación de los riesgos que la reelección indefinida supone para la institucionalidad democrática en nuestro sistema presidencial (SC 1488/2006); la aceptación de los decretos leyes orgánicos y de leyes habilitantes en toda clase de materias y de índole indeterminada (SC 1716/2001); la cons-

trucción de la doctrina aberrante del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como causa general invalidante de su actuación (SC 3/2016 y 808/2016); la centralización de competencias constitucionales exclusivas de los Estados y la convalidación de elementos del Estado comunal (SC 565/2008 y 355/2017); la supresión de la atribución constitucional de la Asamblea Nacional de aprobar o improbar (con eficacia jurídica no solo política) la declaración de los estados de excepción y de su prórroga (SC 7/2016); y el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de instalar una asamblea nacional constituyente, previa formulación por él mismo de las reglas de elección de sus integrantes, sin que el pueblo se hubiera pronunciado al respecto en referendo (SC 378/2017), entre otros pronunciamientos arbitrarios (Ayala, 2010, pp. 85 y ss.; Brewer-Carías, 2007, pp. 231 y ss. y 2001, pp. 17 y ss.; Casal, 2005, pp. 316 y ss.; Sánchez, 2017; Canova y Herrera, 2009).

Esta es solo una muestra del trabajo que la jurisdicción constitucional de la democracia deberá llevar a cabo. Colosal por la extensión de las materias en que se han establecido en estos años postulados contrarios a la libertad y a la separación de poderes, pero que puede ponerse en escena rápidamente, haciendo explícita desde las primeras decisiones la savia nueva de la justicia que vivifique las estructuras constitucionales.

### 3. *Algunas herramientas relevantes para impulsar el nuevo perfil institucional*

Son muchas las estrategias jurisdiccionales que podrían implementarse desde una jurisdicción constitucional renovada a fin de facilitar la adopción de las orientaciones procesales y de los criterios sustantivos antes expuestos. Ahora se aludirá solamente, a título ilustrativo, a algunas de ellas. El denominador común estriba en la identificación de tipos de fallos, modalidades del discurso y mecanismos judiciales que pueden ser de especial utilidad para convertir a la jurisdicción constitucional en actor fundamental de la democratización. Además, se hará referencia a obligaciones e instituciones internacionales que apuntan en la misma dirección.

En primer lugar, ha de tenerse presente que las sentencias que se emitan en la fase de transición a la democracia deben tener un carácter aleccionador o pedagógico. No deben conformarse con la resolución de una controversia concreta, sin duda el aspecto esencial de la tarea jurisdiccional,

sino que la forma en que aquella es dirimida y las consideraciones que al hacerlo se pronuncien deben llevar y hacer visible la impronta de la recta administración de la justicia y de la apertura de espacios democráticos para el disenso, la participación ciudadana y la inclusión de los diversos actores políticos y sociales. En particular, tales decisiones han de llevar el sello de la garantía de los derechos inherentes a la persona, como fundamento de legitimación filosófico-política de la autoridad estatal. La libertad y la dignidad del ser humano trazan límites al ejercicio del poder público que la jurisdicción constitucional debe enfatizar, especialmente cuando se ha vivido un proceso de sujeción arbitraria de sus derechos básicos a los intereses gubernamentales y de negación de su autonomía individual, en virtud de la estatización o regulación abusiva de muchas esferas de la actividad económica, del manejo clientelar de programas sociales y de la imposición de una ideología. La experiencia comparada antes esbozada enseña que los tribunales constitucionales pueden motorizar un replanteamiento conceptual que coloque a la persona, sus derechos y su libertad en el centro del sistema constitucional (Häberle, 2004, pp. 323 y ss.). No en el sentido de que tales tribunales o los jueces constitucionales pretendan hacer valer jurisprudencialmente sus propias convicciones o las visiones políticas predominantes tras el cambio de régimen. Se trata más bien de segar con los instrumentos de la jurisdicción constitucional la maraña de criterios autoritarios y de postulados ideológicos que se apoderaron del espacio público de deliberación racional para suprimir el pluralismo y que sometieron al ser humano a una creciente vulnerabilidad en la titularidad y goce de derechos civiles, políticos, económicos y socioculturales, a fin de subyugarlo y de despojarlo de la fuerza cívica necesaria para arrostrar excesos gubernamentales.

De allí que sea importante preguntarse acerca de la clase de sentencias que sería aconsejable emplear en esa etapa. En consonancia con lo afirmado, el discurso constitucional, que tiende a diferenciarse del que es habitual en los procesos ordinarios (Ferrerres, 2009, pp. 36 y ss.), ha de ser construido teniendo en cuenta el auditorio de la sociedad democrática al que también deben estar dirigidos los pronunciamientos de la Sala Constitucional. Preservando el rigor de la argumentación jurídica, componente indispensable de la legitimidad de su obrar (Möllers, 2011, pp. 281 y ss.), la jurisdicción constitucional ha de abrir el lenguaje para acceder a un público más amplio que el de los expertos constitucionalistas, de manera que se pongan de relieve, cuando corresponda, los principios democráticos y

del Estado de Derecho que sustentan las decisiones adoptadas, así como la significación de los derechos humanos protegidos. Esta contribución a la promoción de una cultura de la democracia constitucional es primordial para una sólida democratización. Lo dicho presupone que el proceso constitucional esté igualmente permeado por las voces diversas del pluralismo político, social y cultural. La celebración de audiencias públicas, las oportunidades para la presentación de *amicus curiae*, e incluso la disposición a incorporar al proceso las opiniones de expertos referidas a las bases fácticas o empíricas de la medida controvertida son recomendables a los fines indicados.

La jurisdicción constitucional deberá no sólo asumir un talante y un comportamiento diferente respecto de los asuntos que sean sometidos a su conocimiento en la etapa de recuperación institucional, sino que está obligada a enfrentar rémoras o paradigmas del pasado autoritario. Así como lo hizo la Corte Constitucional italiana en su etapa inaugural respecto de leyes del fascismo, lo cual le ayudó a obtener autoridad (Bogdandy y Paris, 2019, pp. 5 y ss.), la jurisdicción constitucional venezolana ha de derribar los pilares del derecho antidemocrático que rigió durante varios años, lo cual se proyecta sobre la legislación, los decretos leyes y los pronunciamientos judiciales. En relación con estos últimos, un mecanismo que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en circunstancias de normalidad, y que sería de provecho para la transición venezolana es la declaración de la nulidad de sentencias proferidas por la propia Corte. Bajo causales muy estrictas, sumamente excepcionales, esta se considera facultada para declarar la nulidad de sus decisiones de revisión de las tutelas dictadas por los tribunales, pese a que normativamente se prevé que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Aunque esta última es todavía la regla general, jurisprudencialmente ha sido creado el “incidente extraordinario de nulidad” (SU116/18) que es posible plantear ante la propia Corte, dentro del breve plazo y demás condiciones de forma y de fondo establecidas. Cierta analogía con este mecanismo guarda la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (expediente 2395/2006) de determinar la ausencia de efecto jurisprudencial vinculante o de precedente de lo dispuesto en una sentencia abiertamente inconstitucional previamente emitida por ella misma, la cual sin embargo no fue anulada.

*Mutatis mutandis* cabría acudir a una solución procesal similar en Venezuela, en relación con sentencias de la Sala Constitucional que hayan

socavado, adulterado o demolido, todo ello ha sucedido, elementos esenciales de la institucionalidad democrática —reflejados en el artículo 3o. de la Carta Democrática Interamericana— y cuya eventual pervivencia en el orden democrático-constitucional por emerger debe ser explícita y razonadamente rechazada, en la forma discursiva antes señalada. Pienso en decisiones como las referidas en el apartado anterior. Las causales serían, pues, distintas, y mucho más graves, pues versarían no sobre serias violaciones al debido proceso u otras semejantes en las que aisladamente incurra un tribunal constitucional, en un marco institucional democrático, sino a supuestos extraordinarios en los que la misma Sala Constitucional, como órgano, ha sido protagonista del desmantelamiento de ese marco. El contenido de tales decisiones autoritarias y su origen en actuaciones no merecen el calificativo de jurisdiccionales, como tampoco la instancia de la cual emanan, pues el mismo Tribunal Supremo de Justicia, del cual la Sala Constitucional forma parte, ha sido integrado vulnerando abiertamente las normas constitucionales.; siendo así, se aconseja hablar en estos casos de una acción o incidente de declaración de inexistencia de la sentencia. Por otra parte, la Sala Constitucional puede servirse en una fase inicial, con garantía del debido proceso, de la facultad de revisión de sentencias, cuando se trata de situaciones también graves y excepcionales vinculadas con decisiones firmes de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o de tribunales ordinarios.

En este contexto de regeneración jurisprudencial puede ser también plausible propugnar un reconocimiento y desarrollo de los precedentes que reivindiquen el estándar más alto de garantía de derechos fijado por la jurisprudencia constitucional, bajo una lectura dinámica de la misma, como se ha aceptado en algunos sistemas. Esta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, recogida entre otras en la sentencia 0015/2018-S4.2 De este modo sería posible remontarse incluso a criterios de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuando tengan aquella condición o contribuyan a la formación del estándar, con el fin de subrayar la perspectiva de acumulación histórica en el forjamiento de la democracia, sin perjuicio de que sobre esas bases se edifiquen otras interpretaciones o elaboraciones conceptuales.

Finalmente, una institución llamada a adquirir una significación estelar en la reconstrucción democrática es el control de convencionalidad y, en general, la apertura a la protección internacional de los derechos humanos. El sistema interamericano ha jugado un papel notable en procesos

de restablecimiento democrático, ya que la observancia de las decisiones ya dictadas por los órganos internacionales correspondientes y pendientes de aplicación implica de entrada un reacomodo institucional que, junto a los distintos medios de reparación de las violaciones a derechos humanos perpetradas, marca la evolución ulterior de los acontecimientos (García Belaúnde y Eguiguren, 2008, pp. 371 y ss.). En el caso venezolano, como en otros países de la región, la degeneración autoritaria se ha traducido en la resistencia a cualquier modalidad eficaz de control o limitación del poder gubernamental, lo cual condujo prontamente a la desatención o inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego a la ruptura con el sistema y a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La recuperación de la democracia debe llevar al inmediato cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana o de las decisiones de la Corte Interamericana que han sido ignoradas, al igual que de los informes u observaciones de otros organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos, y la jurisdicción constitucional puede ganar autoridad comprometiéndose desde el principio con la plena reinserción de Venezuela en el sistema interamericano. No es este el lugar para analizar los caminos que han de seguirse para lograr esa reinserción, sin perjuicio de que esta puede ser favorecida por una Sala Constitucional renovada.

Lamentablemente este órgano se ha apartado de su misión constitucional y ha terminado invocando los derechos humanos para socavar el Estado democrático de derecho.

Lo que se quiere subrayar es que la jurisdicción constitucional ha de empeñarse en el pronto y pleno cumplimiento de decisiones hasta ahora soslayadas y ha de robustecer su propia posición institucional en la garantía de los derechos humanos impulsando o exigiendo las reformas indispensables en el ámbito de la carrera judicial e involucrándose en la implementación de sentencia de la Corte Interamericana en este y en los demás asuntos referidos a Venezuela que han sido abordados por la jurisprudencia interamericana. Su participación en el control de convencionalidad y en el diálogo jurisdiccional es también otra tarea altamente promisoriosa.

## VI. CONCLUSIÓN

La actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde su creación y más aún en los últimos años, demuestra los daños institucionales que puede ocasionar la instrumentalización de la justicia por la política o, en otras palabras, la falta de independencia judicial y la colonización de la jurisdicción constitucional por una hegemonía ideológica o de partido. Esto conduce a una reflexión sobre la importancia de diseñar mecanismos institucionales y barreras sociales y culturales ante las amenazas de ocupación de la institucionalidad por liderazgos o proyectos políticos que por definición estén cerrados a la alternancia, esto es, a la aceptación y conservación del marco constitucional dentro del cual se produce un pendulamiento de ofertas electorales y programas de gobierno. Es esencial preservar el pluralismo político y social, es decir, el espacio común para la confrontación democrática entre distintas organizaciones y propuestas políticas y la multiplicidad de grupos y asociaciones intermedias entre el Estado y el individuo que, en conexión con el ejercicio de la ciudadanía, influyen en el poder público y a la vez lo condicionan. Más allá de la apelación genérica a la separación de poderes y a la significación de los controles interorgánicos e intraorgánicos, es necesario levantar un inventario de soluciones específicas probadas en sistemas democráticos que hayan funcionado como factores efectivos de contención de posibles desviaciones autoritarias, así como de las que cabría adoptar frente a un proceso de esta índole que, a pesar de tales cautelas, ya haya comenzado. La propia configuración orgánica y competencial de la jurisdicción constitucional ha de ser repensada en este contexto. Adicionalmente, hay que sembrar o fortalecer iniciativas sociales y económicas que favorezcan la capacidad de respuesta de la persona ante tales peligros.

Esto debe ir acompañado de la consolidación de una cultura de la democracia y el Estado de Derecho. Es preciso superar la idea, muy extendida en países latinoamericanos, de que quienes ganan las elecciones pasan a ser dueños de todos los asuntos políticamente relevantes y, en tal condición, colocan acólitos en las instituciones llamadas constitucionalmente a cumplir labores de control. Los pesos o contrapesos requeridos por el Estado de derecho solo son posibles si se acepta la legitimidad del poder de los cuerpos judiciales y de la jurisdicción constitucional, con el alcance que esta posea en cada ordenamiento, cuya fuente o fundamento se encuentra

no propiamente en el sufragio y las elecciones, sino principalmente en la adecuada resolución de los conflictos con base en el derecho y la argumentación racional. En lo que concierne a esa jurisdicción, es ciertamente primordial que se mantenga su vinculación con la dinámica democrática, mediante el procedimiento de designación de los jueces constitucionales y otros medios, pero esto no debe llevar a menoscabar la identidad de su función jurisdiccional, que solo podrá ser desempeñada si se respeta escrupulosamente la independencia judicial, se realiza la selección con base principalmente en la calificación profesional o académica demostrada y se promueven las virtudes del oficio del juez. No hay alternativa para los sistemas de justicia constitucional: o se propugna la independencia del poder judicial en general y de la jurisdicción constitucional en particular, con el afianzamiento de la conexión democrática que respecto de esta sea necesario, o se niega un espacio autónomo y significativo para el derecho y para el control judicial del poder gubernamental, caso en el cual los tribunales o salas constitucionales serán actores protagónicos y quizás innovadores de esa dominación política, simples reproductores de los dictados del régimen imperante, o instancias pasivas que dejan hacer creyendo falsamente que con ello se aminora su responsabilidad respecto de los desafueros que puedan cometerse.

## VII. FUENTES CONSULTADAS

- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2019). Resolución sobre “La situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos”, del 28 de junio de 2019, disponible en [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=D-013/19](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/19) (consulta: 20-08-2019).
- AYALA CORAO, C. (2010). “La doctrina de la inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en BOGDANDY, A. V., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* T. II. México: IJJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

- BAZÁN, V. y NASH, C. (ed.) (2011). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- BERRÍOS ORTIGOZA, J. (2013). “El concepto constitucional de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia como parámetro interpretativo del poder coercitivo de la administración pública en Venezuela”, *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, III Congreso de Derecho Procesal Constitucional y I Congreso de Derecho Administrativo, en homenaje al Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas: FUNEDA-Universidad Monteávila.
- BOGDANDY, A. V. y PARIS, D. (2019). “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”. *Revista Derecho del Estado*. núm. 43.
- BOULANGER, C. (2013). *Hüten, richten, gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns*. Berlín: Epubli.
- BREWER-CARIÁS, A. et al. (2001). *La libertad de expresión amenazada*, Caracas/San José: Editorial Jurídica Venezolana/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- BREWER-CARIÁS, A. (2007). *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIÁS, A. (2010). “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, en BOGDANDY, A. V., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* T. I; México: IJJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
- BREWER-CARIÁS, A. (2016). *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIÁS, A. y GARCÍA SOTO, C. (coord.) (2017). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas-Bogotá: Editorial Jurídica Venezolana-Temis.

- CANOVA, A. y HERRERA ORELLANA, L. (2009). *¿Expropiaciones o Vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*. Caracas, FUNEDA/UCAB.
- CANOVA, A., HERRERA ORELLANA, L., RODRÍGUEZ ORTEGA, R. y GRATEROL STEFANELLI, G. (2014). *El TSJ al servicio de la Revolución*. Caracas: Editorial Galipán.
- CASAL, J. M. (2000). *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB.
- CASAL, J. M. (2005). *Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela, en Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos (XXX Jornadas Domínguez Escovar)*. Barquisimeto, IEJEL.
- CASAL, J. M. (2010a). Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional, en BOGDANDY, A. V., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, T. I. México, UNAM.
- CASAL, J. M. (2010b). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas: Legis.
- CASAL, J. M. (2011). “La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, en BAZÁN, V. y NASH, C., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- CASAL, J. M. (2017a). *Justicia y política: el caso de la jurisdicción constitucional en Venezuela*, Konrad Adenauer Stiftung, disponible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_48234-1522-4-30.pdf?170316203548](http://www.kas.de/wf/doc/kas_48234-1522-4-30.pdf?170316203548).
- CASAL, J. M. (2017b). *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, UCAB.
- CASAL, J. M. (2017c). *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, México, Porrúa.
- CHAVERO, Rafael (2011). *La justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela*, Caracas, Aequitas.

- COLOMBO CAMPBELL, J. (2002). “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis*, v. 8, núm. 2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Situación de Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, 31 de diciembre de 2017, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>.
- CORZO, E. (2013). “El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México”, en GONZÁLEZ PÉREZ, L. y VALADÉS, D., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM.
- DELGADO, F. (2008). *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Caracas, Universidad Central de Venezuela.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1997). “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en GARCÍA BELAÜNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson.
- FERRERES COMELLA, V. (2009). *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press.
- FIX-ZAMUDIO, H. y ASTUDILLO, C. (coord.) (2013). *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM.
- GARCÍA BELAÜNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F., (2008). “La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005”, *Estudios Constitucionales*, v. 6, núm. 2.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2003). “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18.
- GONZÁLEZ-JÁCOME, J. (2019). “Authoritarianism and the narrative power of constitutionalism in Venezuela”, en ALVIAR GARCÍA, H. y FRANKENBERG, G., *Authoritarian Constitutionalism*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar.
- HÄBERLE, P. (2004). “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en ISENSEE, J., KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, T. II, Heidelberg, Müller.
- HARO, J. V. (2000). “La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2.

- HERNÁNDEZ, J. I. (2016). “El asedio a la Asamblea Nacional”, en BREWER-CARÍAS, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, Caracas, Jurídica Venezolana.
- HERRERA ORELLANA, L. A. (2008). “El «recurso de interpretación» de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso”, *Revista de Derecho Público*, núm. 113.
- LANDA, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14.
- LANDAU, D. (2013). “Abusive Constitutionalism”, *U.C. Davis Law Review*, online, vol. 47, núm. 1, disponible en: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf) (consulta: 19.08.2019).
- LOUZA, L. (2017). “La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio”, *Acta Sociológica* [online], vol. 72. disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/issue/view/4556/showToc>.
- MOLINA GALICIA, R. (2002). *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Caracas, Ediciones Paredes.
- MÖLLERS, C. (2011). “Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts”, en JESTAEDT, M. y otros, *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2004). *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2019). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, A/HRC/41/18, 4 de julio de 2019, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S> (consultado el 20.08.2019).
- PAREDES PAREDES, F. (2015). “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática”, *Revista Chilena de Derecho*, online, vol. 42, núm. 1, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200002>.

- PETIT GUERRA, L. A. (2017). “La (in)justicia (in)constitucional: el caso Venezuela /A (in)justiça (in)constitucional: o caso Venezuela”, *Revista Brasileira de Direito*, online, vol. 13, núm. 3, disponible en <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2204>.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁNCHEZ FALCÓN, E. (2017). *Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo.
- TAJADURA, J. (2006). “Retos y desafíos del derecho procesal constitucional en los umbrales del tercer milenio. Reflexiones desde la perspectiva europea”, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. I. México, Porrúa.
- TAYLOR, M. (2014). “The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez”, *Journal of Latin American Studies*.
- VILLEGAS Salazar, M. (2000). “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 84.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La educación: Hacia un derecho humano

### Education: Towards a human right

*Recepción:* 14 de julio de 2020

*Aceptación:* 1 de octubre de 2020

Raúl CONTRERAS BUSTAMANTE\*

**RESUMEN:** Al derecho a la educación se le ha visto como un derecho sujeto a una fuerte connotación social que hace que se analice su viabilidad en el contexto de las implicaciones económicas y sociales, por tanto, debe transitar a un derecho humano cuyo cumplimiento no dependa de las circunstancias indicadas, sino de la exigencia de ser un derecho de la persona necesario para su desarrollo individual. De poco sirven los derechos si la mayoría de la sociedad carece de elementos cognoscitivos para acceder a ellos, entenderlos, ejercerlos y defenderlos cuando las instancias gubernamentales se los niegan. El derecho a la educación debe constituirse como un concepto jurídico prioritario, ubicado de manera inmediata después del derecho a la vida y a la libertad.

**Palabras clave:** derecho a la educación, educación, derechos sociales, derechos humanos.

**ABSTRACT:** *The right to education has been seen as a right subject to a strong social connotation that makes its viability to be analyzed in the context of economic and social implications, therefore, it must become a human right whose fulfillment does not depend on the indicated circumstances, but on the requirement of being a right of the person necessary for his or her individual development. Rights are of little use if the majority of society lacks the cognitive elements to access them, understand them, exercise them, and defend them when they are denied by government agencies. The right to education must become a priority legal concept, immediately after the right to life and liberty.*

**Keywords:** *Right to Education, Education, Social Rights, Human Rights.*

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de México y por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador nacional nivel I. Actualmente es director de la Facultad de Derecho de la UNAM. Correo electrónico: [contrerasdf@gmail.com](mailto:contrerasdf@gmail.com) ORCID: 0000-0002-9786-2517.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución de la educación*. III. *La educación como derecho social*. IV. *La educación como derecho humano*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

La educación, accesible para todas las personas sin discriminación alguna, se ha venido convirtiendo en un concepto esencial para el desarrollo de los seres humanos, así como de las sociedades de nuestro tiempo.<sup>1</sup>

La educación ha sido producto de luchas sociales que han tenido por objetivo que se le reconozca como un derecho. Sabemos que los derechos humanos, en la concepción moderna, abarcan tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales. Por eso existe un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el cual entró en vigor el 23 de marzo de 1976; y también un Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el mismo día 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General, pero entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Desde entonces, y teniendo como base la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, ha quedado claro que los derechos humanos mantienen esta doble faceta.

Esta situación, sin embargo, no ha sido siempre así, antes de esos instrumentos internacionales hemos debatido el alcance que debe dársele a la educación desde el punto de vista de los derechos. Por ello, en el presente artículo queremos subrayar la evolución de la educación desde años anteriores a los Pactos Internacionales, buscando sus orígenes, su connotación social y su conquista a través de etapas revolucionarias, pero adentrándonos en su evolución como derecho humano, pues así le han caracterizado los instrumentos internacionales a los que ya hicimos referencia, pero, también, los textos constitucionales.

Queremos hacer un trazo de la educación enfocándonos en su noción de derecho social, con una connotación que se abre dejando de ser propia de sectores de élite para llegar a toda la sociedad, pero que también queda

---

<sup>1</sup> Este texto constituye un producto de la investigación principal que he venido desarrollando sobre el derecho a la educación en la Universidad de Salamanca.

enmarcada por los aspectos económicos, sociales y de desarrollo en general. Su surgimiento con base en una revolución social, como sucedió en nuestro país, por ejemplo, pone en evidencia que ha estado más presente su faceta social, con todas las implicaciones económicas y políticas que ello produce, que su comprensión como un derecho que surge de la persona, que puede exigirse y que el estado debe cumplir.

El objetivo de este artículo es enfocar de una mejor manera el derecho a la educación, dejar de verlo como un derecho sujeto a una fuerte connotación social que hace que se analice su viabilidad en el contexto de las implicaciones económicas y sociales, para pasar a ser un derecho humano cuyo cumplimiento no depende de las circunstancias sociales, sino de la exigencia de ser un derecho de la persona necesario para su desarrollo individual. Se busca contribuir a consolidar esta noción y la idea entre los constitucionalistas y demás estudiosos del Derecho, de que se debe catalogar como un concepto jurídico prioritario, ubicado casi de manera inmediata después del derecho a la vida y la libertad, como es nuestra posición.

En consecuencia, primero abordaremos la evolución de la educación durante etapas previas a su noción de derecho social (II), para después indicar sus características como derecho social (III). Enseguida nos centraremos en la educación como derecho humano señalando las consecuencias de esta categorización (IV), para terminar, exponiendo algunas reflexiones necesarias para que la educación se consolide como un derecho humano (V).

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA EDUCACIÓN

La educación —a lo largo de la historia— siempre estuvo reservada para las élites dominantes como la monarquía, la aristocracia y la iglesia, con el doble propósito de preparar y adoctrinar a los jóvenes para el acceso, ejercicio y sucesión del poder político y económico, y, al mismo tiempo, para cuidar que el conocimiento estuviese reservado a unos cuantos a efecto de poder mantener la dominación y sometimiento de las demás clases y castas sociales.

La educación y el conocimiento generan poder y, por tanto, era un recurso estratégico bien guardado y reservado para unos cuantos, bajo el principio de que el poder no se comparte ni se regala.

Con variantes que dependieron de la era y los cambios evolutivos de cada sociedad, a lo largo de los siglos la educación siempre fue un factor de desarrollo de la sociedad. Desde la antigüedad, cuando el Hombre primitivo entendió que la inteligencia y los conocimientos técnicos eran la mejor forma de evitar que las diferencias entre los hombres se resolvieran mediante la violencia y privilegiando el uso de la fuerza física (Bowen, Hobson, 1997), la utilización y ejercicio del conocimiento se convirtió en un instrumento que hizo posible que la vida en sociedad pudiera regirse a través de normas legales de convivencia, en lugar del mero sometimiento forzoso.

La necesidad de transmitir el conocimiento fue el origen de la educación. Enseñar primero a quienes habrían de ser seleccionados para aprender el oficio o arte; y luego instruir y formar a quienes habrían de sucederlos en el control de sus empresas, para que adquirieran el conocimiento acumulado a través de la experiencia de la vida y el trabajo.

La transmisión del pensamiento y del conocimiento fue creando cultura (Toynbee, 1981). Aquí es donde comienza a surgir la función del mentor o profesor, a quien se le encomendaba la formación de los educandos, para lo cual siempre se acostumbró a reclutar para estas tareas a las mentes más notables de cada período de la historia. La educación ha constituido siempre una pieza fundamental para la construcción, desarrollo y fortaleza de todas las civilizaciones.

La conjunción de inteligencia, conocimiento, educación y poder se convirtieron en los elementos esenciales que han servido para la preservación del poder político, el sometimiento, dominio, conducción y gobierno de la sociedad a lo largo de los siglos de vida social humana.

En la Edad Antigua, para los griegos (Jaeger, Werner, Paideia, 2001), y romanos (Barrow, R., 2006), la educación tuvo tintes heroicos y aristocráticos, siempre limitada al servicio de los ciudadanos libres y pudientes que representaban una pequeña élite, ya que no se incluía a las mujeres, esclavos ni a otros grupos desfavorecidos (Vergara, 1989).

En la Edad Media, la educación y sus beneficios se trasladaron de manera primordial a manos del alto clero (Jaeger, 2008). La Universidad —como la conocemos en la actualidad— es una creación que surge en la Edad Media, pero el acceso a ellas era solo permitido para la nobleza, el clero y un poco a miembros de la burguesía, porque se requerían altos

recursos económicos, es decir, en sus inicios las Universidades estuvieron al servicio de las clases dirigentes y las élites (Gadotti, 2003).

En el Renacimiento, el abanico educativo se abrió un tanto, pero solo alcanzó a incluir junto con la nobleza y el clero, a la aristocracia y la burguesía emergente (Gadotti, 2003). Al arribar la Ilustración, como resultado de la compilación y reinterpretación del conocimiento universal, la educación dejó de estar en poder exclusivo de la Iglesia, para servir a los intereses de la burguesía. Si bien en esta etapa luminosa del pensamiento se observaron signos de que se pretendió comenzar a educar al pueblo llano y que la educación dejara de ser un privilegio exclusivo de la aristocracia y el clero, pero esos impulsos no fueron suficientes (Luzuriaga, 1971).

A partir de entonces, la participación que ha tenido el Estado en la impartición de la educación es clave para entender su evolución (De Puelles Benítez, 1993).

Existía, al parecer, una indiferencia del Estado por la educación, especialmente la popular, dejándola como una prerrogativa propia de la iglesia. Eso sucedió, por ejemplo, en la Francia de los siglos XVI y XVII, en donde incluso el Estado tomó cierta distancia de la iglesia, pero dejó en manos de organizaciones religiosas la enseñanza básica. En otros Estados, en donde había un acercamiento entre Iglesia y Estado, este último adoptó un papel activo prestando su ayuda en la educación, como sucedió en Suecia.

Ya en la Edad moderna, ante la dinámica de intervención del Estado afirmando su soberanía en todos los ámbitos, se hace más visible su participación en la educación superior, que había quedado en universidades eclesiásticas, buscando participar de las regalías o en la formación de las élites que iban a dirigir el país. Esta incursión estatal no fue fácil, pues el esquema seguía la tendencia del modelo medieval y la reforma educativa no era de fácil introducción, por tanto, el Estado tuvo que incursionar con escuelas en nuevos ámbitos, como el militar, la ingeniería o la náutica, por señalar algunas.

En la época previa a la revolución francesa hubo una expansión de escuelas, sin embargo, la calidad de la educación no fue algo que resaltara, ni en este país ni en otros como Suiza, Holanda o Prusia. Lugares impropios, maestros sin formación, salarios insuficientes, era una constante.

En el siglo XIX, en pleno Estado liberal, la ilustración constituyó una fuente de ideas para la defensa frente a la opresión del Estado, por lo que ante el respeto a las libertades de los individuos era importante contar con

ciudadanos ilustrados que hicieran posible las nuevas ideas y un nuevo régimen. Así es como surgen los derechos naturales de las personas, los cuales se oponían a los abusos del poder, para limitarlo.

En estas circunstancias, era de esperarse que el Estado también fuera limitado en la educación, sin embargo, los acontecimientos de la revolución francesa cambiaron el rumbo de las cosas, ya que al atentar contra la iglesia nacionalizándole sus bienes eclesiásticos, con ello también se dio un golpe duro a la asistencia que ofrecían y a la educación que impartían. Por esta razón, el Estado tuvo que intervenir directamente en estas actividades sociales constituyéndolas en servicios públicos, abierto para todos. Era la oportunidad para que la educación fuera uniforme, que formara a la infancia y a la juventud, que tomara en cuenta los intereses de la sociedad y no solamente los de la iglesia, que los profesores fueran laicos. Desde entonces, se presentaron diversas disyuntivas. Se formaba a la élite de la nación o se elevaba el nivel cultural del pueblo, la instrucción pública se limitaba a la enseñanza primaria o incluía todo el sistema educativo nacional, siendo público y gratuito.

En el posterior desarrollo del siglo XIX quedó claro que la instrucción elemental y gratuita era para el pueblo, pero la educación superior era para las capas medias y altas de la sociedad, siendo onerosa. Sin embargo, la educación quedaba como una atribución del Estado, no como un derecho de la persona. Corresponderá al siglo XX cambiar el sentido de las cosas y perfilar una nueva concepción en la cual la instrucción, a secas y sin distinción de ningún nivel, llegue a todos.

### III. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO SOCIAL

Fue hasta el siglo XX en que la educación comenzó a ser concebida como la clave para la democracia y el progreso y se instituyó como un derecho social, que comenzó a ponerse al alcance de la mayoría de la sociedad como una conquista, no sólo de los grupos privilegiados.

En el siglo XIX tenemos la presencia de un Estado diverso al abstencionista, uno en que interviene y ejerce control en cuestiones económicas, pero también en cuestiones sociales convirtiéndose en un Estado social o de bienestar (García Pelayo, 1989). Junto a esta nueva noción apareció la del constitucionalismo social, toda vez que la importancia de las cues-

ciones sociales trascendió a los textos constitucionales, como programas sociales o aspiraciones populares.

En el caso mexicano, a partir de la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la educación comenzó a dejar de ser instrumento exclusivo al servicio del poder y de exclusión favorable a las élites, para empezar a ser utilizado como un derecho articulador de equidad para tratar de alcanzar justicia social (Contreras Bustamante, 1989).

Como resultado de las luchas sociales que se generaron contra el latifundismo, el analfabetismo, la pobreza extrema y demás desigualdades sociales, la Revolución Mexicana empezó a forjar una ideología reivindicadora de tantas injusticias y a concebir a la educación como instrumento esencial para tratar de alcanzar la igualdad y la justicia social.

Por primera vez en el mundo, el artículo 3o. de la carta magna de Querétaro estableció en un texto de orden constitucional, que la educación deberá ser pública, gratuita, laica y de carácter obligatorio del Estado para proveerla.

La institucionalización de los derechos sociales fue una aportación mexicana a la doctrina del constitucionalismo, que permitió la incorporación del valor de la equidad en el orden constitucional (Contreras Bustamante, 1989). El derecho a la educación se convirtió en el derecho social por excelencia, debido a sus efectos transformadores y como un elemento indispensable para lograr la dignidad humana.

La aparición de los derechos sociales en el ámbito constitucional generó un efecto reproductor, porque muy rápido se reconoció su importancia y produjo un impacto muy importante en el mundo occidental.

Como sucede y se explica por la teoría de la constitución, la concepción de los derechos sociales logró su adopción en muchas constituciones y organizaciones internacionales. Después de nuestro país, siguió la constitución soviética de 1918, luego la alemana de Weimar de 1919 y —en ese mismo año— la Organización Internacional del Trabajo, los hicieron suyos (Contreras Bustamante, 1989).

En diversas constituciones europeas, como la alemana de 1949 o la italiana de 1947 o la francesa de 1958 o la española de 1978 se conserva la noción de estado social. Lo mismo aconteció en Latinoamérica. Bajo este movimiento, el derecho a la educación se le reguló en las constituciones como un derecho social, apareciendo con un amplio articulado. Ahí está la

Constitución de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Uruguay, por citar algunas (Valencia Carmona, 2003).

Luigi Ferrajoli considera que los Derechos Sociales son en el fondo expectativas de comportamientos ajenos, a los que corresponden obligaciones o deberes por parte del Estado (Ferrajoli, 2010). Estas reivindicaciones sociales obligaron a un cambio en la actividad del Estado, que tuvo que abandonar de manera progresiva su postura abstencionista y adoptar como propia la función social de su prestación (Pérez Luño, 2017).

En esencia, la doctrina explica que los Derechos Sociales no se limitan a tutelar individuos, sino que aspiran a proteger a las clases sociales, gremios o segmentos de la sociedad en condición social desfavorable.

André Hauriou sostiene que los derechos sociales no constituyen para los individuos un poder de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado: “De esta forma, la visión respecto a ellos se ensancha, del *derecho-resistencia* se pasa al *derecho-confianza*, y de la *abstención* del Estado, a su *intervención*” (Hauriou, André 1980).

A pesar del papel fundamental que juegan los derechos sociales en las sociedades modernas, debido a visiones neoliberales, esta clase de derechos muchas veces quedan reducidos a ser sólo normas programáticas de realización gradual y privados de mecanismos de garantía efectiva (García, 2015).

Carl Schmitt —en un tono un tanto despectivo— los denominaba derechos de esencia *socialista*, los cuales no eran ilimitados, “pues todo derecho a prestaciones es limitado”, ya que dependen de que la organización estatal incorpore al individuo como titular del derecho (Schmitt, 1992).

Por su parte, Manuel García Pelayo los denominaba como “derechos y pretensiones a prestaciones del Estado”, y ponía como ejemplos al derecho al trabajo, el derecho a la educación, entre otros (García Pelayo, 1984).

La evolución y el impacto de los Derechos Sociales han venido sufriendo los efectos de la teoría liberal que recomienda que el Estado no intervenga en la vida social y económica; motivo por el cual, y en virtud de la concepción de que la educación es parte de ellos, le ha restado fuerza para su implementación más pronta.

Estas concepciones garantistas que enaltecen el concepto de la educación como derecho humano, sin embargo, nos son únicas ni unitarias dentro del ámbito internacional, ya que existen otros enfoques diversos que consideran la educación no como un derecho humano, sino sólo como un

factor importante —dentro de otros muchos— para el desarrollo económico y social de los países (Vargas, 2017).

Estas visiones contrastantes —casi de carácter antitético— entre organismos internacionales respecto a la educación se pueden sintetizar de la manera siguiente. Por una parte, la visión humanista de la educación que sostiene la UNESCO, que es quien enarbola a la educación como un derecho humano, fundamental, esencial para el desarrollo de la persona, y, por el otro, el enfoque economicista de las políticas educativas para el desarrollo, que sustentan la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), todos ellos organismos internacionales financieros que consideran la educación de forma más limitada, como uno más de los factores que estimulan el crecimiento económico de los países. Un factor muy importante, si bien es cierto, pero sólo uno más.

Durante las últimas cuatro décadas, el mundo ha sido testigo y víctima de las políticas públicas y enfoques diversos que han emanado de estos organismos internacionales de corte financiero, quienes establecieron e impusieron programas económicos en los países que tuvieron que recurrir a su auxilio y financiamiento, que en gran medida determinaron el estado actual de sus sistemas educativos.

Diversos académicos e investigadores de la materia educativa cuestionan los resultados de la intervención de dichos organismos internacionales financieros en los procesos relativos a la educación (Rizvi, Lingard, 2013).

Existen evidencias que demuestran que estas instituciones financieras equivocaron el rumbo de muchas de las políticas impuestas y de manera tardía llegaron a aquilatar el valor que implica para las naciones la educación, hasta que tuvieron a aceptar que más que un gasto, la educación es una inversión clave para erradicar la pobreza (Santos, 2015).

Estas voces críticas se oponen a la dependencia y subordinación de la educación al interés económico. No se puede negar el proceso de globalización que también vive la materia educativa, pero existe la necesidad de no perder de vista un tinte de contenido social. En este contexto, se habla de la misión social que tiene la educación de preparar personas con una preparación plena y suficiente para comprender el mundo que los rodea y también el compromiso que las políticas educativas deben asumir con

la sociedad en que se imparte, hacia el logro de la equidad y la igualdad (Santos Rego, 2009).

Se trata de opiniones de corte humanista que provienen de mentes muy reconocidas, que consideran que la educación más que fomentar la competitividad económica, debe contribuir en primer lugar al desarrollo integral de las personas y desde luego al avance cultural y moral de las sociedades.

Según esta visión humanista —que podría incluso ser holística— de la educación, ésta debe contribuir a lograr un nuevo modelo de desarrollo alentado por principios como el cuidado del medio ambiente, la promoción de la paz y la no violencia, la equidad y la justicia social. Esta visión de la educación propone dejar atrás el utilitarismo y el economicismo de cortas miras, para integrar las dimensiones múltiples de la existencia humana, con la intención de que avance hacia estratos mejores de desarrollo (UNESCO 2015).

En esta visión humanista, la educación aparece también como la principal herramienta para la construcción de un mundo más libre e igualitario y, en consecuencia, más pacífico y próspero.

Dentro del concepto de la necesidad de generar condiciones plenas de igualdad para que todas las personas puedan acceder a la educación, hoy no puede dejar de considerarse también el acceso inequitativo a los recursos tecnológicos, a la conectividad al internet y a los conocimientos de vanguardia, que son aspectos que profundizan la desigualdad social y la exclusión, en lugar de la integración, tanto al interior de los países, como en relación con el sistema mundial.

Las llamadas “brechas digitales” y “brechas cognitivas”, son fenómenos que conforman un sistema educativo desigual a nivel interno de los países y que al mismo tiempo los someten al dominio de aquellos países con mayor desarrollo económico y tecnológico. La “brecha cognitiva” se presenta por la existencia de diferentes “capacidades cognitivas” entre sociedades que son producto de situaciones inequitativas.

La suspensión de las actividades presenciales con motivo de la pandemia que está azotando al mundo obligó al cierre de miles de escuelas. La necesidad de tener que impartir clases a distancia a través de herramientas tecnológicas, vino a dejar al desnudo también las graves desigualdades sociales que provocan que muchos estudiantes se queden atrás por falta de acceso al internet y de dispositivos que lo permitan.

Al paso del tiempo y derivado de los procesos de globalización, los organismos internacionales financieros han tenido que reconocer la importancia de la educación para la contribución al crecimiento económico y como un medio para conseguir un incremento en el bienestar general, convirtiéndose ambos en materia de su atención.

En un principio la educación era considerada como un mero instrumento de política económica, pero en la actualidad, la función educativa se entiende en relación con el contexto social, económico y cultural en que se presenta, destacando siempre la interacción entre las políticas educativas y otras políticas públicas.

Como medida para impulsar el desarrollo, los organismos internacionales de corte financiero procuran ahora estimular la mejora en la calidad de la educación; la búsqueda de la igualdad de oportunidades educativas; el combate a la marginalización de los jóvenes; el desarrollo de esquemas democráticos y eficientes de administración educativa; y de forma muy particular, privilegiar la relación entre la educación y el empleo en la formación para la vida laboral. Sin embargo, siempre fomentando que el sistema educativo sea capaz de proveer a un mercado de trabajo flexible a trabajadores competentes, capaces de desarrollarse y adaptarse a los cambios rápidos propiciados por la reestructuración económica y por los avances tecnológicos.

Por ejemplo, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la educación se ha convertido en un elemento clave para medir el grado de desarrollo económico y social de los países miembros. El Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA) se propone como una prueba global que permita comparar los logros de los sistemas de educación con los de otros países miembros para “probar las competencias de los estudiantes de forma directa, mediante una prueba acordada a nivel internacional” (Schleicher, 2018).

#### IV. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO

Los derechos sociales se presentan hoy como auténticos derechos que aspiran a proteger a todas las personas, ya no sólo como parte de un núcleo o clase y con la aspiración de asegurar a todos —sin discriminaciones o limitantes de cualquier especie— el acceso a la salud, alimentación, vi-

vienda y también a la educación, donde a cada paso se amplía la demanda obligatoria para el Estado.

Roberto Gargarella sostiene que: “Los derechos sociales se volvieron un instrumento más para interpelar, exigir y actuar” (Gargarella, Etchicury, 2011).

El paso de la educación de un derecho social a un derecho humano no ha sido fácil. Ha habido toda una evolución hacia su reconocimiento. Ha tenido que recorrer un proceso de superación de las exclusiones, antes de consolidarse como derecho humano. De esta manera, siguiendo a Katarina Tomasevsky, anterior Relatora para la educación de la ONU, este proceso consta de tres etapas. En la primera de ellas, se advierte que la educación debe llegar a aquéllos a quienes se les ha negado históricamente, como los pueblos indígenas o los no ciudadanos, o quienes siguen estando excluidos, como lo son los servidores domésticos o los integrantes de comunidades nómadas, aunque esto entraña una segregación en cuanto que se les confina en escuelas especiales. En la segunda etapa se requiere abordar la segregación educativa y avanzar hacia la integración, en la cual los grupos recién admitidos deben adaptarse a la educación, como podría ser la existencia de lenguas desconocidas para los nuevos grupos. En la tercera etapa se exige una adaptación de la enseñanza a la diversidad de los aspectos del derecho a la educación (Tomasevsky, 2020).

Por nuestra arte, somos de la opinión que, en el año de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos dio un salto hacia adelante y reconoció al derecho a la educación con la condición de ser un derecho humano y fundamental, idea que ha sido recogida y desarrollada después por otros importantes instrumentos internacionales (Gargarella, Etchicury, 2011).

La importancia del fenómeno educativo se ha venido consolidando a lo largo del tiempo, al grado de que en la actualidad existe una aceptación de manera casi unánime de parte de los Estados —sobre todo los más desarrollados— que ubican a la educación como un elemento fundamental para la preparación de las personas, para que puedan integrarse al mercado laboral y contribuyan de manera positiva al progreso social y al desarrollo nacional.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) organismo especializado de las Naciones Unidas, ha sido la organización internacional precursora que ha dado impulso para

tratar de consolidar la idea de que el acceso a la educación es un derecho humano de carácter fundamental.<sup>2</sup>

En el primer párrafo de la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se establece: “Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”.<sup>3</sup>

Esta idea ha sido desarrollada en diferentes eventos de carácter internacional y avalada por múltiples convenciones y acuerdos como: la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Conferencia Internacional sobre Planificación de la Educación; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Declaración Mundial sobre Educación para Todos; la Declaración y Programa de Acción de Viena y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos; en los diversos Foros Mundiales sobre la Educación; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —también conocido como Protocolo de San Salvador—; la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos; la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, por citar a los más destacados instrumentos internacionales de gran trascendencia para el tema educativo, que han enarbolado de forma clara y contundente que “la educación es un bien público”, además de un “derecho humano fundamental”.

De acuerdo con la conveniencia de consolidar a la educación como derecho humano, desde un enfoque jurídico, científico y humanista, nuestro punto de vista se inclina por la visión de las Naciones Unidas, que es

---

<sup>2</sup> La evolución del reconocimiento del Derecho a la Educación se reforzó con el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), cuya Constitución fue aprobada en Londres, el 16 de noviembre de 1945.

<sup>3</sup> La Observación General número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, señaló de manera expresa que el Derecho a la Educación es uno más de los derechos humanos y se discutió y aprobó durante el vigésimo primer período de sesiones, celebrado del 15 de noviembre al 3 de diciembre de 1999.

acorde a los principios y postulados de la doctrina de los derechos fundamentales.

Sostenemos que hay que luchar para que la educación sea humanista y no sólo tenga el carácter técnico o especializado. Educar para la vida y no solo formar para el trabajo. Las condiciones cambiantes de la vida social requieren de personas preparadas para reinventarse ante los cambios y con una clara conciencia social de cuál es su papel dentro de la sociedad y el medio ambiente. Educar para una vida digna y para contribuir al desarrollo social, la paz y la armonía.

Además, como todo derecho, hay que reconocer que el derecho a la educación supone obligaciones. El derecho a la educación —en sus efectos habilitantes— debe comprender la obligación de ser recíproco; se tiene que comprender y aceptar que si me educan tengo la obligación de educar. Implica que quien la recibe adquiere al mismo tiempo una carga de responsabilidad, respeto y consideración con los demás. La obligación que nace del derecho a la educación representa de manera intrínseca la construcción de una mejor ciudadanía.

Por tal motivo, consideramos que los principios y acuerdos que han sido formulados y suscritos por la inmensa mayoría de los países configuran reglas jurídicas plenas conforme al principio de la convencionalidad internacional. En consecuencia, todas las obligaciones que los Estados firmantes han convenido se deben cumplir para hacer efectivo el derecho humano a la educación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado de qué manera se tendrán que ir dando cumplimiento las disposiciones adquiridas por las naciones, en uso de sus facultades soberanas e independientes. Deberá ser bajo cuatro principios que consisten en: la disponibilidad, la accesibilidad; la aceptabilidad y la adaptabilidad.

Esto es así porque, además, las convenciones internacionales establecen de manera expresa que existirán procesos dinámicos para la vigilancia y averiguación de las violaciones en su aplicación, respeto y garantía —ya sea por obra o por omisión— e incluso existen estipulaciones que advierten a los Estados parte, que en caso de incumplimiento podrían ser objeto de prevenciones serias e importantes.

En tal virtud, de acuerdo con los criterios establecidos por las Naciones Unidas, el derecho a la educación ya debe considerarse que tiene características de ser exigible y justiciable.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado de manera clara que si bien los objetivos de establecer el derecho a la educación —como derecho humano, de carácter fundamental y objeto de garantías de orden jurídico— deben ponerse en práctica de manera gradual y tratando de superar las restricciones y limitaciones generadas por la escasez de los recursos financieros disponibles que existen en cada Estado, esto no es óbice para omitir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, a efecto de lograr el cumplimiento efectivo de este derecho.

Para poder contribuir a la consolidación filosófica del derecho a la educación como derecho humano, resulta conveniente hacer algunas reflexiones respecto de cómo el proceso educativo constituye un elemento esencial para alcanzar la dignidad humana, que es el valor supremo de los derechos fundamentales.

La evolución del concepto de los derechos humanos ha incorporado la idea de la dignidad como elemento indispensable para el uso y disfrute de los mismos. La sociedad moderna ya no puede conformarse con la simple enunciación de los derechos, si estos no vienen acompañados de otros elementos que brinden calidad a la vida de las personas. La vida misma, la igualdad, el ejercicio de las libertades, el acceso al disfrute de la propiedad, solo pueden considerarse como derechos efectivos y plenos, si quien los ejerce puede hacerlo con dignidad.

El jurista Ernesto Brenda define la idea de la dignidad humana, como: “La capacidad abstracta y potencial del ser humano para realizarse como tal” (Brenda, 1996).

Como ya se ha dicho, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce una relación intrínseca entre el reconocimiento de los derechos humanos y el valor de la dignidad como camino para alcanzar la libertad, la justicia y la paz.

Con base a esta concepción se han venido construyendo los cimientos sobre los cuales se han establecido diversos instrumentos jurídicos internacionales, con el fin de proteger a las personas y permitir su desarrollo.

Por eso se ha dicho de manera recurrente, el ejercicio pleno de los derechos humanos debe ir acompañado siempre del desarrollo del concepto

de dignidad, pues: “es precisamente en relación con la tutela, protección y promoción de la dignidad que alcanzan una dimensión moral” (Martínez Bulle Goyri, 2013). Ésta es la doctrina que ha estado presente en muchos de los autores que han abordado la idea de dignidad.

Estas ideas han tenido un peso muy importante al concebir en la actualidad a la dignidad y a pesar de ser diferentes en algunos aspectos cruciales, también tienen un punto de encuentro: los valores de la libertad y la justicia.

Estas dos facultades o capacidades del ser humano que dotan de contenidos a la idea de dignidad se expresan y perfeccionan a través de la autodeterminación. El derecho a la educación se coloca como un elemento central en la defensa de la dignidad de las personas, porque si se quiere favorecer la capacidad de autodeterminación, resulta indispensable el acceso a la educación y la cultura a todas las personas, para que se les permita allegarse de información, conocimientos y preparación que las sensibilice y refuerce en sus capacidades, como condición indispensable de la dignificación a través del conocimiento.

Podemos afirmar, por tanto, que, sin el acceso a una educación garantizada, plena y de calidad, una persona no podrá vivir con dignidad dentro de la sociedad.

El derecho a la educación es un derecho de carácter habilitante, indispensable para poder lograr el conocimiento, comprensión, ejercicio y defensa de todos los demás derechos inherentes a la persona.

Es un derecho que posibilita a una persona para que, una vez adquirido el conocimiento, le sea viable entender, ejercer, activar y defender; hace efectivas las demás garantías y derechos que están reconocidos, concebidos y establecidos en las Constituciones y los Tratados Internacionales.

En este contexto, la educación adquiere la connotación de ser un instrumento indispensable para lograr la equidad y la igualdad social en cuanto al acceso real a todas las oportunidades de desarrollo.

El concepto según el cual la educación es un pleno derecho humano se debe consolidar para ser un instrumento fundamental para el reconocimiento de la igualdad de todas y cada una de las personas; contra cualquier tipo de discriminación o exclusión, así como para “una revaloración de la diversidad cultural frente a los intentos de homogeneización del mercado y el consumo” (Toledano Morales, 2009).

En este contexto, se tiene que concebir al derecho a la educación como un instrumento de justicia que procure mitigar las desigualdades entre los seres humanos, con independencia de su condición económica, social, ideológica, género, etnia o religión y se consolide como la base de desarrollo, progreso y bienestar (Toledano Morales, 2009). En síntesis, podemos argumentar que la educación es el mejor y más eficiente “elevador y nivelador social”.

Este reconocimiento se ha venido gestando de manera reciente y es el resultado de un largo proceso histórico que significa ahora una renovación cultural e ideológica en esta era de modernidad (Martínez de Pisón, 2003).

Si bien es cierto que el derecho a la educación hoy en día ha sido adoptado por la mayoría de los países del mundo occidental y está ampliamente previsto en una gran parte de las Constituciones, así como en las convenciones y tratados internacionales relativos a derechos humanos, la cuestión es que se le sigue considerando como parte de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, su aplicación está sujeta a múltiples factores económicos, políticos e ideológicos., surgiendo el problema de que dejan a la educación dependiendo de una condición de viabilidad y restringida por esos aspectos, así como de la capacidad y voluntad de los gobernantes de invertir recursos financieros suficientes para el cumplimiento de sus fines.

La educación —entendida primero como derecho social y ahora como derecho humano— se ha venido transformando en una conquista histórica, fruto de tensiones, de luchas, de iniciativas de todo tipo y también de un desarrollo doctrinal no exento de polémicas (Martínez de Pisón, 2003).

La intención de estas reflexiones es concitar el acuerdo entre los académicos y especialistas del derecho constitucional, para arraigar la idea de que el derecho a la educación debe dejar de ser considerado un derecho social sujeto a las determinaciones políticas, económicas e ideológicas de los gobiernos de los Estados, para consolidarlo como un derecho humano, fundamental, que debe ser respetado por el Estado, quien debe asumir responsabilidades plenas para hacer efectivo su acceso y disfrute.

El derecho a la educación tiene que ser comprendido y aceptado como un derecho de carácter habilitante de las personas, indispensable para poder lograr el conocimiento, comprensión, ejercicio y defensa de todos los demás derechos inherentes a la condición humana.

La educación es un derecho que posibilita, una vez adquirido el conocimiento por una persona, el entendimiento, el ejercicio, la activación y la defensa de todas las demás garantías y derechos que están concebidos y aceptados por las constituciones y tratados internacionales. El reconocimiento de la educación como un derecho humano, lo convierte en un derecho vinculante, exigible, susceptible de hacerse valer a través de los procedimientos constitucionales de defensa.

De esta manera, las demandas para hacer valer al derecho a la educación ante los tribunales federales estarán justificadas y serán legítimas y, por tanto, los gobiernos se verán obligados por los efectos de las acciones justiciables y comprometidos a hacerlos efectivos.

Consolidar el derecho a la educación como derecho humano será sin duda una tarea compleja, debido a que las condiciones financieras imperantes en los países frenan su viabilidad y no basta con que se acepte su condición de derecho humano para que sea una realidad plena, pues requiere que el Estado proporcione su viabilidad financiera, cuestión difícil y onerosa.

Resulta impostergable su aceptación como derecho humano y fundamental, a efecto de poder demandarle al Estado el cumplimiento de las obligaciones constitucionales establecidas en el artículo 3o. de nuestra Carta Magna, que considera como responsabilidad del Estado impartir toda la educación, desde preescolar hasta el nivel superior.

El 15 de mayo de 2019, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos: 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dese hace años se ha pretendido la cobertura total en diferentes niveles educativos. En 1934 se definió que la instrucción primaria sería obligatoria, lo mismo para la secundaria (1993), el preescolar (2003), la educación media superior (2012) y a últimas fechas la educación inicial y superior (2019).

Antes de comentar la reforma de 2019, vale la pena recordar que la misma mantiene una posición diferente a la que se había establecido en 2013. En esta última, además de reformarse el artículo 3o. constitucional, se modificó la Ley General de Educación, la Ley del Servicio Profesional Docente y se creó la ley que dio autonomía al Instituto Nacional de Evaluación Educativa. En términos genéricos, el nuevo régimen ponía a

la evaluación como eje del sistema educativo nacional bajo el supuesto de que incrementaría la calidad y se presentó como una actividad permanente, formativa y adecuada para la profesionalización de los docentes. El ingreso al servicio docente sería por concursos de oposición diseñados por el INEE, pudiéndose postular profesionales no egresados de la Escuela Normal. La permanencia en el servicio se vinculó a las evaluaciones obligatorias cada cuatro años.

Con la reforma de 2019 los anteriores aspectos quedaron inactivos. Se volvió a modificar el artículo 3o. constitucional, añadiéndosele varios conceptos. Así, por ejemplo, se estableció con claridad que toda persona tiene derecho a la educación y que el Estado deberá impartir y garantizar la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior.

En el texto de la reforma se señaló que para dar cumplimiento al principio de obligatoriedad de la educación superior se deberán incluir los recursos necesarios en los presupuestos federal, de las entidades federativas y de los municipios; y de forma adicional, se tendrá que establecer un fondo federal especial que asegure a largo plazo los recursos económicos necesarios para garantizar la obligatoriedad de los servicios educativos a nivel superior, así como la plurianualidad de la presupuestación de recursos financieros para el fortalecimiento de la infraestructura.<sup>4</sup>

Se retomó la idea que la educación debe ser obligatoria, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica. Se señaló, igualmente, que la educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad. Además, fomentará en el ser humano el respeto a todos los derechos.

El texto de la reforma constitucional que establece la obligación del Estado de garantizar la impartición integral de la educación —es decir, en todos los niveles— está incluido en la parte dogmática del texto fundamental, lo cual no es menor, ya que constituye una muestra más que confirma que en México el derecho a la educación dejó de ser considerado como Derecho Social y se ha transformado y reconocido como un derecho humano y fundamental pleno, exigible y justiciable.

---

<sup>4</sup> Artículos décimo segundo y décimo quinto transitorios del decreto por el que se reforman, adicionan y reforman diversas disposiciones de los artículos: 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia educativa, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 2019.

Estos cambios constitucionales configuran un gran reto para el gobierno mexicano tendiente a ampliar el acceso de más jóvenes a estos niveles educativos superiores.

La obligatoriedad del derecho humano a la educación en México no sólo se basa en las disposiciones constitucionales, sino también en determinaciones convencionales. El párrafo primero del artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948).

Sergio García Ramírez sostiene que la doctrina interamericana ha experimentado un importante desarrollo en lo concerniente al control de la convencionalidad, pues las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen la fuerza de una declaración o condena jurisdiccional; en otros términos, revisten eficacia vinculante, no únicamente orientadora o recomendatoria, porque además la Corte sostiene que esta atribución de control concierne no sólo a los tribunales, “sino [también] a cualquiera órganos o agentes del Estado” (García Ramírez, 2018).

El principio de la Convencionalidad, que ha sido adoptado por muchos Estados —como México, por ejemplo— consiste en considerar que tienen el mismo nivel jerárquico las normas constitucionales nacionales y las que emanan de los Tratados Internacionales que hayan sido suscritos y ratificados de manera debida. Entonces, el derecho humano a la educación no debería tener discusión alguna.

La importancia que tiene la aplicación del derecho humano a la educación en beneficio de las personas, así como para la sociedad entera, ha quedado manifiesta con motivo de la terrible pandemia que azota al mundo en estos tiempos.

Los efectos mortíferos que está dejando a su paso en el mundo la propagación del COVID-19, demuestran que los gobiernos de todas las naciones —aun las más desarrolladas— no han invertido recursos financieros suficientes para el desarrollo de la educación, ciencia y tecnología.

En México, un estudio reciente del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM, indica que de las personas fallecidas —de acuerdo con los certificados de defunción, hasta el pasado 27 de mayo— el 71% de las personas que murieron víctimas del virus, tenía una escolaridad de primaria o menos.

La desigualdad y la injusticia social, dentro de cualquier sistema político y social, se vuelven más lastimosas y lacerantes cuando se relacionan con la falta de acceso real e igualitario a la educación y a la salud, porque se les agrega la ecuación entre educados e ignorantes.

## V. CONCLUSIONES

Tenemos que trabajar para lograr un gran consenso entre los académicos e intelectuales —de manera especial entre los constitucionalistas— para fortalecer la categoría de derecho humano que tiene la educación y sacarlo de la larga fila de derechos que se han concebido en los últimos tiempos.

Entre los estudiosos de la teoría de la constitución, debe existir la convicción de que de la misma manera como se justificó en la Constitución de 1857 la necesidad de inclusión en el texto constitucional de los mecanismos para hacer valer y defender los derechos garantizados en la misma carta magna —a través del juicio de amparo—; y después en la Constitución de 1917 la concepción y adopción de los derechos sociales; ahora se necesita que el derecho humano a la educación sea enarbolado, levantado en alto, priorizado, para que se acepte y comprenda que de nada sirve tener una larga lista de derechos y garantías, si la mayoría de la sociedad carece de elementos y herramientas cognoscitivas para conocerlos, acceder a ellos, entenderlos, ejercerlos y defenderlos cuando las instancias gubernamentales se los nieguen o conculquen.

Es preciso ubicar al derecho humano a la educación en un lugar primordial, de manera inmediata después de los derechos a la vida y la libertad, ya que siguiendo el hilo conductor de lo que venimos sosteniendo, la vida de las personas pierde sentido si no es posible vivirla con dignidad; y la libertad pierde su esencia, si no se ejerce y disfruta a plenitud de derechos.

Y es que el derecho humano a la educación les permite a las personas vivir con dignidad y ejercer la libertad en todos sus aspectos posibles, así como también de poder disfrutar de la seguridad jurídica, propiedad y de las demás concepciones de derechos y garantías. Como Corolario, como dice el filósofo español Fernando Savater: “La educación es el primer paso para la libertad”.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- BARROW, R. (2006). *Los romanos*, 2a. ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- BOWEN, J y HOBSON, P. (1997). *Teorías de la educación. Innovaciones importantes en el pensamiento educativo occidental*. México: Editorial Limusa.
- BRENDA, E. (1996). *Manual de derecho constitucional*. España: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons.
- CONTRERAS, R. (2015). *Teoría de la constitución*. 7a. ed. México: Porrúa.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). *Observación general 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. Suiza. ONU. Disponible en: <https://www.right-to-education.org/es/resource/observaciones-generales-13-el-derecho-la-educacion-articulo-13>.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.
- GADOTTI, M. (2003). *Historia de las ideas pedagógicas*. 4a. ed. México: Siglo XXI.
- GARCÍA, A. (2015). *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- GARCÍA, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. España: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA, M. (1989). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. España: Alianza Editorial.
- GARCÍA, S. (2018). *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*. México: CNDH.
- GARGARELLA, R y ETCHICURY, H. (2011). *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Argentina: Siglo XXI.
- HAURIUO, A. (1980). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. España: Ariel.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derecho y razón*. 2a. ed. España: Trotta.

- JAEGER, W. (2001). *Los ideales de la cultura griega*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JAEGER, W. (2008). *Cristianismo primitivo y paideia griega*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LUZURIAGA, L. (1971). *Historia de la educación y de la pedagogía*. 9a. ed. Argentina: Editorial Losada.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. España: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.
- MARTÍNEZ, V. (2013). “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- PÉREZ, A. (2017). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 11a. ed. España: Tecnos.
- RIZVI, F y LINGARD, B. (2013). *Políticas educativas en un mundo globalizado*. España: Morata.
- SANTOS, B. (2015). *La Universidad en el siglo XXI*. México: Siglo XXI.
- SANTOS, M. (2009). *Políticas educativas y compromiso social. El progreso de la equidad y la calidad*. España: Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.
- SCHLEICHER, A. (2018). *Primera Clase. Cómo construir una escuela de calidad para el siglo XXI*. España: OCDE y Fundación Santillana.
- SCHMITT, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. España: Alianza Editorial.
- TOLEDANO, R. (2009). “La equidad como principio y política social. Análisis de sus implicaciones en educación básica”. *Tiempo de educar*. 10(20). ISSN: 1665-0824. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31112987003>.
- TOYNBEE, A. (1981). *Estudio de la historia*. 6a. ed. España: Alianza Editorial.
- UNESCO. (2015). *Replantear la educación: ¿Hacia un bien común mundial?* Francia: UNESCO. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232697>.
- VALENCIA, S. (2003). *Derecho, autonomía y educación superior*, México, UNAM.

VARGAS, C. (2017). *El aprendizaje a lo largo de toda la vida desde una perspectiva de justicia social*. Francia: UNESCO. Disponible en: <https://es.unesco.org/node/262744>.

VERGARA, F. (1989). La paideia griega. *Universitas Philosophica*.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El diálogo jurisprudencial entre cortes constitucionales: El caso de México

### The judicial dialogue among constitutional courts: The case of Mexico

Recepción: 9 de octubre de 2018

Aceptación: 16 de agosto de 2019

Josafat CORTEZ SALINAS\*

**RESUMEN:** ¿Por qué las cortes supremas usan el derecho internacional? Este trabajo sugiere que en México se comenzó a utilizar diálogo jurisprudencial porque un nuevo juez con un perfil distinto (José Ramón Cossío) decidió hacerlo de forma gradual mediante su equipo de colaboradores que combinaba gente de carrera judicial y gente con trayectoria en la academia y en el litigio. Adicionalmente se muestra como el ministro capacitó a su personal en cortes y tribunales internacionales para que tuvieran cercanía y contacto con el derecho internacional. Estos factores combinados con un ambiente favorable a los derechos humanos propiciaron que la Suprema Corte comenzará a usar diálogo jurisprudencial.

**Palabras clave:** jueces, Suprema Corte, derecho internacional, derechos humanos.

**ABSTRACT:** *Why do supreme courts use international law? This work suggests that, in Mexico, the arrival of a new judge with a different profile and an atypical staff progressively introduced a jurisprudential dialogue within the Court. Additionally, it is shown how the minister trained his staff in international courts and tribunals in order to get in contact with international law. These factors, combined with a favorable environment for human rights, led the Supreme Court to begin using jurisprudential dialogue.*

**Keywords:** *Judges, Supreme Court, International law, Human Rights.*

---

\* Doctor en ciencia política por la FLACSO-México. Profesor-investigador del Centro de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Correo electrónico: [josafatcortez@politicas.unam.mx](mailto:josafatcortez@politicas.unam.mx), ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6754-5177>.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El diálogo jurisprudencial y conducta judicial*. III. *La SCJN y el uso del derecho internacional*. IV. *Un juez y su equipo impulsando el diálogo jurisprudencial. Entrenamiento en cortes internacionales de los secretarios de Estudio y Cuenta*. VI. *Procesos de socialización y difusión de ideas*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el periodo de 2006 al 2012 citó a la Corte Interamericana 325 veces en sus sentencias, lo que la ubica en el número cuatro de América Latina que más la cita (González-Ocantos, 2018). ¿Por qué las cortes supremas citan a otras cortes y tribunales? ¿por qué la SCJN comenzó a utilizar las decisiones de otros tribunales internacionales antes de la reforma de 2011?

La interacción que tienen las cortes con decisiones de sus pares de otros países y tribunales internacionales por medio de citas y referencias es conocido como un “diálogo jurisprudencial” entre cortes y sentencias ejecutorias (Ahdieh, 2004). Existen distintas respuestas de por qué las cortes locales usan derecho internacional y citan a otras cortes pese a no estar obligadas a hacerlo en muchos casos. La primera es por la internacionalización del lenguaje de los derechos humanos ya que es la referencia más recurrida por las cortes supremas y la constitucionalización de los tratados internacionales. La segunda respuesta es por factores internos como motivaciones propias de los jueces y por redes y conocimiento de las decisiones de otros tribunales y por la llegada de nuevos jueces con visiones diferentes del derecho (Sandholtz, 2015; Muller y Hege, 2017; Huneeus, 2016; González-Ocantos y Sandholtz, 2020). Una tercera respuesta se da por los mecanismos de difusión que despliega las cortes internacionales como la Corte Interamericana de su jurisprudencia (González-Ocantos, 2018).

Este trabajo estudia el caso de México como un caso menos plausible (Gerring, 2007) en el que no se espera que se cambien las decisiones de los jueces y se cite derecho internacional por tres razones: en primer lu-

---

<sup>1</sup> Los datos y algunos fragmentos de este artículo fueron tomados de mi libro: Cortez (2020).

gar, por la fuerza de las rutinas y hábitos del entrenamiento judicial de los secretarios de estudio y cuenta que permean la institución y que impedían la renovación de los criterios jurisprudenciales en la Corte (Cossio, 1996). En segundo lugar, porque el formalismo-positivismo es la cultura jurídica predominante de los operadores jurídicos (Ansolabehere, 2010; Madrazo y Vela, 2011; Pérez-Perdomo, 2012). En tercer lugar, porque después de la reforma judicial de 1994 no se había consolidado una fuerte tradición entre los jueces a favor de los derechos humanos por lo que era poco probable que ocurrieran modificaciones en las decisiones de jueces y en usar derecho internacional.

Utilizamos el caso de México para comprobar como la presencia de nuevos jueces en las cortes como José Ramón Cossío -quien citó en un porcentaje importante de sus sentencias a la Corte Interamericana- (González-Ocantos y Sandholtz, 2020) favorece el diálogo jurisprudencial, pero detallamos lo que hace un nuevo juez: 1) en la esfera de su autonomía reorganiza su equipo de trabajo para lidiar con las rutinas de las cortes y para difundir nuevas ideas jurídicas; 2) utiliza los recursos de la Corte para capacitar a sus colaboradores en cortes y tribunales internacionales. Estos dos mecanismos explican por qué la Corte mexicana comenzó a utilizar antes de la reforma de 2011 diálogo jurisprudencial. Para respaldar el argumento se realizaron entrevistas con operadores jurídicos claves en la Suprema Corte de Justicia sobre los procesos de socialización y las fuentes que se utilizan en la construcción de las sentencias.

## I. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y LA CONDUCTA JUDICIAL

El uso del derecho internacional por las cortes y tribunales se ha acelerado en los últimos (Bahdi, 2002). En América Latina es reciente el análisis sobre el uso que hacen las cortes del derecho internacional y cómo usan la literatura jurídica en las sentencias, sin embargo, cada vez se comienzan a tener más trabajos que abordan sobre todo la interacción de las cortes locales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodiles, 2016; Mohallem, 2017; González-Ocantos, 2018; González-Ocantos y Sandholtz, 2020).

Una de las formas de analizar la conducta judicial es prestar atención a la forma en la que se construyen las sentencias judiciales. Estudiar quiénes las hacen y cómo las elaboran permite reconocer pautas y formas en

las que el juez concibe su función judicial. Los estudios sobre comportamiento judicial desde la ciencia política latinoamericana recientemente han prestado atención a analizar la influencia de las ideas jurídicas en las decisiones judiciales (González-Ocantos, 2016; Matthew, 2016). Sin embargo, una tarea pendiente es explicar cómo se utiliza el derecho por parte de los jueces y una de las formas de hacerlo es mediante el análisis de las fuentes que utiliza para construir la decisión judicial como un indicador de cambios en la cultura jurídica de las cortes.

El punto de partida es precisar cuál es incentivo que tienen los jueces en utilizar determinadas fuentes en sus sentencias. Desde la propuesta que presento uno de los motivos de los jueces es el deseo de controlar cómo los perciben e influir sobre los otros y su visión del mundo (Devins y Baum, 2019). La audiencia en la que los ministros están más pendientes es la de las elites legales porque son su círculo *más cercano y el que les interesa influir sobre cómo perciben que realizan su trabajo jurisdiccional* (Devins y Baum, 2019). Buscan maximizar determinado prestigio y satisfacción por el trabajo que realizan y por eso utilizan el derecho de manera instrumental (Lax, 2011).

El segundo incentivo es que los jueces también son abogados que estudiaron derecho y aprendieron una forma de entenderlo y la forma en la que se deben de resolver las disputas jurídicas. Las citas en las sentencias permiten explicar la influencia de las ideas jurídicas como una restricción interna (Gillman, 2001). Cuando los jueces y sus secretarios escriben las sentencias expresan la forma en la que conciben el derecho y la forma en la que lo aprendieron en las escuelas de derecho y sus posgrados, así como por sus procesos de socialización que varían entre cada actor judicial. Por medio de las citas aprendemos la forma en la que usan el derecho constitucional y de dónde vienen sus ideas jurídicas o siguiendo a González-Ocantos (2016) sus preferencias legales.

Las nuevas ideas jurídicas y formas de entender el derecho constitucional como el diálogo jurisprudencial y el derecho comparado son los temas que están en el centro del debate constitucional y político. Innovar en estas ideas permite al juez: a) construir una reputación y prestigio en una comunidad externa como los sectores académicos y b) mostrar su visión del derecho y la forma en la que aprendieron la forma de resolver los problemas jurídicos (Cortez, 2020).

Este trabajo sostiene que uno de los factores que genera el diálogo jurisprudencial son las motivaciones personales de los jueces, en específico de aquellos con una mirada diferente del derecho. La literatura ha comprobado que cuando llegan nuevos jueces a las cortes con una nueva cultura jurídica las decisiones en materia de derechos humanos comienzan a cambiar (Couso, 2010; Couso y Hilbink, 2010; Nunes, 2010). Sin embargo, esta hipótesis no especifica el mecanismo que despliegan los nuevos jueces para incidir en las cortes y romper rutinas. Mi argumento señala que los jueces con una visión diferente del derecho para poder incidir en las decisiones y construir un prestigio lo primero que hacen es reorientar su equipo de trabajo porque es el primer recurso con el que cuentan. Reconfigurar el perfil de sus colaboradores y la forma en la que trabajaban es lo que se puede hacer desde los márgenes para impulsar un cambio gradual en las cortes (Cortez, 2020).

El juez con un equipo novedoso va a desplegar sus estrategias de cambio y una de ellas va a ser impulsar el diálogo jurisprudencial mediante su equipo de colaboradores. Con este propósito va a utilizar los recursos de la Corte y va a mandar a sus colaboradores a cursos y estancias tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica como en otras cortes del mundo. La capacitación va a fortalecer el conocimiento de los casos y las decisiones. Un factor fundamental en la región es que los jueces no siempre conocen el derecho internacional o la jurisprudencia de los tribunales internacionales lo que dificulta que lo plasmen en sus sentencias en materia de derechos humanos (González-Ocantos, 2016). Una condición necesaria es conocer el derecho internacional y después viene el problema de operacionalizarlo en las sentencias judiciales y buscar la aceptación en las cortes y en los tribunales inferiores. Por eso el juez primero los manda a capacitar para que conozcan el derecho internacional (Cortez, 2020).

Los jueces no trabajan solos, sino que necesitan un equipo de colaboradores que los respalde en sus objetivos y decisiones. Los secretarios de estudio y cuenta o letrados son sus aliados y son los que operacionalizan las ideas jurídicas y utilizan el diálogo jurisprudencial porque lo aprenden en sus procesos de socialización en las escuelas de derecho y en sus posgrados en los cursos de capacitación que cursan (Cortez, 2019). Los secretarios estudiaron derecho y tienen determinadas preferencias legales (González-Ocantos, 2016) y utilizan el derecho como un estado de la men-

te, es una restricción interna en su conducta que les indica la forma en la que se deben resolver los problemas jurídicos (Gillman, 2001).

Por eso, el primer paso de los jueces es reorientar su equipo de trabajo buscando determinados perfiles y después capacitarlos en diferentes cortes en el mundo. En el caso de México en el año 2017 todos los secretarios de Estudio y Cuenta que tienen doctorado lo estudiaron en España (Cortez, 2019), eso podría ser indicativo de por qué citan el Tribunal Constitucional Español más que otros tribunales.

### III. LA SCJN Y EL USO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el debate sobre la relación de la SCJN con el derecho internacional existían dos posturas encontradas. La mirada nacionalista apela al principio de soberanía nacional y de la pirámide jerárquica en la cual está la Constitución por encima de cualquier norma (Serna, 2012). Por otro lado, está la mirada que reconoce la importancia de los tratados internacionales y de la Corte Interamericana, y la necesidad de contar con una defensa supranacional de los derechos humanos (Serna, 2012).

En este sentido, el artículo 133 constitucional que trata sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento mexicano no ha sido modificado desde 1934; se ha mantenido constante desde entonces, pero lo que sí ha variado es la interpretación que hacen los jueces. El tema de fondo de la disputa jurídica es determinar el papel que tienen los tratados internacionales y su vínculo jerárquico con la Constitución.

Tres decisiones han marcado el debate en esta materia. La primera fue en 1992 en un contexto autoritario y una Corte sin independencia. En la tesis P.C/1992 se sostuvo que los tratados internacionales estaban en el mismo nivel normativo que las leyes federales y por debajo de la Constitución.

En 1999 una Suprema Corte de Justicia renovada en su independencia y poder, cambió el criterio de interpretación del artículo 133 constitucional, en el amparo 1475/1998 determinó que los tratados internacionales están ubicados por encima de las leyes federales y debajo de la Constitución. En 2007 la Corte volvió a decidir sobre el significado del artículo 133 constitucional. En esta ocasión mediante la tesis jurisprudencial P IX/2007 la Corte sostuvo que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes generales, federales y locales.

Desde entonces distintos actores han apelado a que la Corte definiera mediante la interpretación del artículo 133 constitucional la jerarquía de los tratados internacionales. Fue hasta la reforma en materia de derechos humanos con las adiciones al artículo 1 constitucional en la que existió más claridad en el tema.

La reforma constitucional en derechos humanos de 2011 amplió las fuentes normativas de los derechos humanos: la Constitución y los tratados internacionales, a los que se presupone que los jueces en sus decisiones tienen que apegarse (Castilla, 2011). Uno de los rasgos que más sobresalen es el que los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, tienen estatura constitucional. El artículo 1 también indica: “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.” Se estipuló como obligación del Estado garantizar y proteger los derechos humanos a través de garantías y mecanismos. Los derechos humanos se colocan en el centro del ordenamiento jurídico como límites al ejercicio del poder político y columna vertebral de la constitución política. Pese a la claridad de la reforma la SCJN se ha tenido que pronunciar sobre los alcances del artículo 1o. constitucional en la Contradicción de Tesis 293/2011. Después de un largo proceso de discusión entre los jueces se asentó entre otras cosas que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional. La contradicción de tesis sugiere que pese a los cambios legales el comportamiento de los jueces varía sobre los alcances de los artículos constitucionales. La reforma en derechos humanos aceleró decisiones que garantizan derechos humanos y el diálogo jurisprudencial e implicó que el juez debe aprender una nueva forma de entender el derecho y sus fuentes en su labor interpretativa. Por mencionar un ejemplo, el juez debe considerar los derechos estipulados en la Convención Americana y más de 50 tratados en materia de Derechos Humanos firmados por el México (Castilla, 2011).

#### IV. UN JUEZ Y SU EQUIPO IMPULSANDO EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Los jueces están rodeados por un equipo de trabajo que los respalda. El primer recurso con el que cuentan los jueces cuando ingresan a la Corte es la posibilidad de conformar y seleccionar a sus colaboradores. Es su

esfera de autonomía en la que de acuerdo con sus objetivos eligen diferentes perfiles y trayectorias profesionales y académicas (Cortez, 2020). Los jueces delegan la elaboración de las sentencias y del trabajo jurisdiccional en un equipo de abogados con diferentes trayectorias profesionales y habilidades.

Los secretarios de estudio y cuenta cumplen con tres funciones: incorporan distintas miradas a los problemas jurídicos, reducen costos de aprendizaje de las rutinas de las cortes y son fuentes de información que permiten difundir nuevas ideas jurídicas (Cortez, 2019: 219-236). Por eso es tan importante analizar la estructura de las ponencias de los jueces y el perfil de su personal. Los jueces necesitan aliados que conozcan derecho internacional y que los apoyen en sus propósitos y en la difusión de ideas jurídicas.

En el caso de México, José Ramón Cossío llegó a la SCJN en 2003 y su trayectoria profesional se distanciaba del modelo tradicional del juez de la corte porque provenía de la academia y había estudiado la historia del Poder Judicial y su comportamiento en la historia política del país. José Ramón Cossío es el actor que va a influir de forma gradual en la SCJN mediante la conformación de un equipo de trabajo novedoso que va a combinar abogados de carrera judicial con abogados con experiencia en el litigio y la academia. Su equipo de trabajo fue innovador en ese momento en la SCJN y le permitía navegar en los hábitos y rutinas de la corte para poder innovar y difundir nuevas ideas jurídicas (Cortez, 2020).

Después de construir su equipo de colaboradores el juez estableció dinámicas de trabajo en conjunto entre secretarios externos al Poder Judicial y gente de carrera judicial. En las entrevistas realizadas se aprecia como el juez Cossío puso énfasis en su ponencia de usar derecho comparado y en usar literatura jurídica, desde antes de la reforma en derechos humanos en 2011 que señalaba que los tratados internacionales y las sentencias de la Corte IDH estaban al mismo nivel que la Constitución.

De acuerdo con los operadores jurídicos había una directriz del ministro de usar diálogo jurisprudencial en la medida de lo posible en los proyectos de sentencias porque sabían que los ministros de carrera judicial no consideraban adecuado citar otras fuentes de derecho. Tenía que construirse de forma gradual, uno de los operadores jurídicos sostiene: “Nos moderamos porque sabíamos que sólo generaríamos rechazo innecesario,

que teníamos que ir como incrementalmente”.<sup>2</sup> Para romper con una institución que se resiste a incorporar el diálogo jurisprudencial el ministro Cossío y su equipo fueron poco a poco en el uso de derecho internacional.

De acuerdo con las entrevistas realizadas el ministro Cossío contrató a alguien que apoyara a la ponencia y a sus secretarios de estudio y cuenta en el uso de derecho internacional. El abogado Karlos Castilla, egresado de la UNAM, trabajó en una etapa en la ponencia con la tarea de apoyar a los secretarios de forma sistematizada en el uso del diálogo jurisprudencial.

Antes de la reforma en derechos humanos del 2011 la ponencia de Cossío estaba en un diálogo con otras cortes y con otras fuentes de literatura. Dice un operador jurídico sobre citar CIDH y otros tribunales internacionales.

El verdadero mérito era hacer esto cuando había tanta resistencia, porque ... después del 11 de junio de 2011 era absurdo no hacerlo, porque en la Constitución ya era evidente o es exageradamente clara en decir, derechos humanos y decir, derechos reconocidos en tratados obligados, y antes de eso tenías el 133 y tenías que construir a partir del 133.<sup>3</sup>

El diálogo jurisprudencial apareció en la SCJN de forma gradual y paulatina impulsado por un juez. Su ancla era la interpretación del 133 constitucional para poder incorporar otras fuentes de derecho como tratados internacionales o CIDH. Por ejemplo, las referencias en los proyectos de sentencia en materia de libertad de expresión, matrimonio igualitario y aborto en un periodo de 1995-2015 son variadas: CIDH, Corte Suprema de Estados Unidos, Tribunal Constitucional Español, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Constitucional de Colombia y Corte Sudafricana (Cortez, 2020).

---

<sup>2</sup> Entrevista realizada en la Ciudad de México, 20 de septiembre de 2016.

<sup>3</sup> Entrevista en la Ciudad de México, 24 de agosto de 2016.

## V. ENTRENAMIENTO EN CORTES INTERNACIONALES DE LOS SECRETARIOS DE ESTUDIO Y CUENTA

El ministro Cossío al llegar a la SCJN modificó su equipo de trabajo y buscó lidiar con los hábitos y rutinas de la institución, pero también quería difundir nuevas ideas jurídicas y formas de construir las sentencias judiciales. Una vez que cambió su equipo de trabajo el juez capacitó a su personal en derecho internacional usando los recursos de la corte para que sus secretarios realizaran estancias en cortes y tribunales internacionales. No basta con tener secretarios con experiencia en la academia y en el litigio, ni un abogado que los apoye en el uso del derecho internacional, sino que también es necesario capacitar al personal con estancias en otros tribunales para aprender su forma de trabajo y conocer la jurisprudencia. El ministro buscó que su personal se capacitará en esos temas.

### Secretarios de Estudio y Cuenta de la ponencia del juez José Ramón Cossío que asistieron a cursos y estancias

<i>Secretario</i>	<i>Año</i>	<i>Lugar de curso o capacitación</i>	<i>Título del reporte de trabajo</i>
Francisca Pou	2005	CIDH. Costa Rica	
Laura Patricia Rojas	2005	CIDH. Costa Rica	
Rosalba Rodríguez	2005	CIDH. Costa Rica	
Francisca Pou	2006	Suprema Corte de Justicia de Colombia	
Lorena Goslinga	2006	CIDH. Costa Rica	“Evolución del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”
Dolores Rueda	2006	CIDH	“El fortalecimiento del Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América”
Francisca Pou	2008	Universidad de Toronto.	

Laura Patricia Rojas	2008	Corte Constitucional de Colombia	“Modulación de los efectos temporales de las sentencias de inexecutable dictadas por la Corte Constitucional Colombiana.”
Lorena Goslinga Ramírez	2008	Facultad de Derecho. Universidad de Toronto	Derecho, Ciencia y Tecnología en la Suprema Corte Canadiense: estándares para la admisión de evidencia científica y técnica.”
Roberto Lara	2008	CIDH. Costa Rica.	Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: un caso paradigmático
Francisca Pou	2009	Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos.	La libertad de expresión en América Latina
Francisca Pou	2009	Paraguay. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)	“Derecho y sexualidad, el papel de la Iglesia”
Roberto Lara	2009	Paraguay. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)	Reporte de trabajo derivado del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Celebrado en la Ciudad de Asunción, Paraguay”
Roberto Lara	2009	Tribunal Constitucional de España	Competencias y principios: una relación incómoda, pero necesaria
Juan Carlos Roa	2009	Canadá-Vancouver. Congreso de la “ <i>International Fiscal Association</i> ”, denominado precisamente “ <i>Tax amnesties</i> ”	Sobre las denominadas “ <i>amnistías</i> fiscales” como método alternativo para la extinción de la deuda tributaria, y los efectos que éstas tienen en la distribución de las cargas fiscales entre los gobernados.
Lorena Goslinga	2009	Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. España	Hostigamiento y acoso sexual.

Juan Carlos Roa	2010	64o. Congreso de la “International Fiscal Association” (“IFA”), celebrado en agosto y septiembre de 2010 en la Ciudad de Roma,	El desgaste en las relaciones entre fisco y contribuyentes, y las alternativas para optimizarlas, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
Roberto Lara	2010	Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional de España,	La motivación de los hechos en los casos de “convicción incompleta”
Karlos Castilla	2011	Tribunal Constitucional de España	“La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México”
Roberto Lara	2012	XIV Seminario Internacional de Teoría del Derecho. Universidad Nacional del Sur-Argentina	“La salvaguarda del derecho a la no discriminación a través de la sanción”
Karlos Castilla		Suprema Corte de Justicia de Colombia.	Otra Manera de hacer justicia. La Corte Constitucional Colombiana
Juan Carlos Roa		65 congreso Mundial de International Fiscal Association. París-Francia	
Dolores Rueda		CIDH	El fortalecimiento del Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América”
Carmen Vergara López		CIDH	Análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Rosalba Rodríguez Mireles		Corte Constitucional de Colombia	“Capacitación in situ en la Corte Constitucional de Colombia, con sede en Bogotá”
Laura Patricia Rojas.		Costa Rica.	“Omisión legislativa. Estudio comparativo de su tratamiento y forma de control entre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Suprema Corte de Justicia Mexicana”
Dolores Rueda		Suprema Corte de Justicia de Colombia	“El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano”
Carmen Vergara López		Suprema Corte de Justicia Colombia	“Ponderación entre derechos fundamentales”

Juan Carlos Roa		Estados Unidos	Algunos acercamientos al control de la elusión fiscal en la jurisprudencia norteamericana.
Dolores Rueda		España.	“La responsabilidad patrimonial del estado: México y España”
Carmen Vergara López		España	“Seguridad social, división jurisdiccional de la seguridad social. España y México”

FUENTE: Elaboración propia con los datos del libro Cortez (2020).

La participación de integrantes de la ponencia, tanto internos como externos, en cursos de capacitación y congresos se mantiene constante. Es importante resaltar que desde antes de la reforma de 2011 en derechos humanos los secretarios de estudio y cuenta de la ponencia de Cossío ya estaban en Costa Rica tomando cursos y viendo el funcionamiento de la CIDH. También sobresale la presencia de los secretarios en Colombia en la Corte Constitucional y en el Tribunal Constitucional Español. Tanto los abogados de carrera judicial como los externos se vieron beneficiados con estas becas para aprender y ver lo que estaban haciendo en otras partes del mundo. El contacto con otras cortes y jueces permite relacionarse y socializar formas de entender el derecho y la resolución de problemas jurídicos.

Había un reconocimiento de la necesidad de conocer lo que estaba diciendo en materia de derechos humanos la CIDH y saber cómo estaban resolviendo problemas parecidos en otras partes del mundo. Si el juez constitucional no conoce una cultura jurídica distinta su círculo cercano pueden aprender y capacitarse sobre lo que está sucediendo en otras cortes. Estos cursos favorecieron el diálogo jurisprudencial en las sentencias de la SCJN.

## VI. PROCESOS DE SOCIALIZACIÓN Y DIFUSIÓN DE IDEAS

Los jueces y sus colaboradores son portadores de ideas jurídicas que plasman cuando escriben las sentencias judiciales. Como abogados también están expuestos a un ambiente y a un contexto de interacciones como procesos de socialización (Cortez, 2020). En el caso de México la directriz de usar derecho internacional venía del ministro, pero de acuerdo con las entrevistas también era una forma de entender el derecho por parte de los

secretarios de estudio y cuenta; es decir, había marcos cognitivos compartidos que facilitaban el uso del derecho internacional. En las entrevistas realizadas un amplio porcentaje de los secretarios de estudio y cuenta se muestra favorable al uso de derecho comparado y al uso de literatura jurídica en las sentencias. Su visión del derecho constitucional y sus marcos cognitivos les marca pautas de comportamiento distintas y mayor apertura al diálogo jurisprudencial.

Después de la ponencia de Cossío en otros proyectos de otros jueces comienzan a aparecer referencias a decisiones de otras cortes y tribunales. ¿Por qué los jueces usan determinadas decisiones de unos tribunales y no de otros? Tiene que ver con que los jueces, así como sus secretarios de estudio y cuenta son portadores de ideas jurídicas, y la forma en la que usan determinadas fuentes del derecho se relaciona con sus espacios de socialización y de estudio (Cortez, 2020); por ejemplo, uno de los operadores jurídicos afirma sobre las fuentes a las que recurre:

... yo me siento muy cómodo con los precedentes americanos; porque son también precedentes muy cortos, son de fácil acceso y comúnmente son precedentes que marcan la discusión en preguntas generales, en preguntas jurídicas. ¿Tiene o no un derecho a abortar esta persona?, entonces como se hacen preguntas generales es bastante útil acudir a los precedentes americanos.<sup>4</sup>

Otro de los operadores afirma la importancia de ver lo que hacen otras cortes y tribunales cuando no existen precedentes claros en la SCJN

siempre consultamos derecho comparado porque puedes ir a tribunales que tienen mucha más experiencia y mucha más trayectoria y te sirve de referencia para ver estándares y ver como los están haciendo. Y bueno, a mí me parece utilísimo. Nosotros en todos los asuntos difíciles siempre lo hemos hecho, sobre todo en este tipo de casos que son más complicados, en los que no hay como un presente claro aquí.<sup>5</sup>

El uso del diálogo jurisprudencial se relaciona con la socialización, los espacios de trabajo y la forma de entender el derecho. Los secretarios también actúan de forma sincera al usar el derecho como un ‘estado de la

<sup>4</sup> Entrevista en la Ciudad de México 10 de mayo de 2016.

<sup>5</sup> Entrevista en la Ciudad de México. 1o. de septiembre de 2016.

mente<sup>6</sup> (Gillman, 2001). Cuando elaboran los proyectos de sentencia son congruentes con los marcos cognitivos adquiridos durante sus trayectorias. Un operador jurídico dice: “Mis primeros referentes están en el sistema interamericano, porque los conozco, y ni siquiera es que los busque, lo sé. Entonces, pues el sistema interamericano está muy presente”.<sup>6</sup>

Después de la reforma de derechos humanos en 2011, el uso de tratados internacionales y las sentencias de la CIDH aparecen con mayor énfasis en los proyectos de sentencias de todos los jueces de la SCJN. Sin embargo, pese a que un amplio porcentaje de los entrevistados está a favor de usar otras decisiones de otros tribunales también aparece el tema de la metodología para usar estas fuentes de forma sistematizada. “Creo que, desafortunadamente no hemos logrado tener una metodología. Creo que es un poco dependiente del secretario que proyecte”.<sup>7</sup>

Me parece importante resaltar dos ideas sobre la difusión de ideas en la Corte. La primera es que parece que no existe un método para acercarse a las decisiones de las demás cortes, es decir, los jueces y secretarios tienen toda la libertad de citar las decisiones que consideren más adecuadas para justificar sus decisiones. En el caso de México, el ministro Cossío orientó su ponencia hacia el diálogo jurisprudencial por prestigio y reputación y por estar cerca de una comunidad académica. La segunda, es que las fuentes que se utilizan dependen del secretario que proyecta las sentencias, sus estudios y su trayectoria profesional. Los secretarios son agentes portadores de ideas jurídicas y los jueces los utilizan para actualizarse y debatir ideas jurídicas.

## VII. CONCLUSIONES

Este trabajo se inserta en la discusión de factores internos y motivaciones de los jueces y sostiene que las cortes usan derecho internacional cuando un juez decide hacerlo para obtener prestigio y difundir nuevas ideas jurídicas. Para lograrlo se rodea de colaboradores con trayectorias académicas y profesionales distintas a las tradicionales. Una vez que tiene a su equipo de abogados el juez decide capacitarlos y entrenarlos en cortes internacionales. Son dos mecanismos entrelazados. El primero es que el juez estruc-

<sup>6</sup> Entrevista en la Ciudad de México. 17 de agosto de 2016.

<sup>7</sup> Entrevista en la Ciudad de México. 5 de septiembre de 2016.

tura un nuevo equipo de trabajo y los manda a capacitar y entrenar en tribunales y cortes internacionales. El segundo es que los secretarios cuando escriben sus sentencias muestran su visión del derecho que aprendieron en sus escuelas, posgrados y en sus procesos de socialización.

La ponencia de José Ramón Cossío estaba en un diálogo jurisprudencial antes del caso Radilla y de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 por tener un equipo de trabajo novedoso y porque capacitó a sus colaboradores. Un factor fundamental para el uso de diálogo jurisprudencial son los secretarios de estudio y cuenta y sus procesos de socialización porque ellos operacionalizan las ideas jurídicas. Si el juez no conoce el derecho internacional o quiere impulsar su uso sus mejores aliados son los secretarios que le apoyan en la construcción de las sentencias. Es necesario que la literatura jurídica y politológica les preste atención a los secretarios de estudio y cuenta como uno de los factores que puede explicar el comportamiento judicial.

#### VIII. FUENTES CONSULTADAS

- AHDIEH, R. (2004). Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts. *New York University Law Review*. 79 (6).
- ANSOLABEHERE, K. (2010). More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico. En COUSO, J. et al. (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BAHDI, R. (2002). Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts. *The George Washington International Law Review*. 34 (3).
- CASTILLA, K. (2011). Un nuevo panorama constitucional para el Derecho Internacional de los derechos humanos en México. *Estudios Constitucionales*. 9 (2).
- CORTEZ, J. (2020). *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.
- CORTEZ, J. (2019). Secretarios de estudio y cuenta en la Suprema Corte de México: un actor esencial pero olvidado. *Política y Gobierno*, XXVI

- (2). Disponible en: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/1299/984>.
- COSSÍO, J. (1996). *Cuadernos para la reforma judicial: jurisdicción federal y carrera judicial en México*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- COUSO, J. (2010). The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. En COUSO, J. *et al. Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- COUSO, J. (2010). “The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America”. En COUSO, J. *et al.* (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: [doi:10.1017/CBO9780511730269.006](https://doi.org/10.1017/CBO9780511730269.006).
- COUSO, J. y HILBINK, L. (2010). Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile. En HELMKE, G. y RÍOS FIGUEROA, J. (eds.). *Tribunales constitucionales en América Latina*, México. México: Poder Judicial de la Federación.
- DEVINS, N. y BAUM, L. (2019). *The Company they Keep. How Partisan Divisions to the Supreme Court*. New York: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1537592719001890>.
- GERRING, J. (2007). *Case Study Research: Principles and Practices*. Nueva York: Cambridge University Press.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, E. (2018). Communicative Entrepreneurs: The Case of the Inter-American Court of Human Rights’ Dialogue with National Judges. *International Studies Quarterly*, 62 (4), 737-750. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/isq/sqy040>.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, E. (2016). *Shifting Legal Visions: Judicial Change and Human Rights Trials in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316535509>.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, E. y SANDHOLTZ, Wayne (2020). Constructing a Regional Human Rights Legal Order: The Inter-American Court, National Courts, and Judicial Dialogue, 1988-2014. *International Journal of Constitutional Law*.

- MADRAZO, A. y VELA, E. (2011). The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution? *Texas Law Review*, 89, (7).
- MOHALLEM, M. (2017). Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights. En MÜLLER, A. (ed.), *Judicial Dialogue and Human Rights* (67-113). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: [doi:10.1017/9781316780237.003](https://doi.org/10.1017/9781316780237.003).
- MÜLLER, A., y KJOS, H. (2017). Introduction. En MÜLLER, A. (ed.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press. Disponible en: [doi:10.1017/9781316780237.001](https://doi.org/10.1017/9781316780237.001).
- NUNES, R. M. (2010). Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Latin American Politics and Society*, 52 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2010.00090.x>.
- LAX, Jeffrey. (2011) The New Judicial Politics of Legal Doctrine. *Annual Review of Political Science* 14, (2011). Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.042108.134842>. Google Scholar.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. (2012). *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. Google Scholar.
- RODILES, A. (2016). The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. En AUST, H. y NOLTE, G. (eds.). *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponible en: DOI: [10.1093/acprof:oso/9780198738923.001.0001](https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.001.0001)
- SANDHOLTZ, W. (2015). How Domestic Courts Use International Law. *Fordham International Law Journal*, 38 (2).
- SERNA DE LA GARZA, J. (2012). *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La mediación en la sociedad de República Popular China: Comparativa con el modelo de México en el siglo XXI

### Mediation in People's Republic of China society: Comparative to the model of Mexico in the 21st century

*Recepción:* 26 de agosto de 2019

*Aceptación:* 1 de julio de 2020

Borja GARCÍA VÁZQUEZ\*

**RESUMEN:** la resolución voluntaria de controversias con la ayuda de un tercero imparcial y sin capacidad para imponer una solución, no constituye un sistema exclusivo de occidente. China es heredera de una tradición milenaria en el uso de la mediación, confirmando la eficiencia de un sistema ajeno a ideologías y destinado a reforzar la necesidad de satisfacción de justicia de los ciudadanos. México en los últimos veinte años se ha adherido al empleo de la mediación, con lo que, por medio de la comparativa de ambos países, se pretende detectar aquellos puntos que podrían ser de interés al objeto de fortalecer el cuerpo normativo mexicano en la materia.

**Palabras clave:** mediación china, mediación popular, gran mediación, ciudadanía mexicana de la justicia, mediación mercantil.

**ABSTRACT:** *The resolution of voluntary disputes with the help of an impartial third party without the capacity to impose a solution, does not constitute an exclusive of the western system. China is heir to a millenary tradition in the use of mediation, confirming the efficiency of a system alien to ideologies and intended to reinforce the need for satisfaction of citizens' justice. Mexico in the last twenty years has adhered to the use of mediation. Through the comparison of both countries, this article aims to detect those points that could be of interest in order to strengthen the Mexican regulatory body in the matter.*

**Keywords:** *Chinese Mediation, Popular Mediation, Great Mediation, Justice by the Citizenship's, Commercial Mediation.*

---

\* Profesor de derecho internacional público en la UANL. México. Correo electrónico: [borjagarcia131@gmail.com](mailto:borjagarcia131@gmail.com) ORCID: 0000-0003-0055-6917..

SUMARIO: I. *Introducción: el imperio de la ley con características chinas*. II. *La larga marcha de la mediación en la República Popular China*. III. *La mediación popular*. IV. *La gran mediación*. V. *El desarrollo de la mediación en México*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN: EL IMPERIO DE LA LEY CON CARACTERÍSTICAS CHINAS

El 15 de noviembre de 2012, durante la celebración del XVIII Comité Central del Partido Comunista Chino (PCCh), Xi Jinping fue nombrado secretario general del PCCh y presidente de la Comisión Militar Central de dicho Partido (Wong, 2012), una posición que le permitió consolidar el poder y le llevó a ser elegido presidente de la República Popular China (RPCh) el 14 de marzo de 2013, en la XII Asamblea Popular China, tras expresar a la población sus ideas de liberalizar la economía, dar a la ciudadanía mayor libertad para criticar al gobierno, y combatir la corrupción existente en las instituciones (Buckley, 2013).

Uno de los elementos clave que ha marcado el mandato de Xi Jinping es la consolidación del imperio de la ley, en un sentido que difiere de la perspectiva occidental, dadas las peculiaridades de su sistema legal, subordinado al liderazgo del PCCh. Si bien el imperio de la ley es un concepto ambiguo, Marcilla Córdoba lo sintetiza como “una relación entre poder y Derecho, en la que el Derecho es expresión de poder, pero al mismo tiempo el poder sólo es legítimo si actúa conforme a un modelo jurídico preconstituido” (Marcilla Córdoba, 2013: 183).

Dworkin (1992: 11) califica a las personas de súbditos y vasallos de la ley, sus métodos e ideales, que estructuran (de forma simbólica) un sistema imperial feudal, en el que los jueces son los monarcas, y los tribunales operan como las capitales de ese Imperio que constituye la ley (Dworkin, 1992: 286); una actitud (como califica Dworkin) que no está limitada a un determinado campo del comportamiento, ni a las decisiones específicas de una minoría de personas (Dworkin, 1992: 289).

Hart defiende esta postura, al rechazar la relación de mandato que pueda establecerse entre el legislador y el destinatario de la norma, por considerar que este sistema es incompleto para explicar las distintas clasificaciones de normas existentes, que no se limitan a aquellas que dan cabida a la obediencia y la desobediencia, existiendo otras que generan derechos y

obligaciones (Hart, 2014: 73-74). Por este motivo hablar de Imperio, sería aludir al sistema configurado por la ley cristalizada en su máxima expresión: la constitución.

La carta magna es el depositario de una relación ambivalente de creación de poder y sometimiento al mismo, al proclamarlo fuente suprema del derecho como expresión de la voluntad de los subordinados. Ferrajoli observa una innovación en el cambio de paradigma que supuso la subordinación de todas las normas a la constitución, creando las condiciones de modificación del derecho, que ya no se limitaba al ser propio de la ley, y al quién y cómo emanan las mismas, extendiendo su acción al deber ser de la norma y a la prohibición de las decisiones arbitrarias (Ferrajoli, 2011: 33).

La constitución se convierte en la fortaleza de los derechos y libertades de la población, y en el elemento de legitimación del propio sistema, que configura su forma de gobierno, la democracia. Por esta razón Ferrajoli ve en los derechos fundamentales el límite al ejercicio del poder y la materia que da cuerpo a la democracia, al referirse al pueblo y su representatividad, como la plasmación de la idea del gobierno del pueblo (Ferrajoli, 2011: 38).

El núcleo vital de la democracia son los derechos fundamentales, la sangre del sistema, y su corazón es el pueblo, el sujeto y objeto legitimador y legitimado. Este razonamiento lleva a Ferrajoli a exponer la interesada apropiación del concepto de gobierno del pueblo, y su tergiversación a la noción de gobierno para el pueblo, utilizando en su presentación argumentativa las ideas de Norberto Bobbio sobre el empleo del concepto por el Partido Comunista de la Unión Soviética, quien afirmaba en su XXV Congreso que “es democrático todo lo que sirve a los intereses del pueblo y a los intereses del partido comunista” (Ferrajoli, 2011: 38).

La postura del PCCh defendida por Xi Jinping es de defensa a ultranza de este, adoptando una posición similar a la de sus antepasados soviéticos. Si bien el partido se limita al liderazgo político, ideológico y organizativo, este es visto como el rector de la sociedad, tal y como se aprecia en las palabras que pronunció en el XIX Congreso del PCCh: “partido, gobierno, militares, civiles, académicos; este, oeste, sur, norte y centro, el partido dirige todo” (Tiezzi, Xi Jinping continues his quest for absolute party control, 2019).

Se comprueba que la clave definitoria de la percepción soviética de la democracia, y por extensión la ley, es la existencia de dos sujetos diferen-

ciados: de una parte, el pueblo, objeto de gestión subordinada; de otra, el partido comunista, quien ostenta el liderazgo y la planificación de la población, ocupando la supremacía del sistema. Se trata de una relación de poder desde arriba, emanado por el PCCh, y de sometimiento para el resto de las personas, primando el interés del partido, que será el encargado de determinar qué es lo democrático.

El mandato de Xi se caracteriza por la inclusión en su política del imperio de la ley, pero como se expone a continuación, en un sentido distinto al comprendido en occidente. La idea de consolidar el imperio de la ley, ha estado presente en los discursos de Xi Jinping desde 2012, creyendo ver en este concepto, el elemento necesario para conseguir un cambio positivo en las instituciones y la población china, con un claro objetivo económico, al estar dirigido al refuerzo de las medidas contra la corrupción y en favor de limitar el poder de los funcionarios que controlan los mercados chinos (Tiezzi, 2014c).

Quizás, el efecto más visible de esta política fueron los juicios contra Zhou Yongkang, exministro de seguridad, y Bo Xilai, exministro de comercio, que dieron lugar a la detención de centenares de colaboradores y la condena de ambos a cadena perpetua. Este cambio en la lucha contra la corrupción podría interpretarse como una maniobra tendente a garantizar que ningún miembro del PCCh esté por encima del partido, consolidándose así la idea del “imperio de la ley con características chinas”, es decir, “el imperio del PCCh a través de la ley” (Tiezzi, 2014b).

Este prototipo de imperio de la ley sería la respuesta dada por el PCCh a los constantes procesos de reorganización estatal, en coherencia con los nuevos tiempos, evitando que las reformas se ejecuten sin garantías legales, como ocurrió en la década de 1980 (Tiezzi, 2014a). El imperio de la ley se configura como la vía empleada por el régimen para dar seguridad jurídica al sistema, con el fin de asegurar su credibilidad nacional e internacional. Así, el desarrollo por el PCCh de las instituciones legales ha sido su reacción ante el descontento social, al permitir a las empresas y los particulares demandar en los tribunales las irregularidades administrativas del gobierno (Li, 2016: 64).

El cambio se aprecia atendiendo a las cifras ofrecidas por la Corte Suprema de la República Popular China en 2015, año en que admitieron 15.895 casos en total, un 42,6% más que en 2014, de los cuales, el 1,63% respondían a supuestos de derecho administrativo (The Supreme People's

Court of the People's Republic of China, 2015: 8); aunque el número de veredictos favorables fue escaso, comprendiendo sólo el 10% de las demandas en 2015 (Li, 2016). Esto es, de 259 casos presentados en materia administrativa, solo en 26 ocasiones se habría dado la razón a los demandantes.

La reforma legal iniciada en China trata de elevar los estándares del país en consonancia con la esfera internacional, pero el límite que encuentra este proceso de cambio (y que lo distingue frente a otros sistemas legislativos) es el liderazgo del PCCh sobre las instituciones legales (Li, 2016); el cual vertebra China, dotando al país de una circunstancia única y distintiva en el ámbito internacional, que ofrece una interpretación del Derecho sobre la base de esta peculiaridad.

A pesar de las numerosas reformas que ha experimentado la RPCh desde su fundación en 1949, y del impacto que ha supuesto en su sociedad el PCCh, una institución se ha mantenido a lo largo de las numerosas transformaciones que ha vivido el país en los últimos setenta años, dando justicia con independencia de la ideología imperante: la mediación.

Aun no existiendo una única definición de mediación, pueden identificarse unas características comunes en la doctrina que llevan a considerarla como un proceso compuesto por varias fases, en las que un tercero imparcial (el mediador) asiste a quienes se encuentran en un estado de desavenencia, tratando que por ellos mismos alcancen un acuerdo que les permita poner fin a su controversia.

Como institución, la mediación es anterior a la revolución china, encontrándose la figura del mediador profesional oficial, el *Diadoren*, en el periodo histórico de la dinastía de Zhou Occidental, entre el 1046 y 771 a.C. (Xinwei, 2017: 16), habiendo perdurado a través de los años como un organismo social estable, que responde a la necesidad de ofrecer solución a las demandas de justicia de la población.

En el presente artículo la exposición se centrará en la mediación vigente en RPCh, sin estudiar en profundidad los sistemas históricos previos, mostrando una comparativa ante el proceso de adopción iniciado en México en 2008 con la reforma constitucional de 18 de junio, que incluyó la mediación en su esfera jurídica. Se procede así a mostrar el desarrollo experimentado por este sistema de resolución de controversias en la China contemporánea, demostrando su eficacia, motivo que le ha garantizado su supervivencia hasta la actualidad.

Para este fin, el artículo se ha dispuesto en las siguientes secciones. En primer lugar, se explica el marco de existencia y evolución de la mediación no judicial en RPCh y las dos variantes existentes (mediación popular y gran mediación), dedicándose a este cometido los apartados II a IV. En segundo lugar, se expone el desarrollo de la mediación experimentado por México desde 2008, y su impacto como elemento de evaluación del estado de la justicia en el país, finalizando con el apartado relativo a las conclusiones.

## II. LA LARGA MARCHA DE LA MEDIACIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

En el plano académico, Gorjón Gómez (2016: 10) expresa *cómo la mediación se ha restringido a ser considerada una disciplina auxiliar del derecho, constituyendo esta limitación un error*, al tratarse de un sistema que, si bien complementa el derecho, está dotado de especiales características de adaptabilidad comunes en todo el mundo.

El derecho está circunscrito al concreto sistema legislativo del que nace. Por el contrario, la mediación es común a la humanidad, sin conocer más límite que la propia naturaleza humana. En este sentido, podemos considerar la mediación como una manifestación tangible de la ética inserta en todo conjunto grupal de nuestra especie.

Lin Chun recuerda la común existencia, más allá del plano europeo, de elementos en otras tradiciones, como son la budista, la confuciana o la islámica, que contemplan ideales de compasión humanitaria, dignidad y justicia (Lin, 2006: 37). Esta paridad existente podríamos condensarla en la conocida como “regla de oro” que es común a todas las culturas: trata a los demás como quisieras que los demás se comportasen contigo. De ella, emanaría la mediación como un sistema de conciencia colectiva condensada en el mediador, que conduce a los individuos enfrentados a reflexionar sobre sus desavenencias, y al desarrollo de la empatía, generando un comportamiento recíproco que garantice la armonía social.

La mediación es ecuménica (Gorjón Gómez, 2016: 11) como lo es el sentido de la búsqueda de justicia por las personas, la materialización del *suum cuique tribueren* romano, la esencia de la vida en sociedad. La tradición china no ha sido ajena a este sentir, encontrando esta exigencia en la naturaleza de los gobernantes, de quienes se exigía rectitud en su

actuación, como recogían los escritos del emperador Amarillo, figura legendaria que habría reinado esta nación entre los años 2.697 y 2.597 a.d.C (Dikötter, 1994: 116).

Sólo se puede gobernar eficazmente el Estado cuando se aplica estricta y justamente la ley... sólo se puede gobernar bien un Estado cuando se busca el interés común y no el privado, y cuando se actúa con justicia a la hora de conceder premios y aplicar castigos (Preciado Idoeta, 2010: 46).

La sociedad, como estructura compleja en que convergen circunstancias determinantes, es intrínsecamente conflictiva por la diversidad de elementos que buscan ser satisfechos por los individuos, como son las clases sociales o la redistribución de la riqueza (Gorjón Gómez, 2016: 13). Así, las sociedades están en un estado de crisis generado por los desajustes del constante cambio cultural y tecnológico, y de conflicto, ante la mutabilidad de sus estructuras (Martín Serrano, 2008: 61-62).

La complejidad de las relaciones sociales ha sido asumida por China, motivando la necesidad de crear sistemas que favorezcan la convivencia entre las personas, evitando el malestar de las interacciones cotidianas (Creel, 1976: 18).

Durante la época imperial, la mediación constituyó el principal método de arreglo de controversias, sin que esta situación cambiase con el advenimiento de la República China, de 1911 a 1949 (Lubman, 1967: 1286); y en el marco de la segunda guerra sino-japonesa (1937-1945) donde la aplicación de la mediación respondió a la finalidad de reducir la conflictividad social, para así poder aunar recursos frente al invasor japonés, y aumentar la eficacia del conjunto de la sociedad (Xinwei, 2017: 62).

El poder de la mediación no radica en la obediencia ciega, sino en la certeza de un resultado independiente de los intereses particulares (Rosembuj, 2005: 10). La mediación conforma un cauce habilitante de la intervención ciudadana en la resolución de sus propias desavenencias, en un ejercicio de incremento de responsabilidad que puede ser calificado de ciudadanización de la justicia (Gorjón Gómez y Adame, 2016: 5). Se trata de la denominada impetración de la justicia, entendida como el procedimiento de exploración por la ciudadanía de obtención de soluciones a sus problemas, sin necesidad de rogar su consumación a los tribunales (Gorjón Gómez, 2015: 116).

La impetración de la justicia ciudadaniza esta, al permitir que el individuo asuma la capacidad de lograr la justicia delegada a los tribunales, en

un proceso de incremento de la cohesión social a través del fortalecimiento de la responsabilidad personal en favor del bien común, al disminuir la carga de asuntos que deben atender las instituciones del Estado.

La mediación permite transformar la sociedad y los medios de finalización de disputas, sin que se vulnere la tutela judicial efectiva ni el trabajo de los tribunales (Navas Paús y Gonzalo Quiroga, 2015: 62). En este sentido debe hacerse una salvedad respecto de la perspectiva de la mediación en China, dada la posición de primacía social que ocupa el PCCh.

Fundado en 1921, el PCCh, con más de 89 millones de afiliados en 2017, es una de las mayores organizaciones políticas del mundo, situándose a la vanguardia del país a través de la sujeción que tiene de las instituciones civiles y militares del Estado (Xiaomei, 2017: 142). El PCCh “es el todo... tiene la llave para abrir las puertas a cualquier proyecto, nacional o extranjero” (Ríos, 2010: 14). Como se recogen en los Estatutos del PCCh,<sup>1</sup> este dirige al pueblo “en el desarrollo de la política democrática socialista... en la configuración de una sociedad socialista... en el fomento de la civilización ecológica socialista” llegándose a afirmar que “el Partido lo dirige todo”.

La Constitución de RPCh de 1982, es el texto que encabeza el sistema normativo de este país. Desde entonces, ha sido enmendada en distintas ocasiones, correspondiendo la última a 2018,<sup>2</sup> que introdujo importantes novedades. Entre ellas debemos destacar su artículo 1o., que ha pasado a reconocer el “liderazgo del Partido Comunista de China”.

En versiones anteriores de la constitución, la posición de liderazgo del PCCh quedaba circunscrito al preámbulo, pero con la enmienda de 2018 pasa al articulado del texto, afianzando la función del partido en la sociedad china. Pese a la fuerza que ejerce el PCCh, el texto reconoce en su artículo 2o. que es al pueblo a quien pertenece todo el poder (aunque su ejercicio se realice exclusivamente a través del Congreso Nacional Popular y los distintos congresos locales).

---

<sup>1</sup> Estatutos del Partido Comunista de China (PCCh) revisados, adoptados por el XIX Congreso Nacional del PCCh, el 24 de octubre de 2017 en Beijing. Disponible en: <http://politica-china.org/secciones/texto-integro-de-los-estatutos-del-partido-comunista-de-china>.

<sup>2</sup> Constitution of the People’s Republic of China (2018 Amendment). Disponible en la versión en inglés de la base de datos de la Universidad de Peking: disponible en: <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=311950&lib=law>

Del mismo modo, sin olvidar que se trata de una “nación socialista bajo la regla de derecho”, el artículo 5o. establece que es el Estado quien “salvaguarda la unidad y la autoridad del sistema legal socialista” al que están sometidos todos los actores de la sociedad, incluidos los partidos políticos y las organizaciones, sin que nada ni nadie pueda estar “por encima de la Constitución y las leyes”.

Si bien el Estado promocionaba, de acuerdo con su artículo 24, la educación en la legalidad, la última enmienda ha incluido el fomento de los denominados valores fundamentales del socialismo, que son la libertad, la igualdad, la justicia y el imperio de la ley<sup>3</sup> lo cual deberíamos entender en el plano de las reformas iniciadas por Xi Jinping.

En China los tribunales del pueblo son los órganos judiciales, tal y como recoge el artículo 123, no limitando el ejercicio de la justicia a los tribunales. De acuerdo con el artículo 111, encargados de regular los comités de residentes (un tipo de organización de sociedad civil autogestionada por los habitantes de un concreto núcleo urbano) reconoce la capacidad de estos para crear “comités de mediación” a fin de “mediar en asuntos civiles”, contribuyendo así a “mantener el orden público”.

A través de este artículo se comprueba la importancia que dan las autoridades chinas a la mediación, a pesar del férreo control ejercido por el PCCh, permitiendo métodos alternativos a la justicia tradicional. La mediación es una institución rastreable a lo largo de la historia de China, habiendo encontrado su acomodo en el marco constitucional del país. Tras su prolongada andadura, superviviente al periodo revolucionario, su existencia fue reforzada con la Conferencia de Pound de 1976, cuyos efectos se hicieron sentir en todo el mundo, y sirvieron para revitalizar la mediación en este país, en su expresión contemporánea (Meng, 2014).

En China la mediación intrajudicial es una de las potestades reconocidas a los jueces, cuya aplicación suele corresponder más habitualmente a la iniciativa de los tribunales que a la de las partes involucradas (Phillip y Huang You, 2009). Solo en 2015, los tribunales populares de todo el país desarrollaron 498 millones de procesos de mediación (The Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, 2015: 19).

---

<sup>3</sup> Annotated Translation: 2018 Amendment to the P.R.C. Constitution. Obtenido de la página web del Congreso Nacional Popular, disponible en: <https://npcobserver.com/2018/03/11/translation-2018-amendment-to-the-p-r-c-constitution/>.

No obstante, del notable uso intrajudicial, en este artículo nos vamos a centrar en la aplicación de la mediación extrajudicial no administrativa, principalmente en la mediación popular. Este sistema puede comprenderse como una mediación comunitaria, aquella destinada a resolver “los conflictos que surgen en una comunidad de vecinos determinada, teniendo como límites la materia disponible a las partes y que no sea contraria al orden público” (Gorjón Gómez y Sánchez García, 2016: 166).

### III. LA MEDIACIÓN POPULAR

En la actualidad el país se rige por la Ley de mediación popular de la RPCh, aprobada en la 16a. reunión del Comité Permanente del Undécimo Congreso Nacional del Pueblo, el 28 de agosto de 2010.<sup>4</sup> Esta ley se desarrolló en sus borradores para permitir la coexistencia entre la mediación popular de los barrios y comunidades, y evitar el monopolio de los profesionales de la justicia (Xinwei, 2017: 82).

La mediación popular es un proceso por el que un comité de mediación persuade a las partes en una disputa para que negociando libremente lleguen a un acuerdo (artículo 2o.).

Si atendemos al contenido de la ley, los comités de mediación popular son “organizaciones comunitarias” que pueden ser creadas tanto por los comités de núcleos rurales y urbanos, así como por las empresas y las instituciones públicas cuando lo crean conveniente para resolver disputas entre personas (artículos 7o. y 9o.). Compuestas de tres a nueve miembros, uno de ellos deberá ser nombrado presidente (existiendo la posibilidad de nombrar uno o varios vicepresidentes) debiendo contar entre sus filas con la presencia de mujeres y miembros de las minorías étnicas en áreas en que estén presentes (artículo 8o.).

Los miembros del comité de mediación son elegidos en las asambleas comunales de las comunidades a las que pertenecen, con un mandato inicial de tres años que podrá ampliarse nuevamente en caso de ser reelegidos (artículo 9o.). La intervención de estos comités se fundamenta en la libre autonomía y la igualdad de los intervinientes, encontrándose esta actividad alentada por el Estado, siendo los gobiernos locales los que deben dar los

---

<sup>4</sup> Puede consultarse en la página web de la Universitat de Valencia: disponible en: <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/asia/china-mediation-law.pdf>.

fondos necesarios para permitir su actividad y recompensar el buen hacer de los comités, de acuerdo con las normativas estatales (artículo 6o.) sin que se pueda cobrar una tarifa a los participantes del proceso (artículo 4o.).

Los mediadores son contratados por los comités de mediación, de acuerdo con el artículo 13, por lo que la mediación en China es una actividad profesionalizada. En relación con quién puede ser mediador, la ley establece en su artículo 14 que deben ser “ciudadanos adultos, imparciales, decentes, dedicados al trabajo de mediador, tener un cierto nivel de educación, comprensión de políticas y conocimiento legal”. El mediador es un profesional, de quien se exigen unos mínimos deontológicos y formativos, por lo que cualquiera que no cumpla con ellos no puede desempeñarse como tal.

El departamento de justicia será el encargado de guiar el trabajo de las mediaciones populares (artículo 5o.) de recoger la información relativa a la formación de los mediadores de cada región (artículo 10) y ofrecerles capacitaciones regularmente (artículo 14).

En su actividad, el mediador está sujeto al cumplimiento de la imparcialidad, el respeto, la legalidad y la privacidad, pues de lo contrario podrá ser despedido (artículo 15). El grado de reconocimiento de que goza la actividad del mediador se aprecia en lo dispuesto en el artículo 16, ya que, en caso de padecer enfermedad durante el desempeño de sus funciones, el gobierno debe suministrarle asistencia médica y medios de subsistencia; y si llega a morir durante el cumplimiento de su labor de mediación, el cónyuge y los hijos del mediador tendrán derecho a una pensión y un trato preferencial de acuerdo con las normas estatales.

En relación con el proceso de mediación, que podrá ser efectuado por uno o más mediadores (artículo 19) reside en la voluntariedad de las partes, no pudiendo darse la mediación si alguna de las partes se niega (artículo 17). China reconoce el proceso de comediación, es decir, la intervención de más de un mediador en la mediación. Su actuación se ajustará a los principios del proceso, el razonamiento legal y el dar justicia a los interesados (artículo 21).

De acuerdo con las necesidades del proceso, el mediador podrá invitar a otras personas como familiares, vecinos o expertos, siempre con el consentimiento de los interesados (artículo 20) y se deberá mediar de forma oportuna en el acto (artículo 21) no pudiendo ser dilatados innecesariamente los procesos en el tiempo.

En la mediación popular las partes son quienes deciden estar en el proceso, si este es *público o privado, aceptan o rechazan a los mediadores, y son libres de llegar a un acuerdo (artículo 23)* pero es el mediador quien debe tomar las debidas precauciones y avisar a las autoridades si advierte que el proceso pueda derivar en un caso penal o de seguridad pública (artículo 25). Si el mediador fracasa en su labor, estará obligado a poner fin al proceso y notificarlo a las partes, para que estas puedan proteger sus derechos por los medios arbitrales, administrativos o judiciales que correspondan (artículo 26).

La mediación es un proceso voluntario, cuya resolución depende de la libertad de los participantes para ponerse de acuerdo, una capacidad que no es mermada en caso de fracasar el proceso, pues siguen disponiendo de otros medios para satisfacer su necesidad de justicia.

En caso de llegar a un acuerdo, este podrá ser oral si las partes consideran que es innecesario recogerlo por escrito (artículo 28) y producirá efectos desde que se alcanza la conformidad de este (artículo 30). El artículo 29 dispone que, si el acuerdo es escrito, sus efectos entrarán en vigor desde que las partes lo firmen, y este deberá contener: información básica sobre las partes interesadas; los hechos que motivaron la disputa y las responsabilidades de todas las partes; el contenido del acuerdo de mediación logrado; y el modo y plazo para su cumplimiento. Cada parte tendrá copia del acuerdo, y una de ellas quedará en poder del comité de mediación, que será quien supervise el cumplimiento de lo acordado (artículo 31) y en caso de incumplimiento, las partes podrán presentar una demanda ante los tribunales (artículo 32).

El acuerdo podrá ser ratificado judicialmente en los treinta días posteriores a la finalización de la mediación, tras lo cual, si una de las partes incumple podrá solicitar su ejecución ante los tribunales; y en el supuesto de que estos considerasen que se trata de un acuerdo inválido, podrá alterarse el acuerdo original, realizar un nuevo proceso de mediación, o simplemente demandar ante los tribunales (artículo 33).

#### IV. LA GRAN MEDIACIÓN

Junto con la revitalización de la mediación popular, se debe mencionar la irrupción del sistema de la “gran mediación”. El PCCh siempre ha percibido las organizaciones sociales independientes como una amenaza a su régimen, pero las reformas económicas y de gobierno han llevado a la creación de nuevos mecanismos que permitan dar justicia a la ciudadanía,

armonizando el crecimiento económico y manteniendo la estabilidad social (Jieren, 2011: 1065-1066). La promulgación de la Ley de mediación popular de 2010 estaba inserta en los esfuerzos de China por crear un sistema de “gran mediación” que integrase los tres sistemas de mediación existentes: popular, administrativa y judicial (Chan, 2016: 66).

La gran mediación pretendía ser un sistema de detección de cualquier peligro potencial que tuviese que afrontar el gobierno, a fin de permitirles reducir la conflictividad y las tensiones sociales (Jieren y Lingjian, 2015, 45) resaltando su valor preventivo y mitigador de los conflictos, gracias a la aplicación de los sistemas existentes de mediación, con lo que al tratar de centralizarlos, se permitía a su vez una movilización más rápida de recursos, allá donde fuesen necesarios (Leong Meng, 2016: 99), disminuyendo los conflictos sociales y evitando cualquier desafío a la autoridad del PCCh (Leong Meng, 2016: 107).

Del mismo modo, la gran mediación se diseñó como un refuerzo a los tribunales de justicia (Jieren, 2011: 1066) con el propósito de fortalecer los sistemas públicos y privados de resolución de controversias, permitiendo así destinar a los tribunales solo aquellos casos que realmente requieran de expertos judiciales (Chan, 2016: 66); pero al encontrarse bajo el liderazgo del PCCh, implica negativamente una falta de imparcialidad y un incremento del gasto público, dado su objetivo centralizador (Jieren & Lingjian, 2015: 49).

La idea de contar con un sistema centralizado de todos los tipos de mediación en un mismo territorio constituye un planteamiento exitoso para poder monitorear las problemáticas sociales y dar una solución efectiva a las mismas a través de una mejor gestión de los recursos disponibles, pero la carga política del mecanismo lastra y desvirtúa los fundamentos de la mediación.

## V. EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

Desde que en 1997 Quintana Roo reformó su Constitución al incluir en ella la mediación como método alternativo de solución de conflictos (Cabello Tijerina, 2013: 228), en 1998 comenzó a emplear la mediación judicial (González Martín, 2014: 210), y en 1999 se convirtió en el primer Estado mexicano que promulgó una ley de justicia alternativa (Gorjón Gó-

mez F., 2013: 31), el país ha experimentado un desarrollo exponencial de estos sistemas.

Así se observa con la producción normativa, las progresivas reformas de las constituciones estatales, y principalmente con: la adición del párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 29 de julio de 2010, que incorporó a la carta magna los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC); la promulgación de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, de 29 de diciembre de 2014; y la reforma constitucional de 5 de febrero de 2017, que reformó diversos preceptos relativos a los MASC.

Con estos cambios, México se sumó a la corriente internacional dirigida a permitir que sean los propios individuos quienes solucionen sus problemas sin necesidad de hacer uso de los recursos del Estado (Díaz, 2009: 739). A diferencia de RPCh, México no dispone de una Ley general de mediación que permita la armonización normativa de todo el país, a fin de unificar criterios y lenguaje, para ajustarse a la realidad de su sociedad.

Lo más próximo al logro de este objetivo fue la iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, de 12 de diciembre de 2017, que, entre otras cosas, definía la mediación como “Procedimiento voluntario por el cual las partes involucradas en una controversia buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador”.<sup>5</sup> Independientemente de la indudable importancia que reviste la existencia de sistemas de mediación que contribuyan a garantizar la armonía social, hay un sector de actividad de especial consideración: el comercial, por las repercusiones que tiene al conjunto de la sociedad.

Así ocurre con el Departamento Administrativo de Patentes de China, el cual puede en caso de controversia, a solicitud de las partes, llevar a cabo una mediación para determinar la cantidad compensatoria cuando se produzca una infracción del derecho de patentes, y de no llegarse a un acuerdo, las partes podrán demandar ante los tribunales (Chen y Guan, 2016: 324). Nos encontramos ante un supuesto de mediación comercial, también denominada mediación mercantil, que “es aquella que versa sobre asuntos en materia mercantil teniendo como límites la materia disponible

---

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/documentos/iniciativa-ley-general-de-mecanismos-alternativos-de-solucion-de-controversias>.

a las partes y que no sea contraria al orden público” (Gorjón Gómez y Sánchez García, 2016: 165).

La actividad comercial es lo que determina el carácter mercantil de este proceso. En el ámbito nacional, poseer un sistema de mediación facilita la fluidez comercial al acortar los tiempos de espera de los afectados en la resolución de sus desavenencias, permitiendo un mejor uso de los recursos estatales disponibles.

En el Libro Blanco sobre el “esquema de protección judicial de la propiedad intelectual en China (2016-2020)” se reconocía la necesidad de avanzar hacia el establecimiento de mecanismos alternos de solución de disputas en materia de propiedad intelectual, entre los cuales se encontraba la mediación (The Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, 2017). Esta medida se entiende al considerar que entre 2013 y 2017, en el país se juzgaron 683.000 casos de derechos de propiedad intelectual (The Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, 2018), alcanzando en 2018 la cifra de 288.000 supuestos juzgados en esta materia, lo que supuso un crecimiento anual del 41,8% (The Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, 2019), por lo que contar con una vía alternativa ayudaría a descargar los tribunales y optimizar su labor.

En el ámbito internacional, la seguridad jurídica es determinante para el desarrollo y fortalecimiento de las relaciones comerciales transnacionales. El que un país tenga acceso a la mediación es un elemento que da seguridad a posibles inversores, ya que ofrece una mayor flexibilidad en la obtención de acuerdos, y no impide que los afectados puedan acudir a otras vías de justicia en caso de no ver satisfechas sus demandas en la mediación.

Actualmente China está desarrollando la iniciativa “una franja, una ruta” (OBOR en sus siglas en inglés) o la llamada nueva ruta global de la seda (NRGS), un conjunto de proyectos económicos internacionales que van a aumentar la presencia del país en el mundo. En este campo de crecimiento comercial, China promueve los foros comerciales para hacer uso de los MASC (Oropeza Casas, Dacosta Freitas, & Ramos Bascunan, 2018: 319).

La importancia de la mediación en el comercio internacional se aprecia con la aprobación en diciembre de 2018 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la

Mediación, también conocida como la Convención de Singapur sobre Mediación, cuya finalidad es fomentar el uso de la mediación en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.

La Convención, que fue firmada por China el 7 de agosto de 2019<sup>6</sup> (y de la cual México no forma parte) simboliza el impacto que tiene la mediación en el ámbito internacional. Desde que China formalizase sus relaciones diplomáticas con México en 1972 (González García, 2018: 264), y a pesar de la pérdida de cuota de mercado provocada por la mano de obra asiática y la competitividad existente entre ambos países (Ríos, 2010: 181), esto no va a impedir un aumento de las relaciones a través del OBOR, ante lo cual debe promoverse la mediación desde el Estado para armonizarse con la práctica comercial internacional.

La existencia de una normativa que regule los actos de mediación voluntaria es considerada por el Banco Mundial desde 2015 (junto con otros hechos) como un indicador para medir la calidad de un sistema judicial (World Bank Group, 2014: 30). Por ello, debe entenderse que se considera la mediación como un mecanismo de resolución de controversias que permite la descongestión de los tribunales (World Bank Group, 2014: 65), por lo que la presencia de este sistema da confianza sobre la situación de un país a los posibles inversores, quienes podrán contar con la posibilidad de usarlo para solventar las probables controversias comerciales que puedan surgir.

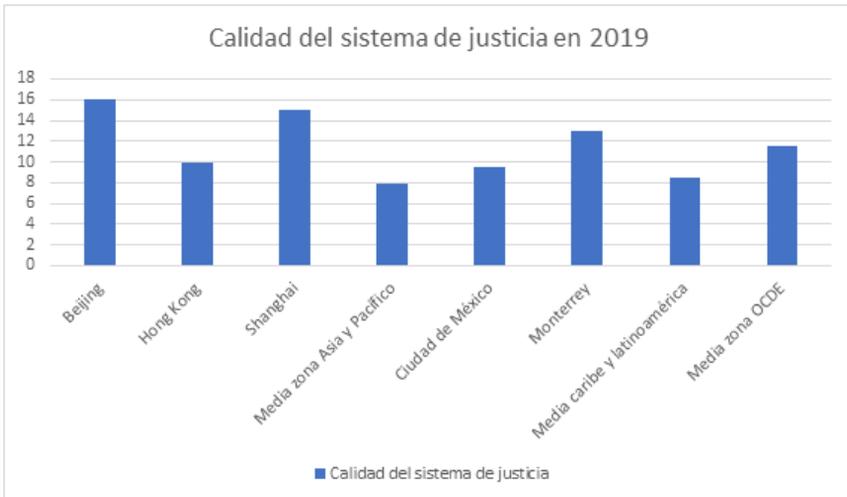
Al medir la calidad de los procesos judiciales de un país, el Banco Mundial plantea tres cuestiones respecto de la mediación:

1. Si está disponible la mediación voluntaria.
2. Si existe una normativa consolidada que regule su ejercicio.
3. Si existen incentivos fiscales para que las partes acudan a mediación.

En el ranking de 2019, puntuado en una escala de menos a más, de 0 a 18, los resultados obtenidos comparando la información de China y México, fue la siguiente:

---

<sup>6</sup> El estado de firmas del tratado, disponible en: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-4&chapter=22&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en).



FUENTE: elaboración propia a partir de la información de *Doing Business 2019*.<sup>7</sup>

De las ciudades expuestas, todas ellas incluyen el acceso a la mediación, y disponen de una normativa que la regula, pero no todas cuentan con incentivos fiscales por su uso, careciendo de tal estímulo Ciudad de México, Hong Kong y Monterrey, y salvo esta última, estas ciudades se encuentran con una justicia de calidad inferior a la media de los países de la OCDE.

Igualmente, atendiendo al *World Justice Project*, el cual mide la calidad de la justicia civil, entre otras cosas, a través del acceso, la imparcialidad y la efectividad de los métodos alternos de solución de conflictos, de 126 países analizados, de un ranking liderado por Dinamarca, Holanda y Alemania, Hong Kong ocupaba la posición 12, China la 60 y México la 113 (*World Justice Project*, 2019: 28). Se comprueba así la importancia que reviste para un país, el tener un sistema normativo sólido, que permita el acceso al uso de la mediación y que incentive su utilización.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://espanol.doingbusiness.org/es/data>.

## VI. CONCLUSIONES

A pesar de las notables diferencias existentes con el sistema normativo chino, consecuencia directa de la primacía que ocupa el PCCh en la sociedad de ese país, México ha logrado desarrollar en dos décadas el empleo de la mediación.

El pragmatismo del que hacía gala el fundador de la apertura económica china, Deng Xiaoping, al restar importancia al color del gato siempre y cuando cazase ratones, debería ser tenido en cuenta a la hora de aprender de la experiencia china con la mediación.

Es un error ligar la mediación a un componente ideológico concreto. La mediación ha sido anterior a la irrupción del PCCh, y hoy, con la existencia de un libre mercado que escapa al control del Partido y que mina día a día su poder, la mediación sigue siendo un medio dirigido a garantizar la armonía social.

La legislación china ha profesionalizado el trabajo de mediador, tanto en el aspecto de su remuneración, como en relación con su capacitación, armonizando normativamente el conjunto del país. Por otra parte, salvando la distancia ideológica fundacional de la “gran mediación”, el contar con un sistema centralizado, siempre y cuando haya transparencia en su gestión, permite disponer de una vía de canalización de los recursos de mediación existentes, de acuerdo con las necesidades del servicio.

Asimismo, constituye un error dudar de su eficacia. La mediación es una institución milenaria que ha sobrevivido hasta la actualidad, constituyendo un indicador del nivel de calidad jurídica que posee un país, lo que contribuye beneficiosamente al apartado económico del Estado, al dar confianza a posibles inversores.

Por estos motivos, México necesita consolidar su normativa a través de la promulgación de una Ley general, como en el caso chino, que permita conciliar conceptos y criterios interpretativos, en consonancia con el desarrollo internacional en favor de la ciudadanización de la justicia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BUCKLEY, C. (14 de marzo de 2013). China’s New Leader Xi Jinping Takes full Power. Obtenido de *The New York Times*, disponible en: <https://>

- [www.nytimes.com/2013/03/15/world/asia/chinas-new-leader-xi-jin-ping-takes-full-power.html](http://www.nytimes.com/2013/03/15/world/asia/chinas-new-leader-xi-jin-ping-takes-full-power.html).
- CABELLO TIJERINA, P. (2013). Transformando México y España a través de la Mediación como política social. En GORJÓN GÓMEZ, F. y LÓPEZ PELÁEZ, A. *Estado del arte de la mediación*. Aranzadi.
- CHAN, P. (2016). *The Position of Mediation in Contemporary Chinese Civil Justice: A Proceduralist Perspective*. Maastricht: Maastricht University.
- CHEN, S. y GUAN, Y. (2016). El Statu Quo y la tendencia del sistema de derecho de propiedad intelectual de China. En OROPEZA GARCÍA, A. *México-China: cultura y sistemas jurídicos comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CREEL, H. (1976). *El pensamiento chino desde Confucio hasta Mao Tse Tung*. Madrid: Alianza Editorial.
- DÍAZ, L. (2009). ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. T. IX.
- DIKÖTTER, F. (1994). *The discourse of race in modern China*. London: Hurst y Company.
- DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2018). “OBOR-NRGS, el proyecto chino para el siglo XXI: alcance global”. En OROPEZA GARCÍA, Arturo. *China: BRI o el nuevo camino de la seda*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2014). Capítulo IX: el ABC de la mediación en México. En VEGA GÓMEZ, J. *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GORJÓN GÓMEZ, F. (2013). Estado del Arte de la mediación en México. En F. Gorjón Gómez, y A. López Peláez, *Estado del arte de la mediación*. Editorial Aranzadi.
- GORJÓN GÓMEZ, F. (2015). Teoría de la impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanía de la justicia y la paz. *Comunitania* (10).

- GORJÓN GÓMEZ, F. (julio de 2016). Mediación, ciencia social emergente. *Comunitania* (12).
- GORJÓN GÓMEZ, F. & ADAME, M. (2016). Cláusulas med/arb sistema de aseguramiento de la ciudadanización de la justicia. *Letras Jurídicas: Revista Electrónica de Derecho* (21).
- GORJÓN GÓMEZ, F., y SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2016). *Vademécum de mediación y arbitraje*. México: Tirant Lo Blanch.
- HART, H. (2014). “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”. En DWORKIN, R. *La filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JIEREN, H. (2011). Grand Mediation in China. *Asian Survey*, 51(6).
- JIEREN, H., & LINGJIAN, Z. (2015). Grand Mediation and Legitimacy Enhancement in Contemporary China-the Guang’an model. *Journal of Contemporary China*, 24(91), 45.
- LEONG MENG, U. (2016). The Development of Grand Mediation and its Implications for China’s Regime Resilience: The Li Qin Mediation Office. *China Review*, 16(1).
- LI, A. (june de 2016). Centralization of Power in the Pursuit of Law-based Governance. *China Perspectives*. Disponible en: <http://journals.openedition.org/chinaperspectives/6995>.
- LIN, C. (2006). *La transformación del socialismo chino*. España: Ediciones de Intervención Cultural-El Viejo Topo.
- Lubman, S. (1967). Mao and mediation: politics and dispute resolution in communist China. *California Law Review* (1284). Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol55/iss5/3>.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2013). Imperio de la ley. *Eunomía, Revista en Cultura de la legalidad* (5).
- MARTÍN SERRANO, M. (2008). *La mediación social*. Madrid: Akal.
- MENG, T. (2014). Comparison of Mediation: Western Modes and Chinese Characteristics. *China Law* (6). Disponible en: <http://en.pkulaw.cn/DisplayJourn.aspx?lib=qikan&Gid=cd7f3ad2653b1fa0a7a60ba7e7aa02b3bdfb&keyword=>.
- NAVAS PAÚS, E. y QUIROGA M., Gonzalo (2015). ADR y violencia. *Revista de Mediación*, 8(1).

- OROPEZA CASAS, A. *et al.*, (2018). La inminencia de Belt and Road Initiative en América Latina: perspectiva desde Brasil, Chile y México. En OROPEZA GARCÍA, Arturo. *China: BRI o el nuevo camino de la seda*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PHILLIP, C., y HUANG YOU, C. (2009). Mediation and Modernity in Chinese Law. *China Law* (3). Disponible en: <http://en.pkulaw.cn/Display-Journ.aspx?lib=qikan&Gid=bf4968facda7c945879a7e81bbb53a0bbdfb&keyword=>.
- PRECIADO IDOETA, I. (2010). *Los cuatro libros del Emperador Amarillo*. Madrid: Trotta.
- RÍOS, X. (2010). *China en 88 preguntas*. Madrid: Los libros de la catarata.
- ROSEMBUJ, T. (2005). El poder de la mediación y la mediación del poder. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (39).
- The Supreme People's Court of the People's Republic of China. (2015). The Work of China's Courts 2015. Obtenido de *The Supreme People's Court of the People's Republic of China*, disponible en: <http://english.court.gov.cn/pdf/TheWorkofChina'sCourts2015.pdf>.
- The Supreme People's Court of the People's Republic of China. (20 de abril de 2017). Outline of the Judicial Protection of Intellectual Property in China. Obtenido de *The Supreme People's Court of the People's Republic of China*. Disponible en: [http://english.court.gov.cn/pdf/OutlineoftheJudicialProtectionofIntellectualPropertyinChina\(2016-2020\).pdf](http://english.court.gov.cn/pdf/OutlineoftheJudicialProtectionofIntellectualPropertyinChina(2016-2020).pdf).
- The Supreme People's Court of the People's Republic of China. (9 de marzo de 2018). Highlights of Supreme People's Court Work Report. Obtenido de *The Supreme People's Court of the People's Republic of China*. Disponible en: [http://english.court.gov.cn/2018-03/09/content\\_35971310.htm](http://english.court.gov.cn/2018-03/09/content_35971310.htm).
- The Supreme People's Court of the People's Republic of China. (12 de marzo de 2019). Highlights of Supreme People's Court Work Report. Obtenido de *The Supreme People's Court of the People's Republic of China*, disponible en: [http://english.court.gov.cn/2019-03/12/content\\_37449108.htm](http://english.court.gov.cn/2019-03/12/content_37449108.htm).
- TIEZZI, S. (12 de marzo de 2014a). China's legal reform: a balancing act The Diplomat. Disponible en: <https://thediplomat.com/2014/03/chinas-legal-reform-a-balancing-act/>.

- TIEZZI, S. (30 de julio de 2014b). Zhou Yongkang and the rule of law with Chinese Characteristics. Obtenido de *The Diplomat*. Disponible en: <https://thediplomat.com/2014/07/zhou-yongkang-and-the-rule-of-law-with-chinese-characteristics/>.
- TIEZZI, S. (23 de octubre de 2014c). Could China's Rule of Law lead to constitutionalism? Obtenido de *The Diplomat*. Disponible en: <https://thediplomat.com/2014/10/could-chinas-rule-of-law-lead-to-constitutionalism/>.
- TIEZZI, S. (10 de julio de 2019). Xi Jinping Continues his quest for Absolute Party Control. Obtenido de *The Diplomat*, disponible en: <https://thediplomat.com/2019/07/xi-jinping-continues-his-quest-for-absolute-party-control/>.
- WONG, E. (14 de noviembre de 2012). Ending Congress, China Presents New Leadership Headed by Xi Jinping. Obtenido de *The New York Times*. Disponible en: [https://www.nytimes.com/2012/11/15/world/asia/communists-conclude-party-congress-in-china.html?ref=asia&\\_r=0](https://www.nytimes.com/2012/11/15/world/asia/communists-conclude-party-congress-in-china.html?ref=asia&_r=0).
- World Bank Group. (2014). *Doing Business 2015*. Washington D.C.: The World Bank.
- World Justice Project. (2019). *Rule of Law Index 2019*. Washington D.C.
- XIAOMEI, H. (2017). Un partido del que nació la fuerza del pueblo trabajador: el Partido Comunista de China. *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social* (11).
- XINWEI, L. (2017). *La mediación en China: aportaciones de occidente*. Madrid: Dykinson.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## ¿Es posible la alianza entre el aborto legal y el federalismo?

### Is the alliance between legal abortion and federalism possible?

*Recepción:* 1 de marzo del 2020

*Aceptación:* 1 de septiembre del 2020

Verónica M. GÓMEZ\*

**RESUMEN:** El rechazo del Senado argentino al proyecto de aborto legal, seguro y gratuito que, en 2018, terminó en el archivo de la iniciativa antes aprobada por la Cámara de Diputados, alentó las miradas críticas hacia la composición contramayoritaria de aquel órgano, característico del sistema federal de ese país.

Con base en distintas fuentes, este trabajo relativiza la incidencia de las particularidades del Senado en tal desenlace y problematiza el sobredimensionamiento de las causas vinculadas al diseño institucional por entender que relega la investigación de los argumentos ideológicos, jurídicos, religiosos y científicos que sostuvieron la criminalización del aborto, los actores detrás de esa posición y su capacidad de influir en múltiples esferas de poder, sin limitaciones territoriales.

**ABSTRACT:** *The Argentine Senate's rejection of the legal, safe, and free abortion project that, in 2018, ended up in the archive of the initiative previously approved by the Chamber of Deputies, encouraged critical views towards the counter-majority composition of that body, characteristic of the federal system of that country.*

*Based on different sources, this work relativizes the impact of the Senate's particularities in such outcome and problematizes the oversizing of the causes linked to the institutional design by understanding that it relegates the investigation of the ideological, legal, religious, and scientific arguments that sustained the criminalization of abortion, the actors behind that position and their ability to exert their influence on multiple spheres of power, without territorial limitations.*

---

\* Abogada con estudios de posgrado en género y derecho de la Universidad de Buenos Aires; maestranda en derecho constitucional y derechos humanos de la Universidad de Palermo, Argentina. Correo electrónico: [veronicamgomez@hotmail.com](mailto:veronicamgomez@hotmail.com) ORCID: 0000-0003-2147-0549.

Por último, considera contraproducente centrar el análisis en esos aspectos del federalismo e ignorar otras facetas susceptibles de contribuir al avance de la lucha del movimiento feminista por la interrupción legal del embarazo.

**Palabras clave:** federalismo, senado, aborto, género.

*Finally, it considers counterproductive to focus the analysis on those aspects of federalism and ignore other facets that can contribute to advancing in the struggle of the feminist movement for the legal interruption of pregnancy.*

**Keywords:** federalism, senate, abortion, gender.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El tratamiento de la legalización del aborto en el Senado*. III. *Las razones y actores detrás de la criminalización del aborto*. IV. *Aportes del federalismo al debate del aborto legal*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN

La estructura bicameral del Poder Legislativo es uno de los rasgos característicos del Estado federal que tiene como finalidad encausar la participación de las unidades territoriales que lo integran en la formación de la voluntad federal (Fernández Segado, 2002: 133). A la distribución de competencias entre distintos niveles de gobierno a partir de la cual es costumbre definir al federalismo (Dahl, 1983: 95), se suma la conformación de una Cámara Alta o Senado que representa a los Estados miembros y convive con una Cámara de Diputados o Sala de Representantes a través de la que se expresa la ciudadanía.

Ese diseño institucional tiene especial importancia en el caso argentino donde nace como respuesta a las marcadas asimetrías de poder político y económico existentes entre las provincias, en tanto herramienta pensada para asegurar la influencia de las jurisdicciones más débiles en el gobierno central y contrarrestar el dominio Buenos Aires (Gibson y Falleti, 2004: 227).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La institución senatorial también aparece en los orígenes de otros sistemas federales de la región como el mexicano, donde ha estado presente desde la Constitución de 1824 y distintos estudios la vinculan a la necesidad de mantener la unidad de la comunidad política que, cohesionada bajo el dominio español, corría riesgos de desintegrarse con la independencia (Rivera Suárez, J. y Rivera Suárez, M., 2014: 128 y 134).

Así se desprende del pensamiento alberdiano<sup>2</sup> que, en defensa de la división del cuerpo legislativo general en dos Cámaras, destaca la necesidad de una instancia destinada a representar a las provincias en su soberanía local a fin de reconocer que “son iguales como cuerpos políticos” y tienen los mismos derechos a pesar de sus diferencias territoriales, poblacionales y de riqueza (Alberdi, 2017, XXII). Dicha concepción se ha visto reflejada en el texto constitucional argentino que, aún tras la última reforma sancionada en 1994, continúa asignando a cada jurisdicción provincial, independientemente de su población, la misma cantidad de lugares en el Senado.

Sin embargo, desde una perspectiva diferente, suele llamarse la atención respecto a que esa equiparación de las representaciones territoriales encierra un alto peligro demo-restrictivo agravado porque al Senado se le otorgan atribuciones similares a las de la otra Cámara (Stepan, 1998: 19). En consecuencia, se asume al federalismo como un límite a la premisa democrática de la igualdad sintetizada en la fórmula “una persona, un voto” que, en contraposición, sí se vería garantizada en la Cámara de Diputados donde la unidad de representación es el ciudadano o la ciudadana individual (Gibson, 2004: 21) y, por ende, las bancas correspondientes a las provincias se establecen de acuerdo con la cantidad de habitantes de cada una.<sup>3</sup>

Cuando en agosto de 2018, el Senado argentino rechazó por 38 votos negativos contra 31 a favor, el proyecto de aborto legal, seguro y gratuito que, impulsado por el movimiento feminista, meses antes había obtenido media sanción de la Cámara de Diputados, no faltaron las miradas que bajo este último encuadre teórico, vislumbraron en la composición con-

---

<sup>2</sup> La frase alude a las ideas de Juan Bautista Alberdi sintetizadas en su obra “Bases y puntos de partida para la organización nacional”, que inspiraron los debates y sirvieron de antecedente al texto de la Constitución Nacional Argentina de 1853. Aunque este abogado e intelectual porteño no era un ferviente federalista, proponía crear una doble esfera de autoridad política y consideraba a las autonomías provinciales como una forma de reconocer el poder de los gobernadores, pero acotado por un presidencialismo fuerte que entendía indispensable para evitar las guerras civiles y las divisiones internas que habían predominado en la historia reciente (Negretto, 2013: 139-149).

<sup>3</sup> Los debates en torno a la reforma constitucional mexicana de 1996 que dispuso que la Cámara de Senadores se integraría por ciento veintiocho miembros, de los cuales en cada entidad territorial se elegirían tres (dos por la mayoría y otro por la primera minoría), mientras que los treinta y dos restantes se votarían a través del sistema de representación proporcional en una sola jurisdicción correspondiente al territorio nacional, constituyen un buen insumo para graficar la tensión entre el principio federal y la pluralidad democrática. A modo de ejemplo, puede consultarse el análisis socio-jurídico de Juan Francisco y Maribel Rivera Suárez (2014).

tramayoritaria de dicho cuerpo legislativo una explicación significativa de ese fracaso. Este trabajo se propone indagar con mayor profundidad acerca del peso que el esquema federal tuvo en esa votación.

En la próxima sección se analiza que los términos en los que se dio el debate en el Senado debilitan aquella línea argumental y echan luz sobre otras razones que fueron decisivas para el archivo de la iniciativa. A esos fines, además de recurrir a material periodístico, se recopila información de las actas de votación de ambas Cámaras, los textos de las Constituciones provinciales y los discursos de senadoras y senadores, sintetizada en los cuadros de elaboración propia que se incluyen en el mismo apartado.

Sobre esa base, se problematiza el énfasis puesto en el funcionamiento institucional que —según se aborda en la tercera sección— produce un desplazamiento del eje de la discusión pública obstaculizando la desarticulación de los discursos y la identificación de los actores detrás del sostenimiento de la criminalización del aborto.

Además, a partir del examen de documentos bibliográficos, notas de distintos medios, antecedentes normativos y otros jurisprudenciales, en la sección previa a las reflexiones finales se considera que el sobredimensionamiento de una responsabilidad negativa del federalismo tiene como efecto la minimización del potencial de esta forma de organización para lograr avances concretos en el camino hacia la interrupción legal del embarazo.

## II. EL TRATAMIENTO DE LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL SENADO

El debate legislativo en torno a la interrupción voluntaria del embarazo se enmarca en el largo proceso de lucha por una agenda de género y ampliación de derechos, que han llevado adelante las organizaciones feministas y de la disidencia sexual en Argentina, con notables conquistas normativas en materia de salud sexual y reproductiva, anticoncepción quirúrgica, educación sexual integral, matrimonio igualitario e identidad de género.<sup>4</sup> Como un hito decisivo de ese devenir, aparece la conformación

---

<sup>4</sup> Véanse como ejemplos las Leyes 25.673 (*Boletín Oficial* del 22/11/2002), 26.130 (*Boletín Oficial* del 29/8/2006), 26.150 (*Boletín Oficial* del 26/10/2006), 26.618 (*Boletín Oficial* del 22/7/2010) y 26.743 (*Boletín Oficial* del 24/5/2012).

de la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito al calor de los Encuentros Nacionales de Mujeres que, después de impulsar este proyecto de ley por más de una década, en 2018 lo presentó por séptima vez y obtuvo la aprobación de la Cámara de Diputados, favorecida por la confluencia de distintos factores que van desde la coyuntura política y los avances judiciales de años anteriores, hasta la enorme capacidad de movilización desarrollada por el activismo feminista contra la violencia de género bajo la consigna de “Ni una menos” y los paros de mujeres (Ruiz Tena y D’Alessandro, 2020: 12-23).

En ese contexto, el freno a la iniciativa de legalización del aborto que se produjo en la sesión del Senado del 8 y 9 de agosto de ese mismo año, es un hecho que juzgado superficialmente puede llevar a conclusiones engañosas sobre la incidencia del federalismo en el resultado. En las posiciones adoptadas por las y los representantes de las distintas jurisdicciones en ambas Cámaras, hay indicios que desdibujan la existencia de una supuesta relación causal entre las características de dicho marco institucional y los obstáculos que, en esa oportunidad, terminaron impidiendo la consagración normativa del derecho de las personas gestantes a decidir sobre sus cuerpos y acceder a prestaciones sanitarias que lo operativicen.

En los párrafos que siguen se esboza la dificultad de encuadrar el tratamiento que tuvo este proyecto en una visión que contrapone al progresismo porteño con el interior atrasado y presume una actitud reaccionaria de las senadoras y senadores ante los adelantos alcanzados en la Cámara de Diputados. Más adelante, se presentan datos que atenúan tanto el impacto del carácter igualitario de la representación territorial en la resolución adoptada por el Senado, como el compromiso de sus integrantes con los mandatos constitucionales locales y la defensa de las autonomías provinciales.

La imagen de la cámara alta como un ámbito de protección institucional de las élites regionales retrógradas frente al crecimiento poblacional, la heterogeneidad y la modernidad de las áreas metropolitanas (Gibson, 2004: 25), se atempera al considerar que dos de los tres representantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es el centro urbano más importante de la Argentina, se manifestaron en contra de la propuesta.

Por otro lado, la comparación del voto de las y los representantes de algunas provincias en el Senado y en la Cámara de Diputados, graficada en el cuadro 1, es útil para ilustrar que las posturas de quienes en principio

defienden los intereses locales no son necesariamente más conservadoras que las encarnadas por quienes, por definición, conforman la voz del pueblo. Córdoba es una provincia paradigmática porque sus tres senadores y senadoras acompañaron la legalización del aborto, pero doce de sus dieciocho diputados y diputadas votaron negativamente y uno se abstuvo. Algo similar sucedió entre las y los representantes de Chubut, Mendoza y Chaco que, en su mayoría, apoyaron la iniciativa en el Senado y la rechazaron en la Cámara de Diputados. Es un fenómeno que puede emparentarse con la “vigorización de la Cámara de Senadores” (Bazán, 2019: 1121) derivada de la mencionada reforma constitucional de 1994 que consagró la elección directa de sus miembros, acortó sus mandatos e incrementó a tres el número de bancas por provincia a fin de incorporar a las minorías.

De la misma manera, hay elementos que permiten relativizar el impacto de la sobre-representación de las provincias menos pobladas y la hipótesis que las asocia en bloque con concepciones fuertemente religiosas y tradicionalistas.

**Cuadro 1.** Resultados de la votación del proyecto de legalización del aborto en el Senado y la Cámara de Diputados, por provincia. Constituciones provinciales que reconocen el derecho a la vida desde la concepción.

Provincias	Senado			Cámara de Diputados			Constitución Provincial
	A favor	En contra	Abstención /Otros	A favor	En contra	Abstención /Otros	
Buenos Aires	2	1	0	49	19	2	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 12)
Catamarca	1	2	0	1	4	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 65)
Chaco	2	1	0	3	4	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 15)
Chubut	3	0	0	2	3	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 18)
Córdoba	3	0	0	5	12	1	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 4)
Corrientes	1	2	0	3	4	0	Aclara que los derechos sexuales y reproductivos deben preservar derecho a la vida (art. 47)
Entre Ríos	2	1	0	5	4	0	Reconoce el derecho a la vida, en general desde la concepción (art. 16)
Formosa	1	2	0	1	4	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 5)
Jujuy	0	3	0	2	4	0	No incluye menciones al inicio de la vida
La Pampa	2	1	0	4	1	0	No incluye menciones al inicio de la vida
La Rioja	0	3	0	1	4	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Mendoza	2	1	0	4	6	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Misiones	1	2	0	3	4	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Neuquén	2	0	1	3	2	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Río Negro	2	1	0	5	0	0	Garantiza la cobertura de la salud y el control de riesgos biológicos a las personas desde su concepción (art. 59)
Salta	0	3	0	0	7	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 10)
San Juan	0	3	0	0	6	0	No incluye menciones al inicio de la vida
San Luis	0	2	1	1	4	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (arts. 13 y 49)
Santa Cruz	2	1	0	3	2	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Santa Fe	1	1	1	9	10	0	No incluye menciones al inicio de la vida
Santiago del Estero	0	3	0	1	6	0	Reconoce el derecho a la vida, en general desde la concepción (art. 16)
Tierra del Fuego	2	1	0	5	0	0	Reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 14)
Tucumán	1	2	0	3	6	0	Reconoce el derecho a la vida y a una existencia digna desde la concepción (párrafo y arts. 40 y 146)
Ciudad de Buenos Aires	1	2	0	16	9	0	No incluye menciones al inicio de la vida
<b>Resultado final</b>	<b>31</b>	<b>38</b>	<b>3</b>	<b>129</b>	<b>125</b>	<b>3</b>	

Fuentes: Elaboración propia en base al Acta de Votación N° 1 del Senado de la Nación, Sesión del 8/8/2018, Expte. CD 22/18 y Acta de Votación N° 1 de la Cámara de Diputados, Sesión del 14/6/18, Expte. 230-D-2018 y agregados. Relevamiento de Constituciones provinciales: [http://www.infoleg.gov.ar/?page\\_id=45](http://www.infoleg.gov.ar/?page_id=45)

Tomando las doce jurisdicciones que a la fecha del último censo nacional (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - INDEC, 2010: 65) tenían menos de setecientos mil habitantes se advierte, según el mismo Cuadro 1, que las senadoras y senadores de seis de ellas (Catamarca, Formosa, Jujuy,

La Rioja, San Juan y San Luis) aportaron quince votos por la negativa, dos por la afirmativa y una ausencia, mientras que las otras seis (Chubut, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego) hicieron lo propio con trece votos a favor, cuatro en contra y una abstención.

En este punto y a modo de paréntesis, cabe destacar el rol concluyente que tuvo el diálogo del entonces gobernador de La Pampa, Carlos Verna, con los diputados y diputadas de esa provincia para conformar la mayoría que logró la media sanción en la Cámara de Diputados (Bullorini, 2018), contradiciendo las perspectivas críticas del federalismo que prejuzgan el accionar de las mandatarias y los mandatarios locales.

Volviendo al Senado, allí tampoco hubo una correspondencia exacta del voto de las y los representantes provinciales con la vigencia de textos constitucionales subnacionales que reconocen explícitamente el derecho a la vida a partir de la concepción. El relevamiento sintetizado en el Cuadro 1 muestra que son catorce las jurisdicciones cuyas Constituciones incorporan alguna cláusula de este tipo y que —sobre los cuarenta y dos representantes que ellas suman en total— veintiuno se opusieron a la legalización del aborto, pero veinte la avalaron restando trascendencia a la literalidad de tales preceptos y una senadora no participó de la votación. Esta fuente se toma como máxima expresión de las autonomías provinciales a los fines del análisis de la influencia del federalismo en la votación, sin perder de vista que en Argentina está vigente un extenso corpus jurídico que niega el carácter absoluto de ese interés para proteger la salud sexual y reproductiva, la integridad física y psicológica, la autonomía y la igualdad de las personas gestantes (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2015).

Por último y como se visualiza en el Cuadro 2, la versión taquigráfica de aquella sesión del Senado deja ver que las referencias a cuestiones federales no ocuparon un lugar central en los discursos e inserciones que las senadoras y senadores realizaron durante la sesión plenaria en la que se resolvió el archivo del proyecto de legalización del aborto.

Esa jornada, participaron sesenta y seis senadoras y senadores. De los treinta y cinco que se expresaron para impugnar la iniciativa, dieciocho apelaron a fundamentos de tinte constitucional, político, religioso y científico totalmente ajenos al federalismo. Solo doce hicieron alguna mención vinculada a que la aprobación del proyecto implicaba un avasallamiento federal de las autonomías provinciales.

**Cuadro 2.** Senadoras y senadores que hicieron uso de la palabra y/o insertaron discursos en la sesión del 8 y 9 de agosto, según su voto y orden en la versión taquigráfica. Utilización de referencias al federalismo. El argumento del avasallamiento federal sobre competencias provinciales.

**En contra de la legalización del aborto o abstenciones**

**Presencia del argumento del avasallamiento federal**

Nombre	Provincia	Pág. VT
Fiad, Mario R.	Jujuy	9
Mera, Dalmacio E.	Catamarca	21
Solari Quintana, Magdalena	Misiones	45 y 206
López Valverde, Cristina	San Juan	77
De Angelis, Alfredo L.	Entre Ríos	82 y 249
Varela, María	CABA	121
Poggi, Claudio J.	San Luis	132
Crexell, Carmen L.	Neuquén	134
Mavans, José M.	Formosa	161
Closs, Maurice F.	Misiones	168
Elias de Pérez, Silvia B.	Tucumán	198
Reutemann, Carlos	Santa Fe	251

**Mención a la Constitución Provincial**

Nombre	Provincia	Pág. VT
González, María T.	Formosa	53
Boyardian, Miriam R.	Tierra del Fuego	57
Blas, Inés I.	Catamarca	92 y 247
Rodríguez Saá, Adolfo	San Luis	180
Menem, Carlos S.	La Rioja	253

**Ausencia de referencias al federalismo**

Nombre	Provincia	Pág. VT
Brizuela y Doria, Olga I.	La Rioja	29 y 242
Bultrich, Esteban	Buenos Aires	36
Urubev, Rodolfo J.	Salta	39
Iturrez de Capellini, Ada R.	Sgo. del Estero	49
Cobos, Julio C.	Mendoza	64
Montenegro, Gerardo A.	Sgo. del Estero	72
Tapia, María B.	Santa Cruz	80
Braillard Poccard, Néstor	Corrientes	87
Basualdo, Roberto G.	San Juan	102 y 206
Giacoppo, Silvia del R.	Jujuy	111 y 256
García Larraburu, Silvia M.	Río Negro	127 y 258
Perotti, Omar A.	Santa Fe	129 y 320
Romero, Juan C.	Salta	139
Uñac, José R.	San Juan	145
Pinedo, Federico	CABA	153
Rozas, Angel	Chaco	165
Fiore Vihuales, María C.	Salta	182
Snopek, Guillermo E.	Jujuy	241

**A favor de la legalización del aborto**

**Respuesta al argumento del avasallamiento federal**

Nombre	Provincia	Pág. VT
Verasav, Pamela F.	Mendoza	95 y 314

**Ausencia de referencias al federalismo**

Nombre	Provincia	Pág. VT
Guastavino, Pedro	Entre Ríos	14
Durango, Norma	La Pampa	27
Almirón, Ana C.	Corrientes	33
Ianni, Ana M.	Santa Cruz	38
Kunath, Sigrid	Entre Ríos	41
Ojeda, José A.	Tierra del Fuego	47
Catalán Magni, Julio C.	Tierra del Fuego	51
González, Nancy S.	Chubut	55
Mirkin, Beatriz	Tucumán	61 y 323
Schiavoni, Humberto L.	Misiones	66
Pilatti Vergara, María I.	Chaco	69
Pereyra Guillermo J.	Neuquén	74
Casero, Carlos A.	Córdoba	84
Aguilar, Eduardo A.	Chaco	90
Saenun, María de los A.	Santa Fe	103
Fernández Sagasti, Anabel	Mendoza	106
González, Gladys	Buenos Aires	113
Pais, Juan Mario	Chubut	117
Rodríguez Machado, Laura	Córdoba	123
Fuentes, Marcelo J.	Neuquén	137
Martinez, Ernesto F.	Córdoba	140
Luenzo, Alfredo H.	Chubut	147
Lovera, Daniel A.	La Pampa	151
Castillo, Oscar A.	Catamarca	157
Solanas, Fernando	CABA	172
Odarda, María M.	Río Negro	176
Fernández de Kirchner, Cristina	Buenos Aires	188
Pichetto, Miquel A.	Río Negro	193
Petecoff Naidenoff, Luis C.	Formosa	201
Costa, Eduardo R.	Santa Cruz	318

Fuentes: Elaboración propia en base a la versión taquigráfica del Senado de la Nación Argentina. Período 136, 10ª Reunión, 5ta. Sesión Especial (8 y 9 de agosto de 2018)

Puntualmente, lo acusaron de responder a un sesgo antifederal o unitario, sugiriendo una eventual vulneración del principio de reserva de las provincias sobre las competencias no delegadas y/o sosteniendo que se inmiscuía en atribuciones concurrentes del área de salud que el Congreso Nacional debía limitarse a regular a través de leyes de adhesión y no mediante normas de orden público como la propuesta. Asimismo, realizaron declaraciones contrarias a la pretensión de imponer programas con prestaciones y obligaciones de financiamiento sin medir su impacto en los sistemas sanitarios provinciales ni su capacidad presupuestaria.

Hubo otras cinco senadoras y senadores que para justificar el voto remitieron a los textos constitucionales de sus distritos, aunque ubicándolos en consonancia con una errada exégesis del marco jurídico nacional, restricti-

va del aborto. En estos casos igual que en los anteriores, las intervenciones atinentes al federalismo fueron secundarias.

Ese tópico también estuvo prácticamente ausente entre las enunciaci-ones de las y los treinta y un representantes que dieron su visto bueno a la propuesta. Una única senadora refutó las objeciones enumeradas, haciendo hincapié en las responsabilidades asumidas por el Estado federal en materia de derechos humanos frente a los organismos internacionales.

Lo expuesto en esta sección no tiene como objetivo idealizar al Senado ni pasar por alto la tensión entre su existencia y la regla de la mayoría o las dificultades que atraviesan su funcionamiento, sino simplemente señalar que la lógica de esa institución propia del federalismo no fue determinante en el debate de la legalización del aborto y que sobreactuar su gravitación lleva a perder de vista los ejes discursivos a partir de los cuales se articuló el rechazo.

### III. LAS RAZONES Y ACTORES DETRÁS DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO

Conforme resulta corroborado por la misma versión taquigráfica, las partici-paciones de las senadoras y senadores que votaron en contra de la ini-ciativa coincidieron en resaltar como eje central de su argumentación, que la vida humana comienza desde la concepción y en asimilar al embrión o al feto con una persona: el niño por nacer, en ocasiones valiéndose de pruebas científicas aparentemente neutrales, a través de las cuales se busca definirlo como un ser separado e independiente de quien lleva adelante la gestación.

En base a ese punto de partida enunciado como una verdad natural e incontrovertible, esgrimieron que la vida a partir de ese momento se cons-tituye en un derecho absoluto que no admite límites, que es fuente de los demás derechos y está amparado por el marco jurídico nacional e inter-nacional. En ese sentido, plantearon una lectura parcializada de distintas normas que reconocen derechos antes y después del nacimiento como el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, los artículos 19 al 21 del Código Civil y la Convención Americana de Derechos Humanos, en contra de antecedentes como “F.A.L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012, considerandos 8 a 13) y “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012: 77-87). También se ampara-

ron en una interpretación antojadiza de la Convención sobre los Derechos del Niño y la declaración efectuada por el Estado argentino respecto a ese tratado, ignorando observaciones en contrario del Comité de los Derechos del Niño (2018: 7).

Recurrieron igualmente a defensas cerradas de la libertad religiosa de las y los profesionales de la salud como sustento de la negativa a la práctica del aborto y reivindicaron el ejercicio de la objeción de conciencia institucional por parte de los establecimientos sanitarios con vínculos confesionales.

En sus alocuciones no dejaron espacio a la autonomía de las personas gestantes, reduciendo el derecho a decidir sobre sus propios cuerpos a un simple deseo que no merece protección o a una elección realizada sin el consentimiento del padre y en contra de los instintos más profundos de la mujer. Entendieron la maternidad como un mandato biológico y un medio de realización sobre todo para aquellas mujeres pertenecientes a los sectores más vulnerables. Algunos discursos subrayaron los efectos físicos y psicológicos que la interrupción de un embarazo provocaría en la mujer e incluso hablaron de trastornos mentales que posteriormente impactarían en sus vidas personales y familiares.

También estuvieron quienes se aprovecharon de la falta de cifras oficiales propia de la ilegalidad a fin de negar la magnitud de los abortos clandestinos y acudieron a estadísticas para restarles importancia como causa de muerte entre la población femenina.

Entremezcladas con otras justificaciones de índole eminentemente religiosa o atinentes a la conveniencia política, surgieron todas las anteriores de carácter secular que muchas veces usan el lenguaje de los derechos humanos, se asientan en interpretaciones constitucionales y reseñan datos empíricos, dejando al descubierto una estrategia novedosa y común con la desplegada por los sectores que se oponen a la legalización del aborto en otros países de la región (Malca, 2018: 353-358).

Detrás de la misma, se encuentra un vasto movimiento social, religioso y conservador que excede a la Iglesia Católica y se revela a través de múltiples organizaciones que se postulan a sí mismas como guardianas de la vida, la familia y otros valores tradicionales. Son expresiones que cruzan a la sociedad argentina sin límites territoriales, más allá de la innegable raigambre que tienen en algunas zonas del país, en particular, el noroeste.

Tienen llegada directa a las elites políticas y cuentan con representantes en los poderes y organismos del Estado.

Cuando a contramano de muchos pronósticos, el proyecto de legalización del aborto pasó la Cámara de Diputados, la fuerza política y económica de este movimiento se hizo sentir en los medios de comunicación, las redes sociales y las calles (Ruiz Tena y D'Alessandro, 2020: 49). Distintos discursos dieron cuenta de la percepción de un cambio en el tono de la discusión que incorporó escraches y amenazas contra quienes dejaban entrever un enfoque favorable a la interrupción legal del embarazo. La ex vicepresidenta de la Nación, Gabriela Michetti, se autoerigió en vocera de ese movimiento y condicionó el tratamiento de la iniciativa. La presión ejercida también coadyuvó a que Mauricio Macri, quien desde la Presidencia de la Nación meses antes había dado vía libre al debate parlamentario, no tomara una posición clara y que tanto la gobernadora —ahora mandato cumplido— de la Provincia de Buenos Aires, María Eugenia Vidal como el jefe de gobierno porteño, Horacio Rodríguez Larreta, dejaran ver su rechazo (Debesa, 2018; Infobae, 2018).

La cosificación de la mujer defendida por este movimiento como contrapartida de la humanización del feto, también tiene raíces profundas en un orden patriarcal que todavía recorta su condición de ciudadanía y la confina a un papel de reproductora de la especie, la fuerza de trabajo y el orden social que debe ejercer a costa de cualquier sacrificio. Se entronca en una cultura de la desigualdad que trasciende al federalismo. El intento de ocultarla detrás de diferencias geográficas conlleva a dejar de problematizar que la mitad de las senadoras, incluida aquella que estaba a cargo de la Banca de la Mujer, votaron en contra de la legalización del aborto. El riesgo es menospreciar uno de los grandes desafíos que enfrenta el movimiento feminista: concientizar a las mujeres, en general y en particular a las que acceden a lugares de representación, acerca del contexto machista que modela sus opiniones y trayectorias políticas.

Tomar debida noción de todos estos argumentos y explorar como se relacionan entre sí brinda mejores posibilidades de desarticularlos y confrontarlos con nuevas respuestas, contribuye a visibilizar a los actores que los sostienen, detectar sus *modus operandi* y evaluar alternativas para contrarrestar su poder de influencia sobre el público en general y los agentes políticos, judiciales y sanitarios que tienen competencias para hacer efectivo el derecho al aborto legal (Niño Contreras y Rincón Escalante, 2018: 380).

#### IV. APORTES DEL FEDERALISMO AL DEBATE DEL ABORTO LEGAL

Además de correr el foco de los argumentos medulares y los actores detrás del freno al proyecto del movimiento feminista, centrarse exclusivamente en el resultado final de la votación en el Senado, también es contraproducente porque desmerece los aportes que el federalismo está en condiciones de hacer para lograr avances en pos de la legalización del aborto. En esta sección se especifican ciertos caracteres de ese modelo de organización que sirven a dicho objetivo y algunos casos empíricos en Argentina y otros países del continente.

Las jurisdicciones territoriales pueden actuar como laboratorios de experimentación para implementar programas, prestar servicios y aprobar normas (Ribstein y Kobayashi, 2006: 5), sobre todo con relación a cuestiones cultural e ideológicamente controvertidas como el aborto, frente a las que resulta complejo arribar a decisiones políticas uniformes en el orden nacional. En el fallo “Chiara Díaz”, a través del voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006, considerando 9) ha visualizado a los desarrollos provinciales y la pluralidad de sus ensayos como una rica fuente para el progreso de las instituciones nacionales de Argentina.

Las conquistas locales en torno a la interrupción legal del embarazo son útiles para instalar el tema en las agendas públicas, indicar caminos diferentes, ampliar paulatinamente las bases de consenso social y destrabar soluciones de alcance federal.

Es lo que ocurrió en México cuando, en 2007, el Distrito Federal reformó su Código Penal para descriminalizar el aborto por voluntad de las personas gestantes durante el primer trimestre de embarazo y proporcionar ese servicio gratuito en hospitales públicos. En una sociedad con predominio católico y donde la Iglesia despliega un fuerte rol político (Lamas, 2009), ese antecedente derivó en un pronunciamiento histórico de la Suprema Corte de Justicia de ese país que, un año más tarde, rechazó las impugnaciones efectuadas por el *ombudsman* federal y el procurador general de la República contra ese marco normativo. Después de recibir numerosos *amicus curiae* y celebrar audiencias públicas, el máximo tribunal definió a la vida prenatal como un bien jurídico protegido, pero lo puso en relación con derechos como la libertad y la autonomía reproductiva de las

mujeres, la igualdad y la problemática de salud pública que constituye la clandestinidad del aborto, para resolver que no existía un mandato constitucional explícito a favor de su penalización (Beltrán y Puga, 2018: 67).

Aunque en el corto plazo, ese soporte jurídico-institucional provocó la reacción de grupos ultraconservadores que fomentaron la adopción de normas dirigidas a restringir la práctica del aborto por parte de otras legislaturas estatales (Albarrán de Alba, 2009), también fue funcional a la promoción de reformas similares a la del Distrito Federal mexicano. La primera en concretarse tuvo lugar en Oaxaca que, hacia fines de 2019, se convirtió en el segundo distrito en autorizar la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas, aun cuando no alcanzó la mayoría agravada exigida para modificar el texto constitucional local que garantiza el derecho a la vida desde la fecundación. Desde el activismo, se ha considerado a esta aprobación como una “señal importante para el resto del país”, proveniente de una de las jurisdicciones más pobres y con mayor número de comunidades indígenas (Reina, 2019).

En Argentina, donde la competencia constitucional de sancionar los códigos de fondo recae sobre el Congreso Nacional, igual existe la oportunidad de aprovechar la mayor efectividad de las movilizaciones que existe en los niveles subnacionales (Powell, 2001: 245) y explorar alianzas con gobiernos locales que son sensibles a la protección de los derechos de las mujeres y han llevado adelante políticas tendientes a garantizar la realización de abortos no punibles y ampliar los márgenes de las causales legalmente aceptadas, en consonancia con el mencionado fallo “F.A.L.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012) que incluyó a los supuestos de violación en general (considerando 18), sin exigencia de denuncia penal o autorización judicial de ningún tipo (considerando 27), encargando a las autoridades nacionales y locales la elaboración de protocolos hospitalarios adecuados (considerando 29).

Modelos como el llevado adelante por el Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe (2012) que implementó un protocolo de abortos no punibles e impulsó la producción de misoprostol para ese mismo fin a través del Laboratorio Industrial Farmacéutico Sociedad del Estado, están a disposición de las organizaciones feministas como parámetro para acreditar buenos resultados en materia de no judicialización, calidad de atención y erradicación de las muertes por abortos inseguros, derribar prejuicios y generar un diálogo ciudadano que facilite a las mujeres tomar conciencia de sus propios derechos (Azrak, 2019: 42). En definitiva, se trata de observar

cómo otros distritos han intentado resolver problemas que son comunes y adoptar las prácticas exitosas acomodándolas a las particularidades locales. Es una forma de federalismo horizontal (Tarr, 2001: 93) que, en el mediano y largo plazo, promueve uniformidades más extensas.

Hacia fines de 2019, esa política de Santa Fe cobró nueva notoriedad y fue reivindicada en apoyo a la resolución adoptada por la ex Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación (2019) para promover el derecho a acceder a la interrupción legal del embarazo en todo el territorio nacional, y en contraste con la decisión de derogarla de quien ocupaba la Presidencia de la Nación (2019). Este hecho expone cómo las experiencias provinciales son utilizadas para poner en evidencia las fallas y las carencias de las políticas nacionales, cubrir los vacíos protectorios y presionar por cambios en ese nivel, además de establecer contactos y trabajar en red con otras organizaciones sociales (Powell, 2001: 275).

Sobre este punto, es válida la referencia a San Francisco que, en 1998, incorporó a su legislación local la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, produciendo efectos de gran valor simbólico (Powell, 2001: 277). La repercusión que la medida tuvo en otras ciudades y condados de los Estados Unidos de América, a pesar de la oposición de los sectores autodenominados “pro-vida”, fue el puntapié inicial de la campaña “Cities for CEDAW”, lanzada en el 2013 con la mirada puesta en “hacer que el mundo sea local” mediante la aprobación de leyes que, en ese orden, inserten los principios internacionales de protección de los derechos de las mujeres y las niñas, sin esperar al gobierno federal.

Ante la ausencia de una administración central comprometida con la igualdad de género, que promueve retrocesos en este área, las esferas locales también se instituyen como espacios de denuncia y resistencia.

Como ejemplo, es oportuno mencionar a Estados subnacionales como Nueva York, California, Oregón e Illinois que continúan defendiendo y asegurando la práctica del aborto en los términos que la Corte Suprema de ese mismo país estableció en “Roe vs Wade” (1973, considerando XI). Esto a pesar de la avanzada de los sectores fundamentalistas religiosos agitados por la cultura misógina y contraria a la libertad reproductiva promovida por la administración de Trump quien, desde su llegada a la Casa Blanca, impulsó el nombramiento de magistrados contrarios al derecho al aborto y medidas para impedir que cualquier recurso público se destine a financiar organizaciones nacionales o extranjeras que apoyen o participen

en servicios de planificación familiar y programas de interrupción voluntaria del embarazo (Vicente y Otón Oliveri, 2018: 424). Es importante seguir la situación en dichos Estados subnacionales, en especial si aquellos donde el conservadurismo es más fuerte, como Alabama, Georgia, Missouri, Arkansas, Kentucky, Ohio y Utah, logran el aval del máximo tribunal en su nueva composición, a las leyes locales que obturan el acceso al aborto, sancionadas en ese contexto y hasta ahora bloqueadas por jueces federales.

Las provincias tienen la opción de retacear la aplicación de las políticas públicas nacionales en el territorio e influir de esa manera en su formulación. Esta táctica a la que recurren comúnmente los actores conservadores para impedir la aplicación de leyes que amplían derechos, puede ser un arma del movimiento feminista para repeler programas regresivos. En Argentina, tiene el sustento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2015, considerando 25) que, a través del fallo “Nobleza Piccardo”, entendió que el contenido de las normas nacionales no limita las potestades legislativas provinciales cuando son ejercidas para garantizar el derecho a la salud y tienen como guía los estándares internacionales.

Dicha atribución de los Estados subnacionales suele dar lugar a diferencias relevantes entre los marcos normativos protectorios que operan en las distintas jurisdicciones. Para comienzos de 2019, en Argentina había once provincias que adherían al protocolo de aborto no punible elaborado por autoridades nacionales, cinco que contaban con uno propio más amplio o más restrictivo y siete que carecían de uno (Economía Femini(s)ta, 2019).

Distintas autoras y autores identifican a esa peculiaridad de la estructura federal como causa de desigualdades geográficas, atento el impacto que tiene en la forma en que derechos y recursos se distribuyen entre las jurisdicciones (Smulovitz, 2015, p. 156). No obstante, aquí se sostiene que las diferencias territoriales no son exclusivas del federalismo y que los diseños institucionales consiguen exacerbarlas o minimizarlas, pero difícilmente revertirlas si no apuntan contra los múltiples factores económicos, sociales, culturales y políticos que las producen.

En Uruguay, un país unitario donde el aborto se legalizó en octubre de 2012,<sup>5</sup> el acceso a su práctica se ve obstaculizado por el ejercicio abusivo de la objeción de conciencia que también es geográficamente dispar. En los departamentos del Litoral los porcentajes de objetores u objetoras superan el sesenta por ciento (60%) y hay localidades donde ascienden

<sup>5</sup> Véase la Ley 18.987 (*Diario Oficial* del 30 de octubre de 2012, núm. 28.585).

al cien por ciento (100%), forzando el traslado de las personas gestantes que deciden la interrupción de los embarazos (Mujer y Salud en Uruguay-MySU, 2017, p. 48). Algo similar pasa en Chile que en 2017 despenalizó el aborto por tres causales,<sup>6</sup> donde los hospitales públicos de determinadas regiones del país concentran a las y los profesionales objetores de conciencia (Corporación Humanas, 2018: 16).

Con esto no se intenta negar la problemática de la coexistencia de distintos estándares de protección legal dentro de un mismo Estado nacional, sino simplemente demostrar que las disparidades territoriales también existen en países con otras formas de organización y que el federalismo, si bien no las evita, logra visibilizarlas como conflicto y puede brindar mecanismos para solucionarlo (Powell, 2001: 250).

En primer lugar, el esquema federal conlleva a un sistema de doble seguridad para los derechos (Madison, Hamilton y Jay, 2001: 221) que ofrece a la ciudadanía la oportunidad de reclamar ante dos niveles judiciales distintos, viendo incrementadas sus chances de obtener alguna respuesta estatal.

Con relación a la interrupción legal del embarazo, en Argentina hay antecedentes en los que la protección local fue negada, como el controvertido fallo del Juzgado de Paso de los Libres (2019) que autorizó una adopción pre-natal en la Provincia de Corrientes, pero también hay otros en los que resultó suficiente o fue convalidada por la justicia federal como la sentencia del Tribunal Superior de Córdoba (2019) que rechazó el recurso de una organización conservadora y avaló el protocolo de aborto no punible elaborado por esa provincia siete años antes o el ya citado caso F.A.L.

En segundo lugar y desde una faceta dialógica que alienta el intercambio de información, la coordinación, la negociación y el aprendizaje mutuo entre las jurisdicciones (Powell, 2001: 249-254), el federalismo es susceptible de favorecer un acceso equitativo a la práctica de abortos no punibles y la construcción de consensos en torno a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

Siguiendo esa orientación teórica, es factible trazar algunas líneas de acción para avanzar en esa dirección. Aunque hacerlo con detalle excede el formato de este trabajo, entre ellas pueden mencionarse: *a)* la producción de información estadística oficial y el mapeo de la situación de los derechos de las mujeres y el aborto en cada jurisdicción; *b)* la generación

<sup>6</sup> Véase la Ley 21.030 (*Diario Oficial* del 23 de septiembre de 2017, núm. 41.866).

y/o el fortalecimiento de ámbitos institucionales —como en Argentina son el Consejo Federal de Salud o los espacios interjurisdiccionales convocados desde el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad— donde las provincias entre sí y con el Estado federal compartan experiencias, lleguen a diagnósticos comunes y acuerden políticas públicas; *c*) la transferencia de fondos nacionales con asignación específica al financiamiento de las políticas acordadas (Azrak, 2019: 53); *d*) el fomento de la participación de las organizaciones sociales locales en el control y seguimiento de su implementación; y *e*) la interpretación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo a la luz del artículo 75 inciso 23 de ese país, como norma de pisos mínimos en materia de salud pública y medida de acción positiva destinada a garantizar la igualdad real de oportunidades (Clérico, 2010: 98).

Un sistema que puede tenerse en cuenta es el de Canadá donde el derecho al aborto está comprendido dentro del “Health Act”, la normativa federal que establece criterios y condiciones generales para asegurar la provisión de los servicios de salud pública, cuya regulación compete a las provincias (Petroni y Ramallo, 2018: 3).

## V. REFLEXIONES FINALES

El repaso de los pormenores del debate que el proyecto de aborto legal, seguro y gratuito tuvo en el Senado de la Nación Argentina, realizado al comienzo de este trabajo, contrarresta el peso que el principio de representación territorial propio de ese cuerpo tuvo en el resultado de la votación contraria a su aprobación en 2018.

Las razones políticas, religiosas e ideológicas que primaron en el transcurso de aquella sesión trascienden las fronteras territoriales y son enarboladas por actores conservadores que —como quedó de manifiesto en la tercera sección— cuentan con llegada directa y una fuerte capacidad de influencia sobre el poder político, judicial y comunicacional.

Desentrañar sus argumentos y comprender cómo actúan es fundamental para elaborar líneas discursivas más efectivas en defensa del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, persuadir a actores estratégicos y articular nuevas tácticas encaminadas a ampliar los consensos para su legalización, soportar el recrudecimiento de las contra-movilizaciónes y

los embates judiciales que, sin dudas, se profundizarán en caso de lograr ese objetivo.

Los aspectos del federalismo enfatizados en la cuarta sección admiten dar una respuesta afirmativa al interrogante que se propone como disparador: existe un margen sustancial para que el movimiento feminista encuentre un aliado en esa forma de organización.

Incrementar la presencia en los ámbitos locales y fortalecer los lazos con sus organizaciones resulta decisivo para que las denuncias de vulneración de derechos tengan más impacto, hacer un seguimiento de casos individuales y promover litigios estructurales, relevar buenas experiencias, darlas a conocer y confrontarlas con incumplimientos en el orden nacional.

El diálogo, la negociación y la coordinación son para un Estado federal herramientas fundamentales para superar los impedimentos que restringen el acceso a la interrupción legal del embarazo en el orden local y equiparar derechos en un sentido progresivo.

En Argentina, la reciente elección de un presidente de la Nación de buen entendimiento con gobernadores y gobernadoras provinciales, su encuentro con referentes feministas y el anuncio público de su compromiso con la legalización del aborto, hace presumir que existen mayores posibilidades para destrabar tales mecanismos y lograr avances en esa lucha del movimiento feminista.<sup>7</sup>

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- ALBARRÁN DE ALBA, G. (2009, 7 de junio). Después del D.F. la reacción. *Página 12*. Sociedad. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-126225-2009-06-07.html>.
- ALBERDI, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.

---

<sup>7</sup> Con posterioridad a la elaboración y presentación de este trabajo, el Congreso argentino sancionó la Ley 27.610 (Boletín Oficial del 15 de enero de 2021) que posibilita el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y garantiza el derecho a la atención postaborto, en base a un proyecto de ley remitido por el presidente de la Nación, Alberto Fernández; hecho que refuerza la idea expuesta en este párrafo.

- AZRAK, D. (2019). *Una teoría federal para la educación sexual integral*. Manuscrito inédito.
- BAZÁN, V. (2019). El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico. En GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- BELTRÁN Y PUGA, A. (2018). La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México. En BERGALLO, P. y JARAMILLO SIERRA, I. C. (comps.). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- BULLORINI, J. (2018, 14 de junio). Despenalización del aborto. Trastienda de la decisión que dio vuelta el resultado. *Clarín Digital*. Política, disponible en: [https://www.clarin.com/politica/trastienda-decision-dio-vuelta-resultado-gobernador-carlos-verna-pidio-votar-favor\\_0\\_HJK-Wm7g-Q.html](https://www.clarin.com/politica/trastienda-decision-dio-vuelta-resultado-gobernador-carlos-verna-pidio-votar-favor_0_HJK-Wm7g-Q.html).
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2015). *Aportes del CELS a los debates legislativos sobre los derechos sexuales y reproductivos*, disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/Derechos-sexuales-y-reproductivos.pdf>.
- CLÉRICO, L. (2010). ¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica de Palermo*.
- Comité de los Derechos del Niño (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina. Disponible en: <https://amnistia.org.ar/es/ya/observaciones-finales-sobre-los-informes-periodicos-quinto-y-sexto-combinados-de-la-argentina-del-comite-de-los-derechos-del-nino>.
- Corporación Humanas (2018). *Realidad del aborto en Chile. Revisión estadística*. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Disponible en: <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2018/08/HUMANAS-Realidad-del-aborto-en-Chile-20-08-2018.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012, 28 de noviembre). *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).
- DAHL, R. (1983). Federalism and the Democratic Process. *Nomos*, 25, 95-108.

- DEBESA, F. (2018, 9 de julio). En el Tedeum, María Eugenia Vidal se mostró con el pañuelo celeste de la campaña «por las dos vidas» contra el aborto. *Clarín Digital*. Política. Disponible en: [https://www.clarin.com/politica/maria-eugenia-vidal-mostro-panuelo-celeste-campana-vidas-aborto\\_0\\_r1-kHIZQ7.html](https://www.clarin.com/politica/maria-eugenia-vidal-mostro-panuelo-celeste-campana-vidas-aborto_0_r1-kHIZQ7.html).
- Economía Femini(s)ta (2019, 8 de marzo). Mapa de Adhesión al Protocolo de Aborto No Punible en la Argentina. Disponible en: <https://economíafeminita.com/mapa-de-adhesion-al-protocolo-de-aborto-no-punible-en-la-argentina/>.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2002). Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina. En SERNA DE LA GARZA, J. M. (comp.). *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/348/7.pdf>.
- GIBSON, E. (2004). Federalism and Democracy: Theoretical Connections and Cautionary Insights. En GIBSON, E. (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, 1-28. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- GIBSON, E. y Falleti, T. (2004). Unity by the Stick. Regional conflicts and the origins of Argentine Federalism. En GIBSON, E. (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, 226-254. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Infobae (2018, 11 de julio). Fuerte gesto de Horacio Rodríguez Larreta a la Iglesia en medio de la discusión por el aborto. *Infobae Digital*, disponible en: <https://www.infobae.com/circulo-rojo/2018/07/11/aborto-el-gesto-de-rodriguez-larreta-y-su-mujer-a-la-iglesia/>.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - INDEC (2010). *Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda, Resultados definitivos*, núm. 2, t. 1, disponible en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010\\_tomo1.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf).
- LAMAS, M. (2009). La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad*, NUSO 220, marzo-abril, disponible en: <https://nuso.org/articulo/la-despenalizacion-del-aborto-en-mexico/>.
- MADISON, J. et al., (2001). *El Federalista*. 2a. ed. en español. México: Fondo de la Cultura Económica.

- MALCA, C. (2018). “Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina”, en BERGALLO, P. *et al.* (comps.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe (2012, 17 de abril) Resolución 612. *Adhesión a la Guía Técnica para la Atención de Abortos No Punibles*, disponible en: <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=20358>.
- Mujer y Salud en Uruguay - MySU (2017). *Los servicios de salud sexual y reproductiva y aborto legal. Monitoreo 2013-2017*. Observatorio Nacional en Género y Salud Sexual-Reproductiva en Uruguay, disponible en: [https://issuu.com/mujerysaludenuruguay/docs/informe\\_observatorio\\_2017\\_10de19\\_we](https://issuu.com/mujerysaludenuruguay/docs/informe_observatorio_2017_10de19_we).
- NEGRETTO, G. (2013). Los orígenes del presidencialismo en América Latina: un estudio sobre el proceso constituyente argentino (1853-1860). *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 7, julio, disponible en: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/14230/1/REXTN-RLPC07-06-Negretto.pdf>.
- NIÑO CONTRERAS, M. I. y RINCÓN ESCALANTE, J. C. (2018). Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia. Sugerencias para un movimiento pro liberalización. En BERGALLO, P. *et al.* (comps.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchas por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- PETRONE, C. y RAMALLO, M. (2018). *Debate sobre el aborto: El Modelo de despenalización en Canadá*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2018\\_canada.pdf](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2018_canada.pdf).
- POWELL, C. (2001). Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States. *150 U. Pa. L. Rev.*, 245-295.
- REINA, E. (2019, 26 de septiembre). México da un gran paso en la despenalización del aborto. *El País Digital*, Sociedad, disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2019/09/25/actualidad/1569446187\\_137012.html](https://elpais.com/sociedad/2019/09/25/actualidad/1569446187_137012.html).

- RIBSTEIN, L. y KOBAYASHI, B. (2006). *The Economics of Federalism*. Ed. por George Mason Law & Economics Research, Paper 06-15, Illinois Law and Economics Working Papers, Serie LE06-001.
- RIVERA SUÁREZ, J. y RIVERA SUÁREZ, M. (2014). La conformación del Senado mexicano en el Siglo XXI. Análisis socio-jurídico de la fórmula para asignar los escaños (la reforma política pendiente). *Alegatos*, 86, enero-abril, disponible en: <https://biblat.unam.mx/hevila/Alegatos/2014/no86/6.pdf>.
- RUIZ TENA, C. y D'ALESSANDRO, M. (2020). *La innovación política desde los feminismos. Estrategias de incidencia para la legalización del aborto en Argentina*. Asuntos del Sur y Economía Femini(s)ta, disponible en: [https://www.mujeresactivando.org/wp-content/uploads/2020/06/inovacion\\_politica\\_ffeminismo.pdf](https://www.mujeresactivando.org/wp-content/uploads/2020/06/inovacion_politica_ffeminismo.pdf).
- SMULOVITZ, C. (2015). ¿Quién paga por los derechos en las provincias argentinas? El caso de las leyes de violencia familiar. *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, 55, 216.
- STEPAN, A. (1998). Democracia y federalismo. Un análisis comparado. *Rivista Italiana di Scienza Política*, 28, 1. Trad. de C. Carrizo, disponible en: <https://unpabimodal.unpa.edu.ar/bibliografia/00-A0184/00-A0184.pdf>
- TARR, G. A. (2001). Federalism, Subnational Constitutionalism and Protection of Minority Rights. Preparado para la Conferencia “Federal Arrangements, Subnational Constitutions and the Protection of the Rights of Minorities in Europe”, Seiseralm, Alpe di Suisi, Italia.
- VICENTE, E. y OTÓN OLIVERI, P. (2018). La legalidad no es suficiente. El impacto del fundamentalismo y las políticas Trump sobre el acceso al aborto en Puerto Rico y otros países. En BERGALLO, P. y JARAMILLO SIERRA, I. C. (comps.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Los contornos constitucionales de la legítima defensa: A propósito de las acciones de inconstitucionalidad 1/2018 y 85/2017

### The constitutional contours of self-defense: Regarding the actions of unconstitutionality 1/2018 and 85/2017

Recepción: 28 de febrero de 2020  
Aceptación: 28 de julio de 2020

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA\*  
Horacio VITE TORRES\*\*  
Mauro Arturo RIVERA LEÓN\*\*\*

**RESUMEN:** La Suprema Corte se pronunció recientemente sobre la constitucionalidad de reformas a la legítima defensa efectuada por diversas entidades federativas en el caso mexicano, que explícitamente permiten la causación de daños tasados, incluyendo la muerte del agresor. La Suprema Corte concluyó que tales disposiciones resultan constitucionales. En el presente artículo se analizan los contornos constitucionales de la legítima defensa en la Carta Magna mexicana y se examina de forma crítica la resolución de la Suprema Corte. Se propone una postura alternativa que cuestiona la validez constitucional de tales normas.

**ABSTRACT:** *The Mexican Supreme Court recently solved several actions of unconstitutionality regarding several amendments to State Law regulations on self-defense in Mexico. The amendments explicitly expressed the type of damages that an individual may cause under self-defense, including the death of the aggressor. The Supreme Court upheld the constitutionality of such dispositions. This article analyzes the framework of self-defense in the Mexican Constitution. The authors provide a critical lecture of the Supreme Court resolution and propose an alternative position that questions the validity of such regulations.*

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Investigador honorario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Correo electrónico: [jlgonzalez@mail.scjn.gob.mx](mailto:jlgonzalez@mail.scjn.gob.mx) ORCID: 0000-0002-6051-8034.

\*\* Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Funcionario de carrera judicial (18 años). Ha sido docente en la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de la Judicatura Federal. México. Correo electrónico: [hvite@mail.scjn.gob.mx](mailto:hvite@mail.scjn.gob.mx) ORCID: 0000-0002-3079-4556.

\*\*\* Secretario de Estudio y Cuenta Adjunto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Profesor en la Universidad Iberoamericana (SNI-I). México. Correo electrónico: [arturo.riverale@gmail.com](mailto:arturo.riverale@gmail.com) ORCID: 0000-0003-4964-7086

**Palabras clave:** derecho a la vida, legítima defensa, interpretación constitucional.

**Keywords:** *right to life, self-defense, constitutional interpretation.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Excusas constitucionales: las acciones de inconstitucionalidad 1/2018 Y 85/2017.* III. *Hacia una interpretación constitucional de los contornos de la legítima defensa.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN

La legítima defensa es una figura compleja que ha desatado interesantes estudios en materia de dogmática penal. Al ser conceptualizada como una eximente de responsabilidad, justifica la realización de una conducta que, de otra manera, recibiría una sanción penal. El hecho de que el ordenamiento jurídico, en ciertos casos, permita el ejercicio de la fuerza por los individuos no es casual. Se ampara la realización de una conducta defensiva que es inherente al comportamiento del ser humano.

Sin embargo, el populismo penal puede entrever en la legítima defensa una oportunidad para desplazar el descontento social respecto de un clima generalizado de inseguridad. Al igual que ha ocurrido con otros aspectos en materia penal y procesal penal (delitos, sanciones o prisión preventiva), las figuras del derecho penal y procesal penal han sido con frecuencia empleadas como sustitutivos remediales de condiciones de inseguridad no controladas por el Estado. En este artículo analizaremos regulaciones de las Entidades Federativas de Nuevo León y Veracruz que expandieron el concepto de la legítima defensa y se estudiará críticamente la resolución emitida por la Suprema Corte respecto de tales normas.

Este estudio está organizado de la siguiente manera. En I) ofrecemos una introducción al objeto de estudio y metodología del presente artículo. En II) Se analizan las resoluciones emitidas por la Suprema Corte Mexicana en las acciones de inconstitucionalidad 1/2018 y 85/2017 que estudiaron la constitucionalidad de modificaciones relevantes al régimen de la legítima defensa. La sección III) contiene un estudio tanto de dogmática penal como del régimen constitucional de la legítima defensa. Se sostiene que la explicitación del daño causable al sujeto agresor no es conforme con un entendimiento de los límites constitucionales de la legítima de-

fensa. Finalmente, en IV) se concluye evidenciando los complejos retos de la desnaturalización de las eximentes de responsabilidad en un Estado democrático de derecho.

## II. EXCUSAS CONSTITUCIONALES ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/2018 Y 85/2017

El análisis de la jurisprudencia constitucional es siempre un catalizador fuerte para el estudio de determinadas temáticas. Con frecuencia, ciertos estudios doctrinales han sido motivados por sentencias emitidas por tribunales. En el presente caso, las acciones de inconstitucionalidad 1/2018 y 85/2017 constituyen el punto de partida para un estudio que no ha sido emprendido en el caso mexicano: los anclajes y contornos constitucionales de la legítima defensa. Esta figura, que ha sido revisada extensamente desde la óptica de la dogmática penal, no ha recibido atención desde una perspectiva constitucional, por lo menos en el caso mexicano.

Las acciones de inconstitucionalidad fueron promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para cuestionar la constitucionalidad de los artículos 17, fracción III, último párrafo y 25, fracción III, segundo párrafo de los Códigos Penales de Nuevo León y Veracruz, respectivamente.

Ambas normas tienen elementos comunes. Particularmente, se reformaron las disposiciones atinentes a la legítima defensa privilegiada y se estableció el tipo de daño que podía ser causado y se precisaba que tal daño quedaría amparado por la presunción de legítima defensa.<sup>1</sup> Un análisis somero de la normatividad permite constatar que, en realidad, no tales normas no modificaban *per se* los elementos de la legítima defensa ni sus condiciones fundamentales, sino se limitaban a explicitar el daño causable. Tales reformas, habían sido introducidas en complejos contextos de inseguridad como una reacción a la presión social.

La Comisión de los Derechos Humanos, empleando la legitimación conferida en el artículo 105 constitucional, promovió acciones de incons-

---

<sup>1</sup> En efecto, en el caso de Nuevo León se establecía “Igual presunción salvo prueba en contrario, favorecerá al que causare cualquier daño, lesión o prive de la vida a otro, a quien encontrare dentro de su hogar (...)”. Por su parte, Veracruz establecía que “Se presumirá la defensa legítima, salvo prueba en contrario, al causar un daño, lesión o incluso la privación de la vida, a quien...”.

titudinalidad en contra de tales medidas. La impugnación cuestionaba las normas sosteniendo que éstas posibilitaban la comisión de hechos antijurídicos desproporcionados. Es decir, el alegato principal de la accionante era que permiten un actuar excesivo por parte de los particulares al repeler la agresión. Ello, estimaba la Comisión, era contrario al derecho de seguridad jurídica, integridad personal y derecho a la vida.<sup>2</sup>

La Suprema Corte, siguiendo un uso consolidado, determinó resolver las acciones de inconstitucionalidad de forma sucesiva y ajustar ambas sentencias, esto es, resolverlos con la misma argumentación y sentido. La primera acción en ser analizada fue la acción de inconstitucionalidad 1/2018. La diversa 85/2017<sup>3</sup> fue ajustada al primer criterio establecido en la primera.

La Suprema Corte resolvió totalmente el asunto en sesión de 5 de noviembre de 2019 (AI 1/2018, respecto a la legislación de Veracruz). La resolución efectuó un estudio sobre los principios generales de la legítima defensa. La sentencia recalcó que la legítima defensa no es un instrumento que permita una justicia por parte de los particulares. Precisamente, para ello resulta necesario que esté provista de estándares jurídicos dado que, de lo contrario, la acción del particular no estaría acotada a un límite preciso.

Una vez sentado un parámetro genérico desde la dogmática penal, se refirió que la normativa en análisis pertenecía a la categoría de legítima defensa privilegiada, esto es, una presunción *iuris tantum* respecto a la acreditación de los elementos de dicha figura. En tal calidad, esta presunción podía ser desvirtuada por el Ministerio Público (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019).

La Suprema Corte concluyó que una interpretación sistemática de la legítima defensa privilegiada implicaba leer la disposición impugnada al tenor de la regulación propia de la legítima defensa genérica (integrante requisitos de ésta a la hipótesis específica regulada). Por ello, el Pleno de la Corte determinó que la norma contenía los elementos fundamentales

---

<sup>2</sup> Las demandas fueron compartidas digitalmente por la propia Comisión y pueden ser consultadas en <https://bit.ly/3c1fyOm> y <https://bit.ly/2V62xNt> (última consulta 19 de febrero de 2020).

<sup>3</sup> La acción de inconstitucionalidad 1/2018 tuvo como ponente al ministro Pérez Dayán, mientras que la acción de inconstitucionalidad 85/2017 al ministro González Alcántara Carrancá. Al resolverse la acción de inconstitucionalidad 1/2018 en primer orden, el Pleno de la Suprema Corte determinó ajustar el criterio de la diversa AI 85/2017 a la ya resuelta.

de la legítima defensa, a saber: *i*) la existencia de una agresión actual o inminente sin derecho; *2*) la ausencia de una provocación inmediata y suficiente por parte de quien repele la agresión y *3*) el no empleo de un medio irracional para repeler la agresión de acuerdo con el criterio de necesidad.

La naturaleza pública<sup>4</sup> de las discusiones de la Suprema Corte posibilita el conocimiento de la discusión en los asuntos<sup>5</sup>. En la discusión, el Ministro González Alcántara se pronunció en contra de la validez del precepto. Consideró, para ello, que en realidad únicamente se precisaban los daños facultativos que podía causar el sujeto, sin regular las causas de la presunción de legítima defensa. Por tanto, expresó que tal norma excluía la posibilidad de considerar alternativas no letales distintas. La misma postura planteó el ministro Franco González Salas al considerar que la norma introduce la excluyente respecto a la privación de la vida, sin generar un marco de referencia sobre cuáles casos se encuentran comprendidos por ella.

Una duda similar inicialmente planteó el ministro Laynez Potisek. Establecer explícitamente el daño que potencialmente puede ser causado, a su juicio, pareciera de manera implícita autorizar la producción de ese daño. Por su parte, el Ministro Zaldívar, al comienzo de su intervención, manifestó que la técnica legislativa del artículo era defectuosa y que por ello le generaba dudas la constitucionalidad de la norma. Más aún, argumentó que la dogmática penal, que era el argumento toral del proyecto, no representaba un parámetro de regularidad constitucional sobre el cual analizar la figura.

Las ministras Piña y Esquivel, así como los ministros Aguilar Morales y Pardo compartieron la constitucionalidad del artículo en sus intervenciones. A su juicio, una interpretación sistemática de la normativa permite entender que la privación de la vida debe darse sólo bajo el marco de proporcionalidad y necesidad adecuadas. A pesar de las dudas externadas, la mayoría de los ministros votaron a favor de la constitucionalidad de la norma. La sentencia fue aprobada por mayoría de siete votos<sup>6</sup>, únicamente

---

<sup>4</sup> Existe disposición constitucional expresa en el artículo 94 constitucional, transmisión televisiva y versión taquigráfica de tales sesiones. Véase el certero análisis de Rafael Coello (2013: 1407).

<sup>5</sup> Por ejemplo, la versión taquigráfica de la discusión de la acción de inconstitucionalidad 1/2018, disponible en: <https://bit.ly/2Vassn0>.

<sup>6</sup> Votaron a favor las ministras Piña y Esquivel, así como los ministros Aguilar, Pardo, Laynez, Pérez Dayán y Zaldívar (este último se apartó de diversas consideraciones de la sentencia mayoritaria).

votando en contra los ministros González Alcántara y Franco González Salas. El Pleno determinó ajustar el criterio de la acción de inconstitucionalidad 85/2017 a la ya resuelta por ser temas similares.

De lo relatado, puede observarse que la resolución del Tribunal Pleno tiene, al menos, dos aspectos problemáticos. En primer término, como efectivamente lo refirió en la discusión el ministro Zaldívar, la sentencia no construyó un parámetro constitucional para analizar la legítima defensa. Es decir, empleó los elementos clásicos de la dogmática penal, presuponiendo que el incumplimiento de tales elementos derivaría en la inconstitucionalidad de la norma y que, viceversa, de demostrarse que la norma atendía a un modelo “clásico” de legítima defensa, ello implicaría su constitucionalidad.

En segundo término, la Corte ignoró un aspecto clave en la discusión. Tanto la normativa de Veracruz, como la normativa de Nuevo León no añadieron nuevos modelos de legítima defensa, sino que habían precisado el tipo de daño causable. Es decir, no eran regulaciones que *ex novo* configuraran la legítima defensa, sino que únicamente habían buscado facilitar al ciudadano la comprensión de la magnitud del daño amparada por las normas. De tal suerte, en realidad, las modificaciones, bajo la interpretación adoptada por el tribunal pleno, privaba de sentido las reformas. Bajo el entendimiento del Pleno, las normas significaban exactamente lo mismo tanto antes como después de ser reformadas. Si el intérprete no debe distinguir dónde no lo ha hecho el legislador, *a contrario sensu*, donde el legislador ha distinguido, debería distinguirse máxime que legislador consideró tan relevante este aspecto que modificó la norma especialmente para añadir tal contenido normativo).

La Suprema Corte, que con frecuencia acude a las exposiciones de motivos y procesos legislativos para desentrañar la voluntad del legislador, fue silente en este aspecto. Las exposiciones de motivos claramente hacían alusión a la voluntad de los legisladores de garantizar a los ciudadanos, como respuesta a un problema sistemático de seguridad pública, el “derecho” a privar de la vida a un agresor en ciertas hipótesis.

En las líneas sucesivas ofreceremos una teoría propia acerca del parámetro de regularidad constitucional a la luz del cual debió analizarse la norma, así como los contornos de la dogmática penal que pueden ser incorporados al debate y concluiremos con una interpretación alternativa respecto a la inconstitucionalidad de tales numerales.

### III. HACIA UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONTORNOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1. *Tamiz para evaluar la legítima defensa*

A pesar de que la Constitución mexicana tiene una naturaleza regulatoria,<sup>7</sup> naturalmente, no menciona los elementos que debe contener la legítima defensa. Es decir, no hay un estándar constitucionalmente ordenado respecto a cómo configurarla. Sin embargo, el concepto si está presente en la Constitución Federal. El artículo 10 constitucional establece que los ciudadanos tienen derecho a tener armas en su domicilio “para su seguridad y su legítima defensa”. La mención no es accidental, aunque la mayoría de los estudios se hayan centrado en la faceta de permisión de armas del artículo y no en la legítima defensa como concepto constitucional.<sup>8</sup> Ello es paradójico, pues el texto constitucional claramente configura el derecho de posesión de armas como instrumental y subordinado a una finalidad específica de relevancia constitucional (seguridad y legítima defensa)<sup>9</sup>.

La consagración constitucional de la legítima defensa data, por cierto, del propio texto original de la Constitución de 1917 que sólo ha sido reformado en dos ocasiones (1971 y 2019) con fines únicamente de precisión del tipo de armas permisibles. De hecho, el propio artículo 10 es una herencia del constitucionalismo de 1857 porque un contenido sustancialmente idéntico se consagraba en el mismo artículo de la Constitución antecedente. Por el contrario, las Constituciones de 1824 y 1836 no empleaban el concepto.

De la forma en que la Constitución emplea el concepto, es posible extraer dos conclusiones. En primer lugar, que la propia Constitución presupone la existencia de una legítima defensa porque la caracteriza con

<sup>7</sup> La observación es común. Por ejemplo, Fix-Zamudio (1999: 201) y Rivera, M. A. (2017: 23-25).

<sup>8</sup> Ejemplos de ello son Luquet (2006: 270-273) y Carbonell (2006: 411-421).

<sup>9</sup> Análisis de Ramos Duarte, Rebeca (2013: 1723), “Artículo 10 constitucional. Derecho a la legítima defensa”. Curiosamente Ramos titula su estudio aludiendo a un derecho a “legítima defensa”, aunque con posterioridad su análisis se predique sobre la posesión de armas de fuego. En realidad, pocos académicos se han percatado de que el artículo contiene, al menos, dos conceptos distintos que deben ser analizados; por un lado, el derecho a la posesión de armas y, por el otro, la legítima defensa como fin respecto al cual se goza instrumentalmente del primero.

un concepto constitucional. Esto implica que debe ser posible dotar de contenido normativo a este precepto, pues la propia Constitución lo emplea como fin que instrumentaliza el derecho a la posesión de armas. En segundo lugar, es la propia Constitución la que da pie a emplear lugares específicos como entidades reforzadas de la legítima defensa al calificar el domicilio como un lugar propio, en donde la legítima defensa ampararía eventualmente el uso de armas.

A pesar de que las conclusiones hasta ahora destacados son relevantes en tanto dotan de un cariz constitucional a un concepto propio de la dogmática penal, no ofrecen mayores elementos para controlar potencialmente una configuración específica de legítima defensa. Pareciera, así, que debemos acudir a los derechos en juego que comúnmente justifican y, a su vez, son restringidos por la legítima defensa, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal.

#### *A. Derecho a la vida*

El derecho a la vida se encuentra protegido en nuestro orden constitucional. Esta protección deriva tanto del contenido de la propia Constitución General y de los tratados internacionales como de la interpretación que han adoptado diversos organismos internacionales sobre las reglas y principios constitucionales y convencionales que rigen este derecho humano.

La Constitución Federal mexicana reconoce el derecho a la vida en sus artículos 1o., párrafos primero y tercero, y 29, párrafo segundo. En el artículo primero, se realiza una tutela genérica y se establece una remisión al parámetro internacional para integrar los derechos en el ordenamiento mexicano. Por su parte, el artículo 29, al establecer que el derecho a la vida no podrá ser objeto de suspensión, materialmente reconoce tal derecho. Aunado a lo anterior, el propio artículo 22 constitucional establece una prohibición a la pena de muerte.

Como corolario de dichos preceptos constitucionales se obtiene, por un lado, que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como la ineludible obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar esos derechos y, por otro, que la Ley Suprema reconoce a la vida como una prerrogativa fundamental.

Ahora bien, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, determinó que la Constitución Federal tutela el derecho a la protección de la vida humana, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos. Posteriormente, en la tesis P. LXI/2010 (Pleno, 2011: 24), se precisó que el derecho a la vida impone al Estado una obligación compleja, en tanto que no sólo prohíbe la privación de la vida (que se traduce en una obligación negativa), sino que también exige que, a la luz de la obligación de garantizar el pleno, libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos, se adopten medidas positivas para preservar ese derecho en el ámbito legislativo, judicial y administrativo.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe transgresión al derecho a la vida por parte del Estado no sólo cuando una persona es privada de ésta por un agente estatal, sino también cuando éste no adopta las medidas razonables y necesarias tendentes a Preservarla o minimizar su riesgo.

El derecho a la vida también encuentra reconocimiento en los tratados internacionales signados por nuestro país.<sup>10</sup> Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en su artículo 4 el reconocimiento directo del derecho a la vida. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que tal derecho es un presupuesto para el goce de los demás derechos de la propia Convención. En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021: 71),<sup>11</sup> el tribunal supranacional consideró que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De igual forma, se ha sostenido que los Estados tienen obligaciones positivas y negativas de garantía en torno a la vida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006). Ante el actuar de los agentes estatales, la Corte Interamericana ha sostenido que todo uso de la fuerza debe obedecer a los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad (Corte IDH, 2007b).

Una interpretación funcional de la propia Convención debe llevar a concluir que todo uso de la fuerza sancionado por el Estado (no necesariamente realizado por agentes estatales) debe obedecer a los mismos principios anteriormente mencionados. Ello tendría impacto consustancial

<sup>10</sup> Un breve análisis comparado en Carmona (2002: 71 y ss.).

<sup>11</sup> Resulta de interés el análisis de Ruiz Miguel y Zúñiza (2014).

en la regulación de la legítima defensa, al ser sancionada por el Estado en su normativa penal. Esta responsabilidad indirecta (Ugarte, 2016: 43)<sup>12</sup> ha sido sostenida por la Corte Interamericana desde el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989). A pesar de que la Corte Interamericana no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre configuraciones laxas de legítima defensa, parece que su doctrina de la responsabilidad indirecta podría aplicar en el caso de normas emitidas por los Estados que faciliten privaciones de la vida por particulares de forma no proporcional.

Por otro lado, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la naturaleza inherente del derecho a la vida, la obligación de protección de ésta por la ley y la prohibición de privación arbitraria de la vida. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Observación General número 36, interpretó dicho precepto en el sentido de que los Estados parte tienen la obligación de abstenerse de conductas que den lugar a una privación arbitraria de la vida. También deben ejercer la debida diligencia para proteger la vida de las personas frente a privaciones causadas por personas o entidades cuya conducta no sea atribuible al Estado (confróntese respecto a la observación análoga al criterio de Velázquez Rodríguez).

Por otra parte, el propio Comité consideró que a pesar de que es inherente a todo ser humano, el derecho a la vida no es absoluto. Al establecer que la privación de la vida no debe ser arbitraria, el artículo 6o., párrafo 1, reconoce implícitamente que la privación de la vida puede, en algunos casos, no resultar arbitraria. Por ejemplo, el uso de la fuerza letal en defensa propia, bajo ciertas condiciones, no constituiría una privación arbitraria de la vida. Empero, incluso aquellas medidas excepcionales que comportan privaciones de la vida que no son, en sí mismas, arbitrarias deben ser aplicadas de tal manera que no terminen siéndolo. Así, el Comité argumentó que para no ser calificada de arbitraria en virtud del artículo 6o., la utilización de fuerza letal por parte de una persona que actúe en legítima defensa, o por parte de otra persona que salga en su defensa, debe resultar razonable y necesaria, subsidiaria a alternativas no letales y empleada en caso de que exista peligro de muerte o lesiones inminentes. El uso deliberado de

---

<sup>12</sup> Misma postura en Ayala y Rivero (2013: 116): la responsabilidad del Estado no sólo se configura “por la actuación directa de sus agentes sino cuando han actuado terceros (particular) con el apoyo, tolerancia u omisión del Estado”.

fuerza potencialmente letal para mantener el orden frente a amenazas que no revistan extrema gravedad, por ejemplo, para proteger la propiedad privada o impedir la fuga de un presunto delincuente o de un recluso que no suponga una amenaza grave e inminente para la vida o la integridad física de terceros, no puede considerarse un uso proporcionado de la fuerza.

### *B. Derecho a la integridad personal*

Uno de los derechos que tiene incidencia en las conductas propias de la legítima defensa es el derecho a la integridad personal. La interrelación de tal derecho con el derecho a la vida es evidente. La Suprema Corte ha establecido que los derechos a la vida y a la integridad personal imponen al Estado tanto la obligación de que los agentes públicos y los particulares se abstengan de afectarlos (dimensión sustantiva), como la de prevenir, proteger y sancionar su posible afectación por parte de autoridades y/o particulares (dimensión procesal). Es decir, tales derechos no sólo presuponen que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requieren que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para preservarlos (obligación positiva), conforme al deber de garantizar su pleno y libre ejercicio. Así, la omisión de reprimir esas conductas abusivas se traduce en un quebrantamiento constitucional por inacción, injusticia para las víctimas e impunidad, lo cual lacera no sólo a la víctima de la violación de que se trate, sino también a la sociedad (Pleno, 2010: 27).

En el ámbito convencional, el artículo 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula el derecho a la integridad personal, física, psíquica y moral. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos se ha pronunciado en torno al derecho a la integridad personal. Por ejemplo, al resolver el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007a), la Corte apuntó que una de las condiciones para garantizar efectivamente los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, que se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.

A su vez, en el caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (Corte Interamericana

de Derechos Humanos, 2014) la Corte estableció que la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. También al resolver el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012), el tribunal supranacional consideró que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5o. de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 7o. y 9.1 establece un marco referencial para tales derechos. Estas disposiciones fueron objeto de interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en diversas observaciones generales. Así, en la observación general núm. 20, expuso que la finalidad de las disposiciones del artículo 7o. del Pacto es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7o., sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado.

Por su parte, en la observación general núm. 35, el Comité apuntó que el derecho a la seguridad personal protege a las personas contra lesiones físicas o psicológicas infligidas de manera intencionada, independientemente de que la víctima esté o no privada de libertad. El derecho a la seguridad personal también obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas ante amenazas de muerte contra personas del ámbito público y, de manera más general, a proteger a las personas de amenazas previsibles contra su vida o su integridad física provenientes de cualquier agente estatal o privado. Los Estados parte deberán adoptar tanto medidas para prevenir lesiones futuras como medidas retrospectivas, como la aplicación de la legislación penal, en respuesta a lesiones ya infligidas. También deben prevenir el uso injustificado de la fuerza en las actividades de mantenimiento del orden público y ofrecer una reparación si tiene lugar, así

como proteger a la población contra abusos de las fuerzas de seguridad privadas y contra los riesgos a que da lugar la disponibilidad excesiva de armas de fuego.

## 2. *Las causas de justificación del delito*

En el contexto del derecho penal, el orden jurídico no se conforma únicamente de normas prohibitivas, sino también de preceptos permisivos que autorizan la realización de un hecho, en principio, prohibido. La existencia de un hecho típico implica que el actuar sea contrario a derecho. Sin embargo, existen supuestos en que el legislador permite la conducta típica cuando existen razones políticas, sociales y jurídicas que lo justifican. Estas conductas que prototípicamente resultarían prohibidas *prima facie* pero se encuentran permitidas o justificadas por el derecho, se denominan causas de justificación y constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.<sup>13</sup> De esta manera, puede afirmarse que una conducta que esté amparada por una causa de justificación será, sin duda, conforme a derecho.

Bajo esta lógica, la justificación indica que un hecho genéricamente relevante para el derecho penal está autorizado por la ley. El permiso está asociado a la realización de la acción típica en determinadas circunstancias que se resumen en la concurrencia en el hecho típico de un interés: *i*) que entra en conflicto con el bien jurídicamente protegido por el tipo y *ii*) que la ley estima prevalente en el caso concreto respecto a este último. Cabe, por tanto, decir que el fundamento de la justificación de la conducta típica es la presencia de un «interés preponderante» (Obregón García y Gómez Lanz, 2015: 134).

El catálogo de las causas de justificación no es cerrado. Estos supuestos no son un problema específico del derecho penal, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, las fuentes de las causas de justificación pueden tener su origen en cualquier rama del derecho que, por medio de sus disposiciones, autorice la realización de un hecho penalmente típico.

Conforme la doctrina (García Rivas, 2016: 238-244, y Muñoz Conde, 2004: 109-113), la justificación de un actuar típico no se sustenta exclusivamente en que se dé objetivamente la situación justificante, sino además,

---

<sup>13</sup> Véase el debate atinente respecto a la colisión de intereses como elemento preponderante en las causas de justificación en Roxin (2016: 225).

es preciso que el autor conozca esa situación, incluso, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción. De acuerdo con esta concepción, las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos.

Los elementos objetivos pueden subdividirse en el presupuesto de la causa de justificación y las condiciones para la justificación. Respecto al presupuesto de la causa de justificación, debe recordarse que para que la conducta considerada típica no se considere prohibida, es necesario que la hubiera precedido una situación de amenaza a bienes jurídicos y que fuera ésta la que impulsara la acción lesiva del autor. De forma tal que el presupuesto de la causa de justificación deberá existir realmente cuando el hecho se ejecuta, no antes, no después. Por otro lado, en cuanto a las condiciones para la justificación, el legislador debe someter a condiciones de ejercicio estrictas el modo en que debe obrar el autor una vez detectada la presencia del presupuesto de la justificación. Las causas de justificación, por lo tanto, incluyen una serie de requisitos que debe cumplir el autor para ver autorizada su conducta.

En cuanto a la parte subjetiva, la justificación exige la concurrencia de un elemento subjetivo relativo a la voluntad de actuar justificadamente. La valoración que se haga de este elemento subjetivo dependerá del peso que esta vertiente de la causa de justificación tenga en cada concepción de esta. Para justificar una acción no es suficiente que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es necesario que su voluntad se dirija hacia la obtención de ese resultado. El elemento subjetivo de justificación exige que el autor conozca y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente.

Por otro lado, la actualización de una causa de justificación tiene por efecto que la conducta no sea penalmente antijurídica, lo que implica, por tanto, que quien obra amparado por una causa de justificación no incurrir en responsabilidad penal. De manera que una conducta exenta de responsabilidad criminal no podrá, en ningún caso, sancionarse ni siquiera con medidas de seguridad.

El examen sobre la actualización de alguna causa de justificación del delito corresponderá, incluso de manera oficiosa, al juez que conoce del conflicto penal con base en los datos o pruebas sometidos a su consideración.

### 3. *Hacia una teoría constitucional de la legítima defensa*

#### *A. Naturaleza y elementos de la legítima defensa conforme a la doctrina*

Como se ha dicho, la legítima defensa se reconoce como una causa de justificación del delito, es decir, la conducta típica se justifica quedando excluida la antijuridicidad y, por tanto, el delito. La legítima defensa se puede explicar mediante el “principio de protección” y el “principio del prevalecimiento del derecho”. El agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; además, para afirmar la vigencia del Derecho en la sociedad, puede ejercer la legítima defensa incluso cuando no sería necesario para su protección (Roxin, 1997: 575).

Ahora bien, conforme a la moderna teoría del delito (Roxin, 1997: 611-635; Zaffaroni, 2014: 609-630, Correa Flórez, 2017: 262-284, y Muñoz Conde, 2004: 120-124), se reconoce que la legítima defensa se configura por determinados elementos, los cuales son establecidos por el ordenamiento jurídico para evitar una definición arbitraria de los estándares de defensa creada por los propios gobernados. A continuación, se analizarán los elementos propios de la legítima defensa.

En primer término, debe estarse en presencia de una agresión actual e ilegítima (Parma, 2018: 561). La agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana ya sea por acción u omisión. Esta agresión debe ser actual, lo que significa que se encuentre en curso su realización, cuando es inmediatamente inminente, está teniendo lugar o todavía prosigue, por lo que, no puede hablarse de legítima defensa cuando ha cesado la agresión o aún no ha comenzado.<sup>14</sup> Además, la agresión debe ser ilegítima o antijurídica, esto es, requiere que se dé una efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos defendibles (Mañalich, 2013: 255).

Por su parte, en segundo término, son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, es decir, vida, integridad personal, salud, libertad, propiedad, custodia, honor, la morada, la personalidad, entre otros. Sobre este aspecto, no es necesario que los bienes estén protegidos por la norma penal para que sean objeto de legítima defensa, sino que

---

<sup>14</sup> Este supuesto es denominado defensa preventiva, la cual no se basa en una agresión, sino en una predicción.

pueden estar garantizados en otras legislaciones. Además, no solo son defendibles los bienes propios, sino también son los bienes de un tercero.

La necesidad racional de la defensa es un elemento fundamental. La necesidad impide que una situación sea distinta de lo que es, esto implica que si no existe alternativa el medio elegido es necesario (Correa, 2017: 275). Asimismo, necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna dentro de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Bajo ese entendimiento, la persona que se defiende debe elegir, entre las clases de defensa posibles, la que cause el mínimo daño al agresor (Intini, 2005: 110).

El estándar que debe cumplir esta causa de justificación del delito es la necesidad racional de la defensa, para lo cual es preciso que la defensa llevada a cabo sea aquella que dentro de un catálogo de distintas posibles defensas, se elija la que cumpla con los siguientes elementos: *i*) que la defensa elegida sea objetivamente eficiente para repeler o hacer cesar la agresión, y *ii*) que dentro de las posibles defensas eficientes para hacer cesar la agresión, el agredido seleccione aquella que procure generar el menor daño posible al agresor (proporcionalidad de la respuesta).<sup>15</sup>

En relación con el segundo requisito, importa destacar que el principio del medio menos lesivo se ve relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Así, no está obligado a elegir una defensa de cuya eficacia dude. Sin embargo, dicha relativización no implica *per se* que el agredido pueda utilizar como defensa, en todos los casos, la privación de la vida del agresor al considerar que es el medio más eficiente, puesto que evita que el agredido corra el riesgo de sufrir un daño.

En estos términos, el agredido tiene la obligación de emplear, de manera progresiva, todos los medios de defensa que considere eficientes para hacer cesar la agresión. Lo que supone que el que se defiende debe primero utilizar, dentro de las posibles defensas plausibles para repelar la agresión, aquella que cause el menor daño al agresor y sólo cuando la defensa elegida resulte ineficiente, podrá utilizar la siguiente defensa que el agredido considere eficiente a pesar de que cause un mayor daño al agresor.

Por último, debe recordarse que la legítima defensa implica la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Para entender este

---

<sup>15</sup> El tratamiento de la doctrina española ha sido interesante en este tema (STS de 20 de marzo de 1980) (Maza, 2007: 105).

elemento debe partirse de la base de que sólo cuando la agresión sea la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa<sup>16</sup>. Dicho en otras palabras, quien inicia una situación ilegítima de conflicto entre bienes, no podrá justificar sus conductas posteriores apelando a la legítima defensa. Es pues inaceptable la legítima defensa, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa, porque lejos de considerarse un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor.

Debe recordarse que la legítima defensa tiene como límite natural su exceso. Una conducta que afecta bienes jurídicos penales puede no ser antijurídica sólo si se encuentra dentro de los límites de la justificación. En cambio, si la actuación del agente excede esos límites, entonces su conducta, si bien contraria a derecho, debe sancionarse en función del exceso y no como si fuera un delito autónomo. De esta manera, habrá exceso en la legítima defensa cuando la conducta defensiva va más allá de lo necesario y racional, es decir, cuando la repulsa lícita de la agresión supera el umbral necesario para evitar el peligro que esta implica. Al respecto, tanto la doctrina como diversos ordenamientos jurídico-penales, reconocen que, al actualizarse un exceso en la defensa, la conducta debe sancionarse de acuerdo con los márgenes de punibilidad previstos para los delitos culposos.

Los anteriores elementos son considerados comúnmente en la configuración de la legítima defensa. Piénsese que ordenamientos jurídicos como Colombia (Ley 599, 2000: artículo 32), Argentina (Ley 11.179, 1984: artículo 34), España (Ley Orgánica 10/1995), e Italia (Codice Penale: artículo 52), al regular en sus legislaciones penales la figura de legítima defensa, incluyen los elementos enunciados en este apartado.

A partir de esta comparativa se obtiene, por un lado, que existe en la doctrina un consenso generalizado en cuanto al reconocimiento de los elementos necesarios que conforman la legítima defensa y, por otro, que las disposiciones que contemplen dicha figura deberán contener los elementos enunciados o al menos, no introducir otros elementos que contravengan esa figura.

---

<sup>16</sup> No es accidental que autores como Schroeder hayan sostenido que “El problema de la provocación de la legítima defensa es también, en verdad, el problema de la escalada de la legítima defensa” (Schroeder, 2013: 164).

## B. *Tratamiento jurisprudencial de la Suprema Corte*

La Suprema Corte, en su línea jurisprudencial, ha reconocido y analizado los diversos elementos que conforman la legítima defensa. El primero de ellos consiste en repeler una agresión. Esa acción de repeler debe ser dirigida al agresor y no a un tercero (Primera Sala, 1981: 108). El segundo elemento es la agresión definida como cualquier movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza (Apéndice de 2011: 149). El tercer elemento establece que la agresión debe ser real, es decir, que la acción desplegada indubitablemente entrañe la probabilidad real de lesionar los bienes jurídicos defendidos por el agredido (Primera Sala, 1966a: 19). En caso de que éste último no se cumpla, entonces se actualiza el supuesto de legítima defensa putativa, la cual consiste en que el supuesto agredido considera erróneamente la existencia de una agresión y realiza los actos de repulsa, sin estar consciente de la ilicitud de los mismos, al creer que actúa dentro del ejercicio de la excluyente de responsabilidad (Sala Auxiliar, 1987: 163).

La agresión debe ser actual o inminente, es decir, la defensa debe emplearse entre el momento en el cual el agresor comienza a realizar movimientos corporales con el fin de lastimar el interés jurídico protegido y el momento en el cual la agresión cesa por haber cumplido su objetivo o por haber sido repelida por una defensa inmediata. En caso de que la defensa no se realizare entre esos dos momentos, entonces no sería legítima, puesto que la agresión no era actual o inminente (Tribunales Colegiados de Circuito, 1987: 107). Finalmente, dicha agresión debe ser sin derecho, siendo requisito que la conducta sea típica y antijurídica (Primera Sala 1966b: 45).

Otra característica fundamental de la legítima defensa es que esta puede ser empleada para proteger intereses jurídicos propios o de un tercero. Lo relevante es que la agresión suponga, necesariamente, una situación de peligro para la persona, honor o bienes ya sean propios o de un tercero al que se defiende (Primera Sala, 1965: 128).

Adicionalmente, la legítima defensa debe tomar en cuenta los criterios de necesidad y racionalidad de la defensa: el límite para juzgar la necesidad del medio empleado lo suministra la naturaleza o gravedad de la agresión y esto resultará en cada caso de una comparación no sólo de los

instrumentos usados, sino también de las condiciones personales del agresor y del agredido.

El juicio acerca de la necesidad y racionalidad del medio empleado debe ser exactamente concebido desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir la reflexión ulterior.<sup>17</sup>

Por último, para actualizar el supuesto de legítima defensa es necesario que no medie provocación suficiente e inmediata.<sup>18</sup> Lo anterior significa que si la provocación suficiente de una parte tiene como consecuencia inmediata la agresión de la otra, la primera no puede invocar legítima defensa para repeler dicha agresión.

Con base en lo anterior, es posible determinar que, un análisis puntual de la doctrina constitucional desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos conduce a estimar que la legítima defensa es una causa de justificación que excluye la responsabilidad adquirida al cometer un delito, siempre y cuando esa acción sea realizada con la intención de repeler una agresión real, actual o inminente y antijurídica; que atente contra los bienes jurídicos propios o de un tercero; que cumpla con los criterios de necesidad y racionalidad y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata.

### *C. Legítima defensa privilegiada y su empleo en el derecho penal contemporáneo.*

La legítima defensa privilegiada es una institución del derecho penal sustantivo empleada por diversos países que busca paliar los efectos punitivos del proceso penal ante quien ha actuado en la causal de justificación de la legítima defensa (Rojo Araneda, 2013: 467).

El concepto de legítima defensa privilegiada no es reciente. Debemos recordar que el Código Penal Francés de 1810 ya hacía alusión a ella en su artículo 329.<sup>19</sup> Sin embargo, en tal concepción inicial la legítima defensa

---

<sup>17</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Vol. LIII, 2a. parte, p. 40, de rubro: “Legítima defensa. Justificación del medio empleado”.

<sup>18</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol. 217-228, 2a. parte, p. 39, de rubro: “Legítima defensa, inmediatez de la provocación en la”.

<sup>19</sup> El artículo 329 era del tenor siguiente: “Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, les deux cas suivants: 1o. Si l’homicide a été commis, si les blessures

privilegiada parecía constituirse como una causa de justificación *per se* y no como una presunción reforzada.<sup>20</sup>

La naturaleza de presunción de la legítima defensa privilegiada implica que ésta no es una subespecie específica de legítima defensa sino es una presunción de la concurrencia de los requisitos legales de dicho concepto previo a su potencial verificación. En ese sentido, es una presunción jurídica derrotable que se actualiza ante las circunstancias específicas del caso concreto como elemento atenuador sobre el individuo que puede tener el proceso penal en la etapa de verificación efectiva de la legítima defensa si no existiese la presunción establecida.<sup>21</sup>

En otras palabras, la presuposición sostenida por la legítima defensa privilegiada es una regla de interpretación de los hechos y del cúmulo probatorio ante circunstancias objetivamente valoradas por el legislador que revierten la balanza valorativa respecto a lo acontecido en un contexto específico. El detonante de la presunción, por lo general, es un elemento espacial o temporal (Garrido Montt, 2003: 136). Es decir, una locación específica (casa, departamento o residencia particular) o un momento temporal concreto (en la noche, por ejemplo). En ese sentido, si bien la actualización de las circunstancias previstas establece una presunción favorable al sujeto presuntamente defensor,<sup>22</sup> no colaboran en la configuración de la causal de justificación (es decir, no pueden tornar en legítima defensa una agresión injustificada si el cúmulo probatorio es suficiente para revertir la presunción).<sup>23</sup>

Por tanto, los distintos elementos que la doctrina penal ha introducido para acotar la presunción tienen como finalidad distinguir las activida-

---

ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances; 2o. Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence". Un análisis somero de la disposición puede encontrarse en Chauveau (1841: 126).

<sup>20</sup> Ésta es, por cierto, la concepción de la moderna doctrina penal. En el mismo sentido Morin (1842: 249) (nuevamente sobre la disposición de 1810).

<sup>21</sup> En Colombia se le ha denominado también "legítima defensa presunta". Cure rastrea los orígenes de su introducción al derecho colombiano, precisamente del derecho mexicano y argentino. Véase Cure (2010: 354).

<sup>22</sup> Es decir, lo priva de la responsabilidad probatoria revirtiendo la carga de acreditación. Véase el análisis (respecto a la presunción francesa) de Elliott (2011: 113).

<sup>23</sup> O, en el caso polaco, si hay un exceso flagrante en la legítima defensa que permita revertir la presunción: Limburska (2018: 5).

des de defensa legítima a las represalias ilegítimas fuera de proporcionalidad.<sup>24</sup>

Entre los países que emplean la figura de la legítima defensa privilegiada se encuentran Francia,<sup>25</sup> Bélgica,<sup>26</sup> Polonia,<sup>27</sup> Argentina,<sup>28</sup> Chile,<sup>29</sup> *inter alia*.

Ahora bien, México ha empleado la figura tanto a nivel federal<sup>30</sup> como en sus entidades federativas, a saber:

<sup>24</sup> Nuevamente, respecto al requisito polaco: Kluza (2018: 90).

<sup>25</sup> Code Pénal, artículo 122-6: “Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l’acte 1o. Pour repousser, de nuit, l’entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence”.

<sup>26</sup> Code Pénal Belgique, artículo 417: “Sont compris, dans les cas de nécessité actuelle de la défense, les deux cas suivants: Si l’homicide a été commis, si les blessures ont été faites, si les coups ont été portés en repoussant, pendant la nuit, l’escalade ou l’effraction des clôtures, murs ou entrées d’une maison ou d’un appartement habité ou de leurs dépendances, à moins qu’il soit établi que l’agent n’a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l’escalade ou l’effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci. Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vol ou de pillage, exécutés avec violence envers les personnes”.

<sup>27</sup> Kodeks Karny, artículo 25, §2a (reforma de 2018). “Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące”. (Es decir, establece una presunción que elimina la punibilidad a excepción de que se crucen los límites proporcionales del ejercicio de la legítima defensa (granic obrony).

<sup>28</sup> Artículo 31, fracción sexta: El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias... Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia...”.

<sup>29</sup> Artículo 10, inciso sexto. “Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4. y 5. precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor; respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1o. del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 365, inciso segundo, 390, 391, 433 y 436 de este Código”.

<sup>30</sup> Código Penal Federal (1931), artículo 15, fracción VI, segundo párrafo.

- Baja California<sup>31</sup>
- Campeche<sup>32</sup>
- Chiapas<sup>33</sup>
- Chihuahua<sup>34</sup>
- Ciudad de México<sup>35</sup>
- Durango<sup>36</sup>
- Estado de México<sup>37</sup>
- Guanajuato<sup>38</sup>
- Guerrero<sup>39</sup>
- Hidalgo<sup>40</sup>
- Jalisco<sup>41</sup>
- Michoacán<sup>42</sup>
- Morelos<sup>43</sup>

---

<sup>31</sup> Código Penal del Estado de Baja California (1989), artículo 23, fracción III, segundo párrafo (introduciendo, inclusive, la terminología “presunción de legítima defensa” y la posibilidad de establecer prueba en contrario).

<sup>32</sup> Código Penal del Estado de Campeche (1996), artículo 33, sección B, fracción II, última porción normativa.

<sup>33</sup> Código Penal para el Estado de Chiapas (1984), artículo 25, sección B, fracción II, segundo párrafo

<sup>34</sup> Código Penal para el Estado de Chihuahua (1987), artículo 28, fracción IV, segundo párrafo.

<sup>35</sup> Código Penal para el Distrito Federal (1931), artículo 29, sección B, Fracción I, párrafo II (que establece expresamente la naturaleza derrotable de la presunción).

<sup>36</sup> Código Penal para el Estado de Durango (1991), artículo 28, sección B, fracción II, párrafo II.

<sup>37</sup> Código Penal para el Estado de México (1961), artículo 15, fracción III, inciso b, segundo párrafo (que establece la naturaleza derrotable de la presunción de forma expresa).

<sup>38</sup> Código Penal para el Estado de Guanajuato (1972), artículo 33, fracción V, párrafo II (que establece también la naturaleza derrotable de la presunción.). Nótese que este párrafo fue adicionado por reforma del 24 de septiembre de 2018.

<sup>39</sup> Código Penal para el Estado de Guerrero (1986), artículo 22, fracción III, segundo párrafo (que establece la naturaleza rebatible de la presunción).

<sup>40</sup> Código Penal para el Estado de Hidalgo (1990), artículo 25, sección B), fracción II, segundo párrafo.

<sup>41</sup> Código Penal para el Estado de Jalisco (1995), artículo 13, fracción III, inciso e, tercer párrafo (que establece expresamente la naturaleza de presunción, pero obliga al Ministerio Público a pronunciarse sobre la operatividad de la figura en cada caso).

<sup>42</sup> Código Penal para el Estado de Michoacán (1980), artículo 27, fracción VI, segundo párrafo (que establece una naturaleza rebatible de la presunción expresa).

<sup>43</sup> Código Penal para el Estado de Morelos (1996) artículo 23, fracción IV, segundo párrafo (que establece la naturaleza rebatible de la presunción). Nótese que en la expo-

- Nayarit<sup>44</sup>
- Nuevo León<sup>45</sup>
- Oaxaca<sup>46</sup>
- Puebla<sup>47</sup>
- Querétaro<sup>48</sup>
- Quintana Roo<sup>49</sup>
- San Luis Potosí<sup>50</sup>
- Sinaloa<sup>51</sup>
- Sonora<sup>52</sup>
- Tabasco<sup>53</sup>
- Tamaulipas<sup>54</sup>

sición de motivos del citado código expresamente se establece sobre dicha presunción que “en este punto se conserva, adecuadamente perfilada, la tradicional presunción de defensa, de carácter *juris tantum*, que implica una inversión en la carga de la prueba”.

<sup>44</sup> Código Penal para el Estado de Nayarit (1986), artículo 15, fracción III, inciso d), segundo párrafo (que regula las hipótesis en que opera la presunción, pero establece expresamente la sanción por el exceso en legítima defensa incluso en situaciones beneficiadas por tal presunción).

<sup>45</sup> Impugnada en la AI 85/2017.

<sup>46</sup> Código Penal para el Estado de Oaxaca (1980), artículo 14, sección B, fracción III, segundo párrafo (que regula la naturaleza rebatible de la presunción legal).

<sup>47</sup> Código Penal para el Estado de Puebla (1986), artículo 26, fracción IV, inciso d), párrafos II y III (que establecen la naturaleza de presunción ante circunstancias específicas).

<sup>48</sup> Código Penal para el Estado de Querétaro (1991), artículo 25, fracción II, segundo párrafo (estableciendo naturaleza de presunción rebatible por prueba en contrario. Nótese que específicamente este Código Penal denota la aplicación de la obligación de proporcionalidad aún ante la presunción).

<sup>49</sup> Código Penal para el Estado de Quintana Roo, artículo 20, apartado B, fracción II, segundo párrafo.

<sup>50</sup> Código Penal para el Estado de San Luis Potosí (2000), artículo 28, fracción IV, párrafo segundo (que establece la naturaleza rebatible de la legítima defensa por “prueba en contrario”).

<sup>51</sup> Código Penal para el Estado de Sinaloa (1992), artículo 26, fracción IV, sexto párrafo.

<sup>52</sup> Código Penal para el Estado de Sonora (1994), artículo 13, apartado B, fracción II, segundo párrafo.

<sup>53</sup> Código Penal para el Estado de Tabasco (1997), artículo 14, fracción IV, II párrafo (que establece que la presunción puede ser rebatida por prueba en contrario).

<sup>54</sup> Código Penal para el Estado de Tamaulipas (2013), artículo 32, fracción II, párrafo sexto (que establece que la presunción puede ser rebatida por prueba en contrario).

- Tlaxcala<sup>55</sup>
- Veracruz<sup>56</sup>
- Yucatán<sup>57</sup>
- Zacatecas<sup>58</sup>

Es decir, dicha figura ha sido empleada por la totalidad de las entidades federativas y la propia Federación.

Por tanto, a nuestro juicio, la legítima defensa privilegiada o presupuesta, es una figura que opera, a nuestro juicio, con las siguientes características:

- a) Establece una presunción jurídica derrotable de la actualización de una causa de justificación del delito y no es una causa de justificación *ex novo*;
- b) Se actualiza ante la concurrencia de circunstancias especiales apreciadas por el legislador y regula el inicio de la presunción y no la magnitud de causación del daño;
- c) Al ser una presunción derrotable, permite la punibilidad en caso de que excedan a la legítima defensa pues, aunque presuponga su acreditación, sanciona su exceso demostrable.
- d) En su naturaleza de presunción, únicamente presupone valorativamente la acreditación de la causa de justificación, pero no modifica sus requisitos ni las limitantes de dicha causa.

En ese sentido, la doctrina penal ha valorado positivamente la inclusión de tales figuras en tanto facilita la legítima defensa real y atenúa los efectos negativos de sus procesos acreditatorios, siempre que se limite a efectos de no tutelar represiones desproporcionales (Kluza, 2018: 96).

Así, los distintos órdenes normativos mexicanos han empleado a la legítima defensa privilegiada como una forma de establecer por presunción la acreditación de requisitos legales, pero sin regular expresamente el daño

---

<sup>55</sup> Código Penal para el Estado de Tlaxcala (2009), artículo 28, fracción IV, segundo párrafo.

<sup>56</sup> Código Penal para el Estado de Veracruz (2007), artículo 25, fracción III, párrafo segundo. Impugnada en la AI 1/2018.

<sup>57</sup> Código Penal para el Estado de Yucatán (2020), artículo 21, fracción II, segundo párrafo (que establece expresamente que la presunción es rebatible).

<sup>58</sup> Código Penal para el Estado de Zacatecas (1986), artículo 13, fracción III, sexto párrafo (que establece que la presunción es rebatible por prueba en contrario).

potencialmente a causar (lo que es objeto de un análisis de proporcionalidad de la actuación, a pesar de presuponer la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa).

Es decir, el Código Penal Federal y los códigos de las diversas entidades federativas usualmente no regulan el daño causable y, con frecuencia, expresamente establecen tanto la derrotabilidad de la presunción como la aplicabilidad de la proporcionalidad de la intervención u obligaciones de indagar al Ministerio Público (Jalisco).

D. *¿Realmente son constitucionales las normas que explicitan los daños en la legítima defensa?*

Los artículos 25, fracción III, inciso b) del Código Penal de Veracruz y 17, fracción III, último párrafo del Código Penal de Nuevo León comparte características similares. A saber, ambos artículos modifican la redacción propia de la presunción de legítima defensa de los respectivos códigos para añadir expresamente los posibles daños que pueden causarse al sujeto a su amparo. En el caso de Nuevo León, se alude a “lesión o prive de la vida a otro”, mientras que, en el caso de Veracruz, se refiere a “lesión o incluso la privación de la vida”.

Ahora bien, las normas concretamente impugnadas se ubican en supuestos relativos a la legítima defensa privilegiada. Añadieron, el tipo de daño que el sujeto que resiente la agresión puede causar durante el ejercicio de la legítima defensa.

Así, del contraste entre las disposiciones enunciadas y la doctrina de la legítima defensa enumerada, se aprecia que tales porciones normativas no constituyen una especie regulada de la legítima defensa privilegiada (figura que las normas regulan en secciones previas), pues destinan su objeto regulatorio a establecer la magnitud del daño causado en la legítima defensa y no solo a regular los elementos temporales o espaciales que activan la presunción.

En ese sentido, la defensa legítima privilegiada ya se encontraba instituida en el Código Penal de Veracruz y el de Nuevo León aún sin la inclusión de la especificación del daño (lesión/privación de la vida), porque existía una presunción de concurrencia de los elementos configurativos de la legítima defensa bajo ciertas condiciones. Sin embargo, la habilitación de privar de la vida o de lesionar, es un elemento normativo de segunda

grada que añade una descripción sobre los daños facultativos que puede causar el sujeto sin regular las causas de la presunción. El elemento anteriormente mencionado añadido específicamente por la porción normativa impugnada, no es compatible con la necesidad racional de la defensa y además excluye el análisis sobre el exceso en la legítima defensa.

En efecto, según se apuntó en el apartado que antecede, para examinar si existió necesidad racional en la defensa, se debe tener presente: i) que la defensa elegida se objetivamente eficiente para repeler o hacer cesar la agresión, y ii) que, dentro de las posibles defensas eficientes para hacer cesar la agresión, el agredido seleccione aquella que procure generar el menor daño posible al agresor.

En este sentido, las normas referidas no permiten apreciar la necesidad racional de la defensa, en la medida en que establece un margen de actuación muy amplio: la privación de la vida del agresor. De esta manera, se incentiva que el agredido no elija de manera objetiva la opción eficiente para repeler o hacer cesar la agresión, ya que su parámetro (o, en el peor de los casos, su objetivo) será la privación de la vida del intruso.

Las normas no contemplan como un criterio preferente la opción de generar el menor daño posible porque, de hecho, directamente le indican al ciudadano que, amparado por la presunción, se encuentra facultado para privar de la vida al atacante (por antonomasia, el mayor daño causable). En ese sentido, la intención de las normas es la desaparición del margen de apreciación en cuanto a determinar el posible exceso en la legítima defensa. Lo anterior es así, porque ante la expresión de la consecuencia lesiva más alta (privación de la vida) se inhibe la existencia de un parámetro para que se valore si el agredido, al repeler la agresión, excedió los límites de la legítima defensa.

Por tanto, a nuestro juicio, es debatible la conclusión constitucional alcanzada por la Suprema Corte, pues las normas analizadas parecen exceder los contornos de la legítima defensa para erigirse en fomento del ejercicio de un daño específico al agresor.

Sólo a modo de ejemplo, piénsese que la iniciativa de reforma en el caso de Nuevo León incluso parte de presuponer que la falta de mención del daño permisible a causar implica a ausencia de protección de tal acción con base en la legítima defensa<sup>59</sup>. Naturalmente, la afirmación resulta imprecisa

---

<sup>59</sup> La iniciativa establece, textualmente: “Después de analizar el artículo 17 de Código Penal del Estado de Nuevo León, podemos observar que el último párrafo del presente

porque la presunción ya operaba en favor del ciudadano en caso de actualizarse las circunstancias enumeradas por la norma. Es decir, la propia adición normativa expresamente admitió tener por objeto únicamente señalar a los destinatarios de la norma (los ciudadanos) la magnitud del daño que se les permite causar dentro de la causa de justificación del delito.

El propio Dictamen de la Comisión de Justicia y Seguridad Pública del Congreso local expresamente estableció pretender prescindir de la necesidad de la defensa:

[L]a causa de exclusión del delito por presunción de legítima defensa según se expone de forma generalizada en la doctrina constituye una “legítima defensa privilegiada”, es decir, que se basa en la condición de peligro implícito en determinados actos descritos por la ley y que prescinde de exigir la prueba de necesidad de defensa y la racionalidad de los medios empleados en ella; sin embargo esta presunción admite prueba en contrario, la cual corresponde, en todo caso, al Ministerio Público, quien deberá aportar los elementos necesarios para demostrar que la persona que produjo el daño no obró en legítima defensa.

Como puede observarse, el legislador local fue enfático al señalar que la presunción de legítima defensa no requiere acreditar la necesidad de defensa y la racionalidad de los medios empleados en ella. Este posicionamiento, sin embargo, más allá de constituir una justificación razonable para sustentar la figura en estudio, en realidad abona a la conclusión de que la institución jurídica regulada no cumple con los elementos necesarios que, conforme a la doctrina desarrollada, le dan sustento a la legítima defensa en el marco constitucional mexicano.

De hecho, la doctrina moderna al analizar disposiciones similares ha establecido que, cuando la propia configuración de la legítima defensa hace expresa referencia al daño causado, es más sensato considerarla como una simple regla de exclusión sin exigencias de proporcionalidad, que una inversión derrotable en la carga de la prueba (Wilenmann, 2017: 343).<sup>60</sup> Por

---

artículo, que la presunción de legítima defensa limita «al que causare cualquier daño» sin mencionar «lesiones u homicidio», esto quiere decir que si alguien irrumpe tu hogar... al defender a tu persona o a las personas le causes algún tipo de lesión leves o graves o inclusive pierda la vida accidentalmente por algún golpe en el forcejeo, no estás jurídicamente protegido por el presente artículo”.

<sup>60</sup> De hecho, el análisis de Wilenmann se predica respecto a la legítima defensa privilegiada chilena, que tiene una formulación más moderada que la analizada por el Tribunal

ejemplo, Wilenmann considera que el argumento de presunción rebatible (empleado, por cierto, por el Pleno de la Corte) es débil y que, en su lugar, una norma que explicita el daño causable y lo englobe en una presunción comparte una naturaleza distinta.

Como afirma Wilenmann, este tipo de normas de cierta forma dan por satisfecho el requisito de necesidad de forma presupuesta e implica que gran cantidad de conductas abusivas sean cubiertas por la regla. De hecho, el análisis de Wilenmann fue practicado al tenor de la normativa chilena que únicamente habla de “daño” de modo abstracto. De manera que si la simple precisión de causar daño se estima incorrecta, tal conclusión robustece la propuesta en el presente estudio que analiza normas que directamente introducen como concepto la privación de la vida.

Lo anterior puede llevar a evidenciar que, contrario al criterio sostenido por la Suprema Corte, la norma debió declararse inconstitucional. La obligación del Estado mexicano respecto al derecho a la vida no implica únicamente abstenerse de su privación por agentes estatales, sino tampoco permitir la configuración laxa de eximentes de responsabilidad que fomenten su privación arbitraria.

Recordemos que si bien es cierto la legítima defensa se reconoce como una excepción al derecho a la vida (Stemler, 2010: 355; Fritze, 2004: 56;<sup>61</sup> Bernsmann, 1992: 290, y Tórtora Aravena, 2009: 188-192),<sup>62</sup> también lo es que, en palabras del Comité de Derechos Humanos:

debe resultar razonable y necesaria habida cuenta de la amenaza que supone el agresor; debe ser el último recurso tras agotarse o considerarse insuficientes las alternativas no letales, entre otras cosas las advertencias; la cantidad de fuerza aplicada no debe superar la estrictamente necesaria para responder a la amenaza; la fuerza aplicada debe ser cuidadosamente dirigida, en la medida de lo posible, únicamente contra el agresor; y la amenaza a la que se responde debe ser extrema, es decir, que exista peligro de muerte inminente o de lesiones graves.

El daño causado al agresor no puede estar determinado *prima facie*, sino que, por el contrario, debe ser de acuerdo con la necesidad racional

---

Pleno pues únicamente refiere genéricamente a “daño” y no explícitamente a privación de la vida.

<sup>61</sup> Relativo a una limitación temporal del derecho.

<sup>62</sup> Sobre la coexistencia de la legítima defensa frente a otros valores y principios constitucionales, véase Scherenberg (2009: 75).

de la defensa empleada. Desde una perspectiva consecuencialista, la norma impugnada puede tener por efecto directo incentivar la comisión de un delito de alto impacto: el homicidio. Esto es así, porque si las normas introducen la permisón de privar de la vida, los ciudadanos tendrán claro que cuando una persona irrumpa en domicilios ajenos y ejerza violencia contra las personas o cosas, cuentan con la autorización de matarla, sin que exista necesidad de justificar que las condiciones en que se desarrolle la agresión tengan una vinculación con la inevitable defensa.

Además, paradójicamente, la ampliación de la legítima defensa lleva a un mayor peligro para la persona que sufre la agresión, no para el atacante.<sup>63</sup> Las normas que alientan al ciudadano a la confrontación bajo la promesa de inmunidad, no toman en cuenta que el ciudadano promedio tiene menos experiencia en el uso de armas y el manejo de agresiones, por lo que alentarlo, es someterlo a un riesgo constante (Vigano, 2006: 2050).

En ese mismo contexto, las normas analizadas también conllevan en el agresor la condición subjetiva de que, una vez resuelto a delinquir e introducirse a un bien inmueble, sabedor de la posibilidad de ser privado de la vida, actúe en contra de los moradores de forma más violenta.

Ahora, nuestro análisis no implica que en ningún caso de legítima defensa pueda acontecer la privación de la vida del agresor. Aún en estos casos, la presunción establecida por la legítima defensa privilegiada obra a favor del ciudadano ante la concurrencia de los requisitos legales. Empero, la privación de la vida sigue siendo el último recurso al que debe recurrir la víctima, una vez descartadas las medidas alternativas posibles y las normas no deben alentarlo a actuar en sentido contrario. La privación de la vida es una consecuencia de la acción de defensa y no una necesidad que deba ser plasmada en el texto expreso de su configuración.

#### IV. CONCLUSIONES

El presente artículo ha mostrado las problemáticas de configuración de normas que han establecido adiciones a la legítima defensa privilegiada. La extensión no natural de los contornos de la legítima defensa forma parte de una gama concreta de propuestas propias del populismo penal. El

---

<sup>63</sup> Similar observación ha hecho respecto al caso italiano Sotis (2019: 3), quien sostuvo: “ampliando i confini della legittima difesa si aumenta il pericolo per la vita e per l’incolumità fisica in primis delle vittime di una aggressione, non degli aggressori”.

aumento a altísimas penas de prisión, el uso de la prisión preventiva oficiosa, la rebaja de estándares probatorios y, claramente, una legítima defensa ampliamente configurada<sup>64</sup> que tiende a la desproporción, son todas propuestas que pretenden darle al ciudadano una sensación falsa de seguridad ante la incapacidad de reacción del Estado. Trasladan las obligaciones del Estado a los particulares; ignoran las obligaciones de tutela en favor de configuraciones propias de la justicia popular y no del derecho penal.

En suma, las configuraciones de legítima defensa privilegiada que explicitan el daño causable no sólo tienen problemas de constitucionalidad en el caso mexicano, sino de diseño normativo. Esta problemática es compartida por los Códigos Penales de Veracruz y Nuevo León. Sus reformas no fueron inocuas, tuvieron por objeto prescindir de la proporcionalidad de la acción defensiva, aspecto que no se considera en el análisis de constitucionalidad evidenciado en la discusión de la Suprema Corte mexicana.

Ampliar los confines de la legítima defensa exponiendo al ciudadano abiertamente como posible la privación de la vida del atacante es una solución falsa. Se difuminan los límites del derecho a la vida del atacante y se incentiva al sujeto agredido a peligros propios que no son compensados por efecto disuasorio alguno.

Este tipo de configuraciones no son compatibles con el texto constitucional. Es el populismo penal en su expresión más clásica. Es el Estado claudicando de su deber de seguridad pública y regulando de forma que el particular obtenga satisfacción a sus pretensiones en un plano privado. Más que seguridad, es diferimiento; más que intervención directa, es abstención clara.

## V. FUENTES CONSULTADAS

AA.VV. (2006). *Derechos del Pueblo Mexicano*. Tomo XVI.

AA.VV. (1999). *Hacia una nueva constitucionalidad*.

AA. VV. (2006). *Studi in onore di Giorgio Marinucci. A cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero*.

Apéndice de 2011, sexta época, t. III. Jurisprudencia 160, Legítima defensa. Concepto de agresión.

AYALA, Carlos y RIVERO, María (2013). “Artículo 4. Derecho a la vida”.

<sup>64</sup> También lo advierte Sánchez (2009: 12).

- BERNSMANN, K. (1992). *Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen*. Vol. 2. Núm. 104.
- CARBONELL, Miguel (2006). Artículo 10...
- CARMONA, M. (2002). *El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 42.
- COELLO, Rafael (2013). Artículo 94.
- CHAUVEAU, A. (1841). *Théorie du Code Pénal, Revue de Législation et de Jurisprudence...*
- CORREA FLÓREZ, M. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa...*
- CORREA, María Camila. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa...*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C. Núm. 257.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007a). Sentencia de 10 de julio de 2007. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C. Núm. 167.
- Corte IDH. (2007b). *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 166.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Serie C. Núm. 1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Serie C. Núm. 259.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, reparaciones y costas). Serie C. Núm. 279.
- COSSÍO DÍAZ, J., (2017). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Tomo I.
- CURE, Juan (2010). *La ausencia de responsabilidad en el derecho penal*.
- DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2016). *Curso de derecho penal parte general*
- ELLIOTT, Catherine. (2011). *French Criminal Law*.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (2003). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1999). *Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano...*
- FRITZE, L., (2004). *Die Tötung Unschuldiger: Ein dogma auf dem prüfstand...*
- GARRIDO MONTT, M. (2003). *Derecho penal parte general*. Tomo II.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2016). Las causas de justificación...
- INTINI, Alberto. (2005). Legittima difesa, rischi di sproporzione quel generico pericolo di agressione. Núm. 34, Año 5.
- KALISZ, T., (2011). *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leszka Boguni*
- KLUZA, Jan. (2018). “Nowe Granice Obrony Koniecznej? Uwagi na tle Nowelizacji Kodesku Karnego z 8 Grudnia 2017 Roku”, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny I Socjologiczny*. Año LXXX. Núm. 3.
- LIMBURSKA, Alicja. (2018). Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2a k.k. Núm. 5.
- LUQUET, Etienne (2006). Artículo 10...
- MAÑALICH, Juan Pablo. (2013). *Normas permisivas y deberes de tolerancia...*
- MAZA, José Manuel. (2007). *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal...*
- MORIN, Acihlle (1842). *Dictionnaire du Droit Criminel*. París, Bureau du Journal du Droit Criminel.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Teoría general del delito...*
- OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J. (2015). *Derecho penal parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 2a. ed.
- PARMA, C., (2018). *Teoría del delito...*
- PAWLIK, M. (2013). *La antijuricidad en el derecho penal...*
- SCJN, Pleno. (2011). Tesis P. LXI/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII.
- SCJN, Primera Sala (1965). Tesis 259235. Sexta Época. Vol. XXXVII, 2a. parte.
- SCJN, Primera Sala (1966a). Tesis 259138. Vol. CIV, 2a. parte.
- SCJN, Primera Sala (1966b). Tesis 803816. Vol. CXIV, 2a. parte.

- SCJN, Primera Sala (1981), Tesis de registro 234665, vol. 145-150, 2a. parte.
- SCJN, Sala Auxiliar (1987). Tesis 245049. Vol. 217-218.
- RIVERA, M. A., (2017). *Understanding Constitutional Amendments in Mexico*. Vol. 9, núm. 2.
- ROJO ARANEDA, M. (2013). La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada. Vol. LXVI.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2a. ed.
- ROXIN, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual...*
- RUIZ MIGUEL, Alfonso y ZÚÑIZA, Alejandra. (2014). *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Año 12. Núm. 1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C. Núm. 150.
- SÁNCHEZ, Fernando. (2009). Alarma social y derecho penal. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Núm. 1.
- SCHERENBERG, Carl-Friedrich von (2009). *Die Sozialethischen Einschränkungen der Notwehr...*
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. (2013). *Fundamentos y dogmática penal...*
- SOTIS, Carlos. (2019). *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*. Núm. 1.
- STEINER, C. y URIBE, P. (2013), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada...*
- STEMLER, P., (2010). *Die Notwehr*. Núm. 3.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019). *Sentencia de la acción inconstitucional 1/2018*.
- TÓRTORA ARAVENA, H. (2009). *Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida*. Núm. 3.
- Tribunales Colegiados de Circuito (1987). Tesis 246996. Vol. 121-126, 2a. parte.

- UGARTE, Krúpskaya. (2016). *La responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos*. Núm. 17. Año XIV.
- SCHERENBERG, Carl-Friedrich von (2009). *Die Sozialethischen Einschränkungen der Notwehr*.
- VIGANO, F. (2006). *Spunti per un Progetto Alternativo di Riforma della Legittima Difesa...*
- WILENMANN, J. (2017). *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2014). *Derecho penal parte general*, 2a. ed.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Modelos de legitimación procesal constitucional en las entidades federativas en México: Una mirada al federalismo procesal constitucional

### Models of constitutional procedural legitimacy in the federal entities in Mexico: A look at constitutional procedural federalism

*Recepción:* 11 de febrero de 2020

*Aceptación:* 31 de agosto de 2020

Mauro Arturo RIVERA LEÓN\*

**RESUMEN:** El presente artículo analiza los modelos de legitimación en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales establecidos por las diversas Entidades Federativas en el caso mexicano. El estudio argumenta que, dado el federalismo mexicano, Alemania es un adecuado término de comparación por ser un Estado Federal con modelos operativos de justicia constitucional local concentrada en los *Länder*. Sin embargo, el modelo alemán parte de una articulación constitucional. A diferencia del modelo alemán, el caso mexicano, no ha permitido generar estancos competenciales separados y se ha caracterizado por una competencia basada en la primacía y no el deslinde. Se concluye que, a falta de un adecuado deslinde de competencias en un federalismo procesal constitucional, la única esperanza para la operatividad de los

**ABSTRACT:** This article analyzes the legal standing models in constitutional control mechanisms established by the states in the Mexican case. The author argues that given Mexican federalism, Germany stands as an adequate comparative point. That is, Germany is a Federal State that has established operative models of constitutional control in the *Länder*. However, the German model has a clear competence distribution between its federal and State constitutional jurisdiction. Unlike the German model, the Mexican model is characterized by the primacy of the Federal system and not the distribution of competences. The author concludes that in the absence of a clear distribution of competences, establishing new subjects with legal standing is the only hope towards the operation of local models.

---

\* Profesor de Derecho en la Universidad Iberoamericana. México. Correo electrónico: [arturo.riverale@gmail.com](mailto:arturo.riverale@gmail.com) ORCID: 0000-0003-4964-7086

modelos locales es generar incentivos para su empleo, como la legitimación de sujetos no contemplados en el esquema federal y no la simple duplicidad de legitimaciones.

**Palabras clave:** Procesal constitucional, federalismo y entidades federativas.

**Keywords:** *Constitutional procedure, federalism, and federative entities.*

SUMARIO: I. *Breve introducción a la justicia constitucional local.* II. *El modelo alemán como término de comparación.* III. *La legitimación en las controversias constitucionales locales.* IV. *La legitimación en las acciones de inconstitucionalidad en las entidades federativas.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Fuentes consultadas.*

## I. BREVE INTRODUCCIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

### 1. *El nacimiento de un control constitucional local*

Los modelos de control constitucional locales en México son novedosos. Es paradójico pensar que, pese a la ausencia de medios de control local, el juicio de amparo (medio de control constitucional mexicano por antonomasia) proviene de la Constitución yucateca de 1841, aunque nunca alcanzara operatividad local. Fuera del brillante antecedente de Crescencio Rejón, las constituciones locales carecieron de una garantía jurisdiccional autónoma. Fue el propio juicio de amparo federal, a través de vías indirectas, el encargado de dotarlas de cierta operatividad relativa.

El desinterés por la justicia constitucional local y en general por el constitucionalismo local en México es relativamente sencillo de explicar, en tanto las constituciones locales se imbricaron en la misma dinámica que la Constitución federal. La norma fundamental era concebida más como una directriz política o un programa de actuación legitimador del poder en turno, que como una norma jurídica cuyos preceptos fuesen de aplicación directa. La misma situación acontecía con las Constituciones de las Entidades Federativas. Bajo estas circunstancias, es comprensible que una garantía jurisdiccional local no se viese como una necesidad indispensable (Rivera, 2015: 17-44).

El control jurisdiccional local mexicano, así, es de un carácter reciente. A pesar de que algunas Entidades Federativas nominalmente consagraron la existencia de “controversias constitucionales” análogas al modelo federal, éstas nunca gozaron de operatividad o regulación y difícilmente podrían ser considerados modelos propios de control jurisdiccional.

No puede negarse que, como afirma Ríos (2001: 374), una de las razones principales para consagrar sistemas de justicia constitucional local es el pluralismo político. Previamente, el régimen de partido único solventaba las disputas políticas no mediante mecanismos jurídicos sino jerárquicamente con la cúpula partidista. Ante ello, el Poder Judicial (nombrado por el poder político en turno) se veía como un actor prescindible para la solución de conflictos. Sin embargo, el pluralismo ha vuelto de nueva cuenta los ojos a la judicatura en la búsqueda de un árbitro imparcial que solvente los conflictos políticos.

El desarrollo de la justicia constitucional local mexicana inicia con la reforma constitucional del Estado de Veracruz en el año 2000. La instauración de un modelo propio de jurisdicción constitucional en dicha entidad desató una ola de reformas en diversas Entidades Federativas cuya rápida y sucesiva expansión ha reavivado notablemente el debate sobre la garantía local de la Constitución, como señalaron Ferrer Mac-Gregor (2003: 229) y Arteaga (2002: 16).

A pesar de que las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales son los instrumentos de control más frecuentes (Báez y Cienfuegos, 2001: 38), también se han previsto las omisiones legislativas (Chiapas, Veracruz, Tlaxcala y Quintana Roo), la cuestión de inconstitucionalidad (Veracruz y Coahuila) y el sumamente debatido amparo local (Veracruz y Tlaxcala). La gran mayoría de Estados prevé en la actualidad mecanismos de control siendo los últimos en su incorporación la Ciudad de México y Sonora.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sin duda, entre los Estados con mecanismos de control, Sonora es el Estado con mayores problemáticas de configuración. La redacción de la Constitución sonorense (artículo 166) evidencia fuertes problemas de entendimiento del modelo. Por ejemplo, las controversias constitucionales, pueden promoverse por el fiscal general en materia penal (sea o no relacionada al ámbito de sus funciones, lo que evidencia la falta de entendimiento conceptual de la controversia como proceso de conflicto y no de control abstracto). Aunado a ello, se establecieron legitimaciones altísimas para la presentación de la acción de inconstitucionalidad (35% de los integrantes del Congreso o el mismo porcentaje del total de ayuntamientos), y se estableció la procedencia de la acción en contra de “puntos

El surgimiento de estos medios de control puede juzgarse positivo fundamentalmente por dos razones. 1) El control jurisdiccional de la constitucionalidad local implica, como corolario, la consideración del carácter de norma jurídica a la Constitución local como norma fundante de su propio ámbito. 2) En segundo lugar, la jurisdicción constitucional fortalece el federalismo dado que permite la tutela de las instituciones locales y fomenta la solución interna de disputas, minorando así la posición prototípica *super partes* de la jurisdicción constitucional federal en las entidades federativas.

Si se da un adecuado funcionamiento de los medios de control y los actores políticos son capaces de encontrar soluciones a los conflictos dentro de la justicia constitucional local, debemos percibir entonces un marcado indicio de un federalismo fortalecido; una reivindicación histórica del origen local de la paradigmática garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Astudillo, 2006: p. 13).

## 2. *Articulaciones y duplicidades*

### A. *La importancia de una correcta articulación entre la jurisdicción constitucional federal y local*

Lejos se encuentra este trabajo de pretender fijar una postura sobre el complejo encaje entre las distintas jurisdicciones de control constitucional o “federalismo judicial constitucional” en el entendimiento de Bustillos (2013: p. 106). Otros trabajos, como el de Coello (2008: p. 783 y ss.) se han ocupado de forma mucho más exhaustiva sobre este difícil tema, al menos acotados al caso mexicano. Sin embargo, sí pretendemos recalcar que la legitimación procesal constitucional local depende para su funcionamiento de un urgente marco que permita congeniar los distintos ámbitos de control en beneficio de la garantía jurisdiccional de la Constitución (Uribe y Montes, 2011: 278).

Si la jurisdicción constitucional federal puede erigirse en revisor absoluto de las resoluciones de la justicia constitucional local<sup>2</sup>, entonces la

---

de acuerdo” (lo que es controversial tomando en cuenta su ausencia de carácter normativo o de vinculación por ser meros instrumentos políticos). Si a las dificultades del control constitucional local se suman las inadecuadas configuraciones, parece seguro que el sistema sonorensis no tendrá operatividad.

<sup>2</sup> Por ejemplo, la controversia constitucional se considera procedente para combatir

provisionalidad de aquella desincentivaré el uso de sus mecanismos de control, pues los actores políticos preferirán recurrir a un árbitro con capacidad definitiva para solucionar el conflicto (máxime cuando la resolución de estos conflictos es usualmente larga).

Dado que la legitimación en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad local se moldeará, en buena medida, bajo el parámetro de la Constitución federal, vale la pena recordar las características de tal legitimación y los sujetos legitimados.

La legitimación en controversias constitucionales a nivel federal tiene por características la naturaleza constitucional, textura cerrada y previsión de las relaciones intersubjetivas (Rivera, 2016: 31 y ss.). Por naturaleza constitucional, debe entenderse que la legitimación dimana del propio texto constitucional y, por tanto, no puede ser restringida o ampliada en la legislación secundaria. La textura cerrada implica que se ha previsto un elenco de sujetos definidos de forma expresa, sin aludir a una categoría genérica de sujetos cuya interpretación puntual pueda incorporar nuevos sujetos legitimados. Finalmente, por previsión de las relaciones intersubjetivas debe entenderse que la propia Constitución define la forma en que puede entablarse la *litis* (cuál sujeto puede demandar a cuál sujeto). Sustantivamente, se contempla la posibilidad de plantear conflictos entre órdenes de gobierno (Federación, entidades federativas y municipios); conflictos entre los poderes de una misma entidad federativa, municipios o demarcaciones de la Ciudad de México.

Finalmente, a nivel de órganos vértices federales, tienen legitimación los órganos constitucionales autónomos, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión (entendiéndose la posibilidad de que cada cámara plantee la controversia constitucional autónomamente). La diversa legitimación en controversias constitucionales denota las tres funciones que ésta realiza, a saber, conflictos orgánicos verticales, conflictos orgánicos horizontales y conflictos limítrofes predicables mayormente del ámbito municipal (Rivera, 2017: 1666).

---

algunas resoluciones de la jurisdicción constitucional local. Existe una tesis que sostiene: “Controversias constitucionales. No son la vía idónea para combatir resoluciones jurisdiccionales” (Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T. VII, junio de 1998, tesis 2a LXXXVII/98, p. 421). De cualquier forma, el nuevo proceso sería procedente si las partes de la nueva controversia constitucional federal fueron, a su vez, partes en la antigua controversia, o son sujetos enumerados en el artículo 105.I, como afirma Coello (2006: 335).

Por su parte, la legitimación establecida en la acción de inconstitucionalidad a nivel federal tiene por características la naturaleza constitucional, textura cerrada o *numerus clausus* y carácter mayoritariamente institucional de los sujetos legitimados. Las primeras dos características se han explicado al hilo de la controversia constitucional. La última de ellas, implica que los sujetos legitimados pertenecen en su mayoría al Estado-aparato (salvo excepción de los partidos políticos). En el caso de la acción de inconstitucionalidad, la legitimación se reserva al elevado porcentaje 33% del cuerpo parlamentario que emitió la norma (Rivera, 2017: 225), el Poder Ejecutivo federal, los partidos políticos locales o nacionales contra normas expedidas en su ámbito de validez, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus homólogos en las entidades federativas (éstos últimos sólo respecto de normas locales), los órganos de acceso a la información federales y locales (sólo respecto de normas locales) y, por último, el fiscal general de la República<sup>3</sup> respecto de normas penales, procesales penales y aquéllas relacionadas con el ámbito de sus funciones.

### B. *Duplicidad de legitimaciones*

Teniendo lo anterior presente, es sencillo constatar que la actual configuración de legitimaciones procesales en las distintas entidades federativas ofrece múltiples ocasiones para la duplicidad. En varios casos, el mismo actor se encuentra legitimado para acudir tanto a la jurisdicción federal como a la jurisdicción local. El escaso número asuntos que hasta la fecha se han resuelto definitivamente por la jurisdicción constitucional local, como en su momento demostró Bustillos (2009: 29-71) debe ser prueba no sólo de la necesidad de una mejora en la configuración normativa de dichos mecanismos, sino en la urgencia de una revalorización de dichos mecanismos por parte de los propios sujetos legitimados.

En el caso de la duplicidad de legitimaciones, naturalmente, la divergencia juega un peso fuerte. Un actor que a nivel federal no tiene legitimación para impugnar una norma o un acto, pero sí la goza a nivel local, evidentemente tendrá un fuerte incentivo para utilizar el mecanismo, sim-

---

<sup>3</sup> Debe recordarse que el 20 de diciembre de 2018 entró en vigor la reforma constitucional concerniente a la Fiscalía General de la República y, por tanto, se modificó el vigor del propio artículo 105 constitucional. Anteriormente, se consagraba legitimación universal en favor del procurador general de la República y el Ejecutivo federal carecía de ella.

plemente porque es el único que puede utilizar. En cambio, cuando el actor se encuentra ante una elección optativa ¿existe realmente algún incentivo para que acuda ante una sala constitucional, Pleno o Tribunal Constitucional local cuya creación es reciente y sin la seguridad de una solución definitiva del asunto?

El peso de la optatividad se deja sentir con mayor fuerza en los conflictos de atribuciones. El municipio ha sido el gran promotor de controversias constitucionales teniendo a la Suprema Corte como árbitro predilecto. Quizá aún la joven jurisdicción constitucional local no se ha consolidado al grado de poder considerarla como principal titular de la facultad de conflictos internos, pero los notables esfuerzos emprendidos por diversas entidades federativas deberían abrir el debate nacional para articular desde el propio texto constitucional un modelo de jurisdicción constitucional comprensivo del ámbito localista.

Han sido los esfuerzos “aislados” de entidades federativas como Veracruz los que han contribuido en gran medida a revitalizar el debate del constitucionalismo local, pero sólo un esfuerzo integral puede producir resultados tangibles. No parece descabellado pensar que la jurisdicción constitucional federal pudiera desprenderse de competencias a favor de jurisdicciones constitucionales locales consolidadas, sobre todo en ámbitos propios y específicos de éstas. Si estableciésemos un principio de subsidiariedad federal, podríamos a través de la cooperación y la división de trabajo, descargar asuntos a la jurisdicción federal y homogeneizar criterios mediante un diálogo entre los diferentes tribunales.

La legitimación de comisiones estatales de derechos humanos para impugnar leyes de su respectiva entidad, es un buen ejemplo de una competencia que potencialmente podría cederse a la justicia constitucional local. Inclusive, podría abrirse un nuevo ámbito de legitimaciones cuyo encaje actual en el modelo federal es dudoso.

Teniendo como ejes básicos de análisis la articulación de jurisdicciones y la legitimación, resulta notable que la primera decisión en un proceso de control constitucional local puro (acción de inconstitucionalidad 1/2001, Veracruz) haya sido una inadmisión de la demanda por falta de legitimación activa del promovente. En efecto, dado que la presentación de la acción de inconstitucionalidad se dio por parte de una persona física y no un sujeto legitimado, el Pleno del Tribunal omitió correctamente entrar al fondo del asunto. Dicha resolución fue confirmada con posterioridad en amparo

directo por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (Amparo directo 666/2001). La decisión no puede hablarnos de una incorrecta configuración del modelo veracruzano, pues salvaguarda una opción legítima de restringir los medios de control constitucional abstractos a entidades públicas. Sí debe, en cambio, vaticinar que la legitimación será uno de los grandes debates en la justicia constitucional local.

Empleando las características que previamente hemos referido respecto del modelo federal de jurisdicción constitucional, emprenderemos el estudio de la legitimación en la acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales locales.

Realizaremos el estudio de las legitimaciones locales privilegiando como criterio de estudio el sujeto legitimado y no la enumeración de sujetos legitimados por Entidad Federativa buscando los puntos globales de simetría y diferencia. Antes, empero, haremos una breve incursión al modelo alemán que ha desarrollado un sistema de justicia constitucional local funcional.

## II. EL MODELO ALEMÁN COMO TÉRMINO DE COMPARACIÓN

En el marco de modelos comparados, Alemania se presenta como un posible contraste potencial en justicia constitucional local. Una primera razón para abordar la comparación es que Alemania es un Estado federal, al igual que México. Dentro de su federalismo, ha desarrollado un exitoso modelo de justicia constitucional local funcional. En la comparación, se tomarán en cuenta los formantes del ordenamiento, a saber, la normativa (constitucional o secundaria), la doctrina y la jurisprudencia (Sacco, 1992: 343 y ss.). Aunado a ello, debe tomarse en cuenta la existencia de criptotipos; reglas no escritas que condicionan la actitud de los operadores frente al poder normativo (Pegoraro, 2017: 66 y Somma, 2015: 160).

En el caso alemán, existen criptotipos derivados del origen histórico de un modelo de conflictos competenciales consagrado previo a Weimar, lo que preconditiona la adopción de soluciones que permitan la defensa competencial. De igual forma, históricamente los *Länder* han sido recelosos de su autonomía, lo que culturalmente ha influido en la interpretación que los diversos tribunales constitucionales (federal y local) han realizado del derecho a efecto de garantizar un pluralismo político con marcos de autonomía delimitados. Tales condiciones parecen encontrar un eco en el

escenario mexicano narrado en la primera sección de este estudio, en tanto del despertar de la justicia constitucional local se vio motivado por una búsqueda de garantía del pluralismo político intra entidades federativas, así como la aspiración a modelos funcionales de justicia constitucional. En tal tesitura, parece que la forma federal de Estado, la coexistencia de jurisdicciones constitucionales y el contexto político-jurídico ofrecen condiciones de cierta homogeneidad que posibilitan la comparación de los ordenamientos jurídicos de México y Alemania en torno a modelos de justicia constitucional local.

La jurisdicción constitucional local alemana tiene su fundamento en la autonomía de los *Länder* (BVerfGe, 36) y coexiste con la jurisdicción constitucional federal de forma independiente (BVerfGe, 6). Cada *Land* ha erigido internamente un Tribunal Constitucional.

Durante mucho tiempo, el *Land* Schleswig-Holstein careció de una jurisdicción constitucional propia. El Tribunal Constitucional federal hacía las veces de Tribunal Constitucional del *Land* en uso de la cláusula de habilitación prevista en el artículo 99 de la Ley Fundamental de Bonn (Gröpl, 2013: p. 670). A pesar de ello, la ausencia de jurisdicción propia había venido siendo un tema habitual de discusión (Lösing, 2002: 298) y a raíz de las reformas a la Constitución del *Land* en el año 2006, se terminó estableciendo una jurisdicción constitucional (Benda & Klein, 2010: 19). Las razones para no adoptar una jurisdicción constitucional local fueron también coyunturales. El constituyente del *Land* dudaba de la viabilidad de la existencia misma de “Schleswig-Holstein” y trató de dar un ordenamiento temporal que facilitase la reconstrucción en la Alemania de la posguerra (Waack, 2008: 14).

Esto nos ofrece una perspectiva diversa de 16 *Länder* todos con jurisdicciones constitucionales. A diferencia de lo que ha ocurrido en México, el empleo de la justicia constitucional local en Alemania es algo habitual y presenta un número considerable de procesos, como demostró hace tiempo Heyde (1983: 2-15).

Los mecanismos de los que conoce la jurisdicción local también son variados, aunque hay rasgos comunes. Sin excepción, la justicia constitucional local conoce de controversias constitucionales (*Organstreitigkeiten*) y de acciones de inconstitucionalidad (*Abstrakte Normenkontrolle*). Algunos modelos también de cuestiones de inconstitucionalidad (*Richtervorla-*

gen), control electoral, amparo local (*Kommunalverfassungsbeschwerde*), control de referéndum y consultas populares, *inter alia*.

Al igual que en México, la articulación de las jurisdicciones constitucionales ha sido un tema debatido. Burmeister inclusive, sostuvo alguna vez que, en Alemania, el deslinde entre la jurisdicción local y la federal era “la cuestión fundamental menos aclarada de toda la jurisdicción constitucional” (Burmeister, 1983: 426). Empero, fuera de debates puntillosos, se ha consolidado un criterio en base al parámetro de control (*Prüfungsmaßstab*) con un deslinde sólido entre ambas jurisdicciones constitucionales.<sup>4</sup>

En el caso del Tribunal Constitucional Federal, el parámetro será la Constitución y normas federales. El Tribunal de Karlsruhe sólo puede utilizar el derecho de los *Länder* como parámetro cuando resuelva subsidiariamente los conflictos entre la Federación y los *Länder* o éstos entre sí en términos del artículo 93.1.4 GG. La segunda posibilidad sería, como ya mencionamos, la habilitación mediante ley al Tribunal Constitucional como Tribunal Constitucional local (artículo 99 GG). En cambio, el parámetro de control de los Tribunales locales sería la respectiva Constitución del *Land* y especialmente todos los derechos allí garantizados (Benda & Klein, 2010: 22). Lo anterior no implica en su totalidad la ausencia de un potencial control, sobre todo a través del amparo contra actos de un Tribunal Constitucional local que vulneren la Constitución federal. A pesar de ello, la interpretación del Tribunal Federal ha sido restrictiva para evitar una “debilitamiento del control local”.

El deslinde entre las jurisdicciones se fortalece porque no existe un control federal de los conflictos internos ni del control interno de la constitucionalidad de las normas de un *Land*.<sup>5</sup> El modelo alemán parte constitucionalmente de un esquema de coordinación, donde la propia Ley Fundamental de Bonn asume la creación de jurisdicciones locales, reservando al Tribunal Constitucional Federal sólo para el caso excepcional de la ha-

---

<sup>4</sup> Inclusive han llegado a darse propuestas de (con sus matices), emplear a los Tribunales Constitucionales de los *Länder* para aliviar la sobrecarga de trabajo producida por el amparo en el Tribunal Constitucional Federal (Schneider, 1999: p.103-11).

<sup>5</sup> Esto fue mencionado en el debate constituyente de Nordrhein-Westfale. Se argumentó que, dado que el Tribunal Constitucional federal “no tiene competencia para todas las controversias constitucionales a nivel del *Land*”, era conveniente la creación de un tribunal constitucional propio como forma de garantizar “un orden libre y democrático” (Johann, 2000: 56).

bilitación (como en Schleswig-Holstein). Por tanto, el ámbito de solapamientos posible es mucho menor que en el caso mexicano.

Respecto a la configuración de los procesos, debe tenerse en cuenta que es posible apreciar una diferencia en las circunstancias de los *Länder* ya formados previa a la reunificación alemana en 1989 y los formados después. Los *Länder* posteriormente erigidos (Berlín,<sup>6</sup> Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thürigen) tuvieron opción de observar la configuración no sólo de los procesos constitucionales a nivel federal, sino también en las otras Entidades Federativas.

Resulta, por ejemplo, curioso el que los últimos *Länder* en incorporarse hayan preferido utilizar denominaciones más parecidas a la de Tribunal Constitucional como *Verfassungsgerichtshof* (Berlín, Sachsen y Thürigen), *Verfassungsgerichts* (Brandenburg) o *Landesverfassungsgerichts* (Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt). Ninguno de los *Länder* de incorporación reciente utilizó la terminología de Tribunal de Estado (*Staatsgerichtshof*) presente en varios de los *Länder* originales (Baden-Württemberg, Bremen, Hessen y Niedersachsen) y heredera del constitucionalismo de Weimar. Ello puede poner sobre relieve la voluntad de clarificar nominalmente la naturaleza de los guardianes de la Constitución local.

### 1. La legitimación en las controversias constitucionales en los *Länder*

La configuración del modelo conflictual local en Alemania ha sido extremadamente similar al modelo federal. En sus diferentes formulaciones, se ha mantenido generalmente las tres características fundamentales presentes en la legitimación alemana de las *Streitigkeiten*. En primer lugar, la legitimación es de naturaleza constitucional. Todas las Constituciones de los *Länder* han configurado en sus respectivas Constituciones<sup>7</sup> la legi-

---

<sup>6</sup> La antigua Constitución de Berlín había previsto en su artículo 72 la creación de un Tribunal Constitucional propio (*Staatsgerichtshof*) pero por circunstancias coyunturales no se erigió hasta después de la reunificación y la nueva Constitución para Berlín (Finkelburg, 2008: 120-126).

<sup>7</sup> A continuación, indicamos el artículo constitucional respectivo en paréntesis después del nombre del *Land*. Todas las alusiones entiéndanse realizadas respecto a la Constitución del *Land* señalado: Baden Württemberg (artículo 68), Bayern (artículo 64), Berlín (artículo 84.2.1), Brandenburg (artículo 113.1), Bremen (artículo 140), Hamburg (artículo 65.3.2), Hessen (artículo 131); Mecklenburg-Vorpommern (artículo 53.1), Nie-

timación sin delegar esta tarea a la legislación secundaria. Esto implica también que existe un potencial blindaje a favor de la legitimación constitucional, que no puede ser reducida en la ley secundaria.

Por ejemplo, en el caso de Nordrhein-Westfalen, no se menciona en la *ley secundaria* la posibilidad de que otros portadores de funciones constitucionales acudan al proceso. De la naturaleza constitucional de la legitimación, se sigue que no puede haber una reducción de sujetos cuya legitimación encuentra garantía en la primacía constitucional como argumentan Heusch (2010: 665) y Haas (2006: 142). En segundo lugar, existe una cláusula abierta del listado y no así sucesivas enumeraciones a modo de *numerus clausus*. Se utilizan conceptos interpretativos como “órganos supremos del Estado” (*obersten Staatsorgans*)<sup>8</sup> o su equivalente “órganos supremos del Land” (*oberste Landesorgan*)<sup>9</sup> y la aún más abierta “órganos constitucionales” (como es el caso de Bremen, Hamburg y Rheinland-Pfalz). Ocasionalmente se mencionan sujetos concretos también, pero sin cerrar el listado.<sup>10</sup> Se abre la posibilidad a que partes de estos órganos o fracciones dotadas de competencias específicas puedan utilizar las controversias constitucionales.

En los *Länder* de más reciente creación debe también notarse la extrema similitud entre la redacción de sus respectivos artículos, con apenas matices terminológicos. Finalmente, se ha evitado por completo el señalamiento de relaciones intersubjetivas entre los sujetos legitimados, con lo cual la *litis* puede entablarse entre cualquiera de ellos (sin contrastar si la relación procesal concreta se contempla en el listado).

---

dersachen (artículo 54.1), Nordrhein-Westfalen (artículo 75.2), Rheinland-Pfalz (artículo 130.1), Saarland (artículo 97); Sachsen (artículo 81.1.1), Sachsen-Anhalt (artículo 75.1), Schleswig-Holstein (artículo 44.2.1) y Thüringen (artículo 80.3).

<sup>8</sup> Es el caso de Bayern y Sachsen.

<sup>9</sup> Es el caso de Baden-Württemberg, Berlín, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Thüringen. Cabe resaltar que los respectivos Tribunales de los *Länder* calificarían, en su caso, como órganos constitucionales u órganos supremos del *Land* pero, al igual que en el modelo federal, han sido excluidos del conflicto. En el caso de Thüringen lo afirma Jutzi (2013: 901).

<sup>10</sup> Así es el caso de Schleswig-Holstein que menciona concretamente al Parlamento y al Gobierno. Nótese que esta mención es distinta a la hecha con los “portadores de funciones constitucionales” hecha en las demás constituciones, en tanto aquí es una mención autónoma y no una alusión a las partes de aquéllos órganos dotados con funciones propias.

Como resultado de la configuración anteriormente señalada, tenemos que las controversias constitucionales han sido usuales a nivel local, inclusive en los *Länder* de reciente creación.<sup>11</sup> La interpretación de los Tribunales Constitucionales locales ha sido congruente permitiendo grados de flexibilidad similares al modelo federal.

Los casos prototípicos de sujetos legitimados son el Parlamento y el Gobierno del *Land*, como el caso de Sachsen-Anhalt (Halle, 2004: 482). La interpretación de la cláusula abierta ha sido concretada<sup>12</sup> por la interpretación entre otros sujetos, en el Presidente del *Landtag*, fracciones parlamentarias, minorías en defensa de los derechos del Parlamento (Haas, 2006: 147), diputados *uti singuli*, al *Ältestenrat* (comité parlamentario que, entre otras cosas, determina el orden del día), minorías en Comisiones de Investigación, Comités Parlamentarios,<sup>13</sup> Presidente del *Land*,<sup>14</sup> Ministros del *Land* con funciones propias (Heusch, 2010: 655), Comité para el Referéndum, los partidos políticos cuando defienden su especial posición en

---

<sup>11</sup> Respecto al caso de Mecklenburg-Vorpommern, así lo afirma Hückstädt (2008: 142).

<sup>12</sup> También, al igual que en el modelo federal, las leyes de los respectivos Tribunales Constitucionales han consagrado concretamente algunos sujetos. Remitimos al lector a ellas, entendiendo que las siguientes alusiones son hechas respecto a la ley del Tribunal Constitucional del *Land* respectivo: Baden-Württemberg (artículo 44), Bayern (artículo 48), Berlín (artículos 14 y 36), Brandenburg (artículos 12 y 35), Bremen (artículo 24), Hamburg (artículo 39 a), Hessen (artículo 42.2), Mecklenburg-Vorpommern (artículos 11.1 y 36), Niedersachsen (artículos 8.6 y 30), Nordrhein-Westfalen (artículo 43), Rheinland-Pfalz (artículo 23), Saarland (artículos 9 y 39), Sachsen (artículo 17), Sachsen-Anhalt (artículo 35), Schleswig-Holstein (artículo 35) y Thüringen (artículos 11.3 y 38).

<sup>13</sup> Contrástese con la interpretación del *Staatsgerichtshof* de Niedersachsen en (Hüpper, 2000: 179) y del *Verfassungsgerichtshof* de Nordrhein-Westfalen por Pieroth (2002: 107-109).

<sup>14</sup> Este caso es común en tanto las diversas constituciones le establecen competencias directamente atribuibles. En el caso de Thüringen, la competencia de nombrar y remover funcionarios (artículo 78.1 de la Constitución). Así también lo afirma Müller (2005: 201).

la estructura constitucional,<sup>15</sup> etcétera.<sup>16</sup> También se han producido debates en torno a otros sujetos como los tribunales de cuentas.<sup>17</sup>

## 2. La legitimación en la acción de inconstitucionalidad en los Länder

Las acciones de inconstitucionalidad, lógicamente, han tenido un tratamiento mucho más modesto en materia de legitimación. Sin embargo, el hecho de que no haya un control federal sobre la constitucionalidad local de las normas a instancias de minorías locales ha hecho que la importancia de estos procesos se resalte. En Alemania, las minorías parlamentarias ejercen en las acciones locales un control único, no optativo. Es decir, en Alemania, las minorías parlamentarias sólo pueden cuestionar la constitucionalidad de leyes en vía local y no pueden elegir entre la vía local o federal, como sí ocurre en algunos casos en México.

Fuera de las consideraciones mencionadas, la configuración de las acciones de inconstitucionalidad ha sido, al igual que en las controversias, relativamente similar al modelo federal, con puntuales variaciones. A nivel general se han mantenido también (salvo puntuales excepciones) las tres características de la legitimación en el control abstracto alemán: a) naturaleza constitucional, b) legitimación taxativa o *numerus clausus*, lo que

---

<sup>15</sup> Aunque, al igual que a nivel federal, esto se ha hecho tras largo debate. A modo de ejemplo, el *Verfassungsgerichtshof* de Nordrhein-Westfalen, inicialmente negó la legitimación a los partidos políticos, para luego afirmarla haciendo copiosas referencias a las decisiones del Tribunal Constitucional federal y argumentando que los partidos políticos desempeñaban funciones de órganos constitucionales (Pieroth, 2002: 109). Una respuesta también afirmativa en Rheinland-Pfalz (Jutzi, 2005: 140) y Thüringen.

<sup>16</sup> Un caso especial es Hessen, en tanto no menciona en su Constitución (artículo 131) una categoría abierta de sujetos legitimados, haciendo simple referencia a que el Tribunal Constitucional del *Land* conocerá de las controversias respectivas. Se menciona concretamente al *Landtag*, una fracción del *Landtag*, el Gobierno del *Land*, el presidente del gobierno y el Tribunal de Cuentas en lo correspondiente a su participación en los presupuestos estatales y opinión sobre la deuda del *Land* (artículo 144 de la Constitución de Hessen). Será posteriormente la Ley sobre el Tribunal Constitucional de Hessen (artículo 41.1) la que haga alusión a la clásica fórmula abierta (Hecker: 2002: 447).

<sup>17</sup> Como en Rheinland-Pfalz (Jutzi, 2005: 141) y Thüringen “dado que las competencias y posición del Tribunal de Cuentas se establecen en la Constitución y el artículo 80.1.3 no supedita la facultad de ser parte a la de ostentar la calidad de órgano constitucional el Tribunal de Cuentas tiene la capacidad de ser parte...” (Jutzi, 2013: 902).

impide ampliar el número de sujetos legitimados (Haas, 2006: 157) y, c) naturaleza institucional de los sujetos legitimados.

En primer lugar, todas las constituciones de los *Länder* han previsto, a su vez, la legitimación para la acción de inconstitucionalidad, con lo cual esta legitimación dimana de la Constitución<sup>18</sup> y no de normas secundarias. En segundo lugar, a diferencia de los conflictos constitucionales, los modelos han acudido a un *numerus clausus*, expresando taxativamente a los sujetos con capacidad para iniciar el procedimiento. Finalmente, en la mayoría de los casos la legitimación ha sido de naturaleza institucional, en tanto sólo sujetos institucionales (minorías parlamentarias y Gobierno del *Land*) han sido dotados de legitimación.

Es debatible si pudiese considerarse una pequeña excepción la legitimación que Bremen y Rheinland-Pfalz (artículos 140 y 130 constitucionales, respectivamente) consagran a favor de una “corporación pública del Estado” (*öffentlich-rechtliche Körperschaft*), en tanto que la categoría debe individualizarse y ha llegado a incluir sujetos fuera del Estado-aparato. Sobre ello, Rincken afirma “Notable es, por otro lado, la apertura de las corporaciones públicas de Bremen a todos los procedimientos constitucionales, explicable sólo desde la tradición Hanseática” (Rincken, 1991: 502). Con esta legitimación, prosigue Rincken, no sólo se ha logrado darle acceso al Tribunal a las ciudades de Bremen y Bremenharven —especie de control normativo comunal o amparo local— sino incluso a todas las corporaciones públicas.

Nótese que la interpretación del Tribunal de Bremen (Rincken, 1991: 503), siempre ha ligado la legitimación de las corporaciones públicas con un ámbito competencial propio. Entre las corporaciones públicas que se han legitimado se encuentra el colegio de abogados, la Iglesia Evangélica de Bremen y dos parroquias católicas (éstas últimas dos tienen una reminiscencia fuerte del constitucionalismo de Weimar). En cambio, a pesar de que Rheinland-Pfalz tiene la misma legitimación, no ha considerado legitimadas a las asociaciones religiosas (*Religionsgemeinschaften*) pues

---

<sup>18</sup> Nuevamente, señalamos el *Land* y entre paréntesis el artículo respectivo de su Constitución: Baden-Württemberg (artículo 68.2), Berlín (artículo 84.2.2), Brandenburg (artículo 113.2), Bremen (artículo 140), Hamburg (artículo 65.3.3), Hessen (artículo 131.2); Mecklenburg-Vorpommern (artículo 53.2), Niedersachsen (artículo 54.3), Nordrhein-Westfalen (artículo 75.3), Rheinland-Pfalz (artículo 130.1), Saarland (artículo 97.2); Sachsen (artículo 81.1.2), Sachsen-Anhalt (artículo 75.3), Schleswig-Holstein (artículo 44.2.2) y Thüringen (artículo 80.1.4).

se ha sostenido que a pesar de su estatus público-jurídico son corporaciones “*sui generis* no integradas en el Estado-aparato” (Jutzi, 2013: 140).

Una excepción a la naturaleza constitucional lo constituye la curiosa legitimación popular (*Popularklage*) presente en el *Land* de Baviera. En Bayern (artículo 98, Constitución de Bayern) existe una “*actio popularis*”, que es independiente de afectación o interés directo del solicitante. Linder (2011: 183) califica a la *Popularklage* de Bayern como “el más espectacular procedimiento en el derecho procesal constitucional alemán”.

Resulta curioso que, como han apuntado Linder (2011: 183) y Bohn (2010: 83), no se haya hecho un uso excesivo del procedimiento ni se haya inundado al Tribunal con demandas temerarias. Ello se debe a varias razones. En primer lugar, la población de Bayern no es excesivamente elevada (aproximadamente 12 millones de habitantes). En segundo lugar, el parámetro de la demanda es sólo el derecho del *Land*, lo cual limita considerablemente las impugnaciones al parámetro local, pues no son invocables infracciones a la Constitución federal. Finalmente, el artículo 27.1 de la Ley del Tribunal Constitucional local dispone que, aunque el procedimiento ante el Tribunal es gratuito, el Tribunal puede imponer un pago de hasta 1500 euros en el caso de demandas notoriamente inadmisibles o manifiestamente infundadas (Bohn, 2010: 224).

Con la excepción antes mencionada, el procedimiento es gratuito y no se requiere representación procesal para su interposición. Desde 1947 al 2010, se tiene un promedio de 20 procedimientos por año (un total aproximado de 1300 procedimientos), con una tasa de éxito de 11% (Jutzi, 2013: 140). Debe, empero, tenerse en cuenta que el establecimiento de la acción popular en Bayern tiene causas coyunturales concretas (Bohn, 2010: 69) sin las cuales probablemente no habría sido estatuido y es una verdadera excepción en el modelo de justicia constitucional local alemán. También resulta una excepción a la institucionalidad la legitimación que Hesse hace de un grupo correspondiente al 1% de los electores (Constitución de Hesse, artículo 131.2).

Habiendo señalado las características de la legitimación en los modelos locales, podemos también apuntar que a nivel local se han mantenido, cuando menos, los mismos sujetos que a nivel federal, es decir, Gobierno del *Land* y minorías parlamentarias.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Este es el caso de Baden-Württemberg, Berlín, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Cuestiones Constitucionales, Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN: 2448-4881

Sobre la legitimación del Gobierno del *Land* no hay un gran debate fuera de su utilidad en modelos parlamentarios donde mayoría parlamentaria y Gobierno frecuentemente coinciden. Por ello, la acción tiene mayor uso como instrumento de la oposición (Heusch, 2010: 664). Sin embargo, en situaciones coyunturales puede presentar cierta utilidad. Por último, en este tema, puede señalarse que, en el caso de la legitimación del *Landesregierung*, se trata de una legitimación conjunta y no se encuentran legitimados individualmente ni el presidente del Gobierno, ni los ministros (Halle, 2004: 483) a menos que esté expresamente estipulada tal legitimación, como en el caso de Hessen (artículo 131 constitucional y artículo 19 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional).

Mayor interés presenta la configuración de las minorías parlamentarias. En la legitimación minoritaria de los *Länder*, se ha utilizado siempre el método porcentual y no el numérico directo. Los porcentajes sí han presentado, en cambio, variaciones de interés respecto al modelo federal alemán. A pesar de que ha habido algunas Entidades Federativas que han conservado el antiguo tercio del modelo federal<sup>20</sup> la gran mayoría han previsto porcentajes menores.

Algunos *Länder* optaron por establecer porcentajes menores análogos al modo federal equivalentes 25%;<sup>21</sup> otros establecieron porcentajes menores como el 20%<sup>22</sup> o el generosísimo 10% de Hessen. Inclusive, los *Länder* de Rheinland-Pfalz,<sup>23</sup> Thüringen y Hessen, simplemente legitiman a cada fracción del Parlamento local (artículo 130.1, Constitución de

---

Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen. En Bayern la concreción de la legitimación es innecesaria dada la *actio popularis*.

<sup>20</sup> Concretamente Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland y Schleswig-Holstein. Recuérdese que, anteriormente, la legitimación en Alemania era de un tercio del cuerpo legislativo hasta la reforma constitucional de 2008 (Benda & Klein, 2010: 278).

<sup>21</sup> Legitimación análoga a la del modelo federal tras la reforma constitucional del año 2008. Estas entidades son Baden-Württemberg, Berlín, Sachsen y Sachsen-Anhalt.

<sup>22</sup> Concretamente Brandenburg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen y Thüringen.

<sup>23</sup> Debe notarse lo especial que resulta el caso de Rheinland-Pfalz, en tanto la legitimación que dispone para la controversia constitucional es igualmente considerada legitimación para la acción constitucional (Jutzi, 2013: 146).

Rheinland-Pfalz,<sup>24</sup> artículo 80.1.4 Constitución de Thüringen<sup>25</sup> y artículo 19 de la *Gesetz über den Staatsgerichtshof* de Hessen). Algo similar — aunque agravado— prevé Schleswig-Holstein que además de legitimar a 1/3 del Parlamento, también establece la legitimación de dos grupos parlamentarios.

De tal suerte, tomando en cuenta que la reforma constitucional federal que estableció la legitimación de  $\frac{1}{4}$  es de 2008, tenemos que el 75% de los *Länder* habían establecido legitimaciones menores que las del modelo federal. Se aprecia así el ánimo de las Entidades Federativas de garantizar el acceso a la justicia constitucional a minorías de entidad más limitada que las del modelo federal.

Finalmente, además de los sujetos típicos, algunos *Länder* han establecido legitimaciones propias dignas de mención como por ejemplo la *actio popularis* (*Popularklage*) a la que hemos hecho mención en Bayern. También interesante resulta la legitimación que se ha hecho en Hessen de una centésima parte del cuerpo electoral para la presentación de acciones de inconstitucionalidad.<sup>26</sup>

### 3. Breves notas de un balance prospectivo

Después de haber analizado someramente los modelos de legitimación local en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales en Alemania, podemos encontrar algunos rasgos que han hecho que el sistema tenga una efectividad aceptable.

---

<sup>24</sup> Para determinar el número concreto debemos acudir al reglamento del Parlamento local (*Geschäftsordnung des Landtags*) que prevé en su artículo 8 la creación de fracciones. Sin embargo, en tal reglamento no se requiere un número mínimo de diputados al disponerse escuetamente (artículo 8) que “Los diputados elegidos al Parlamento, que pertenezcan a un mismo partido político, pueden formar un grupo parlamentario”. Con lo cual, la legitimación se reduce, prácticamente, a la obtención de dos diputados en las elecciones locales.

<sup>25</sup> En el caso de Thüringen, su reglamento Parlamentario —*Geschäftsordnung des Thüringer Landtags*— (artículo 8) dispone que para formar una fracción se requiere que los parlamentarios a ella pertenecientes equivalgan al 5% del número de parlamentarios integrantes del *Landtag*, lo que nos da un promedio de 4.4 parlamentarios.

<sup>26</sup> Lo que se traduce aproximadamente en 60,000 electores, tomando en cuenta que la población de Hesse excede por poco los seis millones de habitantes.

En primer lugar, ha sido la propia Constitución la que preveía la posible existencia de estas jurisdicciones constitucionales y disponía el conocimiento por el Tribunal Constitucional federal de ciertas controversias sólo en el caso de la mencionada cláusula de habilitación del artículo 99. En segundo lugar y por consecuencia, el Tribunal Constitucional no funge naturalmente como garante de la Constitución de los *Länder*, con lo cual la vía local no se convierte en optativa sino en obligatoria previo, en su caso, al Tribunal Constitucional federal. Es decir, existe un principio de subsidiariedad.

En tercer lugar, a pesar de que las Entidades Federativas, en general, han seguido el modelo federal, se aprecia una tendencia a facilitar el acceso a la jurisdicción constitucional sea ya con la introducción de nuevos sujetos legitimados o con la reducción de los requisitos a los sujetos clásicos (menores porcentajes a las minorías parlamentarias, legitimación de grupos parlamentarios autónomamente, etcétera).

### III. LA LEGITIMACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES LOCALES EN MÉXICO

#### 1. *La duplicidad como regla*

En el caso de los procesos locales, la duplicidad se ha dado como regla general en los procesos de defensa competencial similares a los modelos remotos en la Constitución mexicana (Figueroa, 2013, 230). Diversas Entidades Federativas han establecido una legitimación totalmente coincidente con el nivel federal. Guerrero es una buena muestra, al establecer que el Tribunal Superior de Justicia resolverá los conflictos “entre los Municipios y el Gobierno del Estado”. Otros estados, como el propio Veracruz, han ampliado un poco más el modelo, permitiendo que los conflictos se susciten también entre “El Poder Ejecutivo y el Legislativo”. Ambos casos, son muestras de legitimaciones restrictivas que limitan al máximo la posibilidad del planteamiento de conflictos alternativos.

En general, las fórmulas de legitimación que se han empleado han sido cerradas, tasadas y con ausencia de fórmulas interpretativas. Este es el caso de Guerrero, Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Guanajuato, Estado de

México, Quintana Roo, Chihuahua (con cláusula inhibitoria<sup>27</sup> en lo coincidente con la jurisdicción federal), Coahuila (con la excepción que se señalará), Colima (con cláusula inhibitoria), Chihuahua (con cláusula inhibitoria), Hidalgo, Zacatecas (con cláusula inhibitoria), Tlaxcala y Tabasco. A pesar de que Tabasco hace alusión a la expresión genérica de “Poderes del Estado”, esta terminología se encuentra limitada. La Constitución tabasqueña alude a conflictos entre “los Municipios y cualquiera de los otros dos Poderes del Estado”. Ello implica un reenvío al esquema trinitario, por lo cual categorizamos tal legitimación como restrictiva. Sin embargo, la terminología despierta dudas. Si se sostiene que los conflictos podrán presentarse entre “los Municipios y cualquier otro de los otros dos Poderes del Estado” ¿se está tomando al municipio como parte integrante del esquema trinitario? y ¿cuáles serían los dos Poderes del Estado restantes? Independientemente de la respuesta, se excluirá a alguno de los tres actores del esquema clásico.

Estos Estados, que han optado por fórmulas restrictivas análogas a la federal, se encuentran con una desesperanzadora perspectiva. En el estado actual, difícilmente encontrarán conflictos que no puedan ser planteados ante la jurisdicción federal. La ausencia ulterior de sujetos legitimados no ofrece mayores posibilidades. En estos casos, la lista cerrada y tasada, así como la eventual previsión de relaciones subjetivas cumplirán un papel inhibitorio de la jurisdicción local. Excepciones puntuales las constituyen legitimaciones no coincidentes, como el caso de los municipios en Tlaxcala.

## 2. *Legitimación tasada pero inclusiva*

Otra serie más reducida de modelos ha mantenido la lista cerrada y tasada, pero ha ampliado significativamente la lista de sujetos legitimados para entablar las controversias locales. A este sector pertenecen Coahuila (entidades paraestatales, paramunicipales y organismos públicos autónomos); Ciudad de México (organismos constitucionales autónomos y concejo);<sup>28</sup> Sonora (entidades paramunicipales y paraestatales); Naya-

<sup>27</sup> Por cláusula inhibitoria designo a la autoexclusión realizada en las Constituciones o leyes locales, del conocimiento de asuntos competencia del modelo federal de control constitucional.

<sup>28</sup> Ciudad de México ha previsto una hipótesis peculiar en que existe la posibilidad

rit (organismos autónomos); Oaxaca (órganos autónomos); Campeche (paraestatales, paramunicipales)<sup>29</sup> y Morelos (Universidad Autónoma de Morelos).<sup>30</sup>

Los modelos anteriores pueden ser considerados relevantes como antecedente, pues la legitimación local otorgada a los “órganos constitucionales autónomos” precede a la reforma federal que los legitimó en el 2014<sup>31</sup>. Es decir, tenemos un claro caso en que la Federación reconoce tácitamente por la vía de la reforma constitucional la idoneidad de modelos de justicia constitucional local, aunque no hay evidencia empírica suficiente de su funcionamiento.

### 3. *Las fórmulas abiertas*

Fuera de los modelos anteriormente mencionados, existen Entidades Federativas que han optado por legitimaciones abiertas, sea ya utilizando conceptos interpretativos de forma voluntaria o evitando la enumeración tasada de sujetos. Por ejemplo, el artículo 96 de la Constitución Política de Durango dispone que el Tribunal Superior de Justicia resolverá “los conflictos que surjan entre los ayuntamientos y los poderes del Estado”.

Una fórmula similar emplea Sinaloa al disponer en su Constitución que el Tribunal Superior resolverá los conflictos “entre los Poderes del Estado” (artículo 104), opción terminológica que también emplea la Constitución de Querétaro (artículo 70, con cláusula inhibitoria). Morelos también debe

---

de plantear un conflicto entre la persona titular de una Alcaldía y el Concejo de ésta (artículo 36, base C, numeral 2, inciso a).

<sup>29</sup> Resulta sumamente curioso que Campeche considere como sujetos legitimados a entidades Paraestatales y Paramunicipales y, en cambio, no otorgue legitimación a órganos constitucionales autónomos locales con mayores grados de autonomía.

<sup>30</sup> Como se hará alusión con posterioridad, Morelos es un modelo mixto. Emplea un concepto abierto “órgano estatal regulado por esta Constitución”, pero al mismo tiempo hace enumeración de varios sujetos como el Instituto Estatal Electoral y la Universidad Autónoma de Morelos. La diferencia estriba en que, de los dos sujetos mencionados, la Universidad no se subsumiría en el concepto de “órgano regulado por esta Constitución” como sí lo hace el Instituto Electoral. Por tal medida, consideramos que Morelos tiene, en su faceta de lista, la legitimación ulterior de su Universidad Autónoma.

<sup>31</sup> Además, recuérdese que la actual interpretación de la Suprema Corte mexicana no permite que órganos constitucionales autónomos acudan a la controversia constitucional. Véase los recursos de reclamación 76/2016-CA y 28/2015-CA, resueltos por la Suprema Corte.

considerarse poseedor de una fórmula abierta. La legitimación en los conflictos internos en Morelos prevé sujetos como el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística, el Instituto Estatal Electoral y su Universidad Autónoma. Sin embargo, más adelante es el propio texto constitucional el que permite que sea parte de estas controversias “cualquier órgano estatal regulado” por la Constitución<sup>32</sup>.

En esta tesitura, es posible detectar dos modelos distintos de legitimación abierta. Por un lado, se encuentran aquellas Entidades Federativas (Querétaro, Durango y Sinaloa) que han optado por emplear la terminología italiana de “Poderes del Estado”. Por otro lado, se encuentra la original legitimación de Morelos que, a pesar de hacer uso de un listado puntilloso, termina remitiendo al generosísimo concepto de “órgano estatal” para efectos de legitimación. La misma legitimación “poderes u órganos públicos estatales o municipales” está presente en la Constitución de Nuevo León (artículo 95), Sonora con “organismos públicos autónomos” (artículo 166, fracción I, inciso h) y en la de Yucatán, que alude a “órganos de gobierno” (artículo 70.I).

En el primer caso, tenemos que el alcance del término “Poder del Estado” puede ser interpretado y discutido al modo italiano<sup>33</sup>. El camino está abierto a potenciales interpretaciones garantistas. A pesar de la inexistencia formal de una cláusula que se refiera a fracciones que “expresen definitivamente la voluntad” de un Poder del Estado, habrá ocasiones en que sea lógico asumir que tales fracciones podrían utilizar la vía local. Por ejemplo, la función de las Comisiones legislativas locales a la luz de sus competencias reglamentarias o la instalación de comisiones de investigación a petición de una minoría. En estos casos, podemos sostener que, a pesar de no ser el órgano plenario, una minoría puede expresar defini-

---

<sup>32</sup> Nótese que, en ausencia de mención específica, el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística sí podría ser un sujeto legitimado. No así en cambio la Universidad Autónoma de Morelos, que, como se ha señalado en la sección correspondiente, no es un órgano constitucional autónomo ni cumple funciones del Estado-aparato. Ello nos lleva a pensar que la mención de la Universidad como sujeto legitimado es significativa en tanto este sujeto no es, a su vez, subsumible en el concepto interpretativo utilizado posteriormente.

<sup>33</sup> En Italia, el conflicto entre poderes del Estado emplea la terminología “poteri dello Stato”. Ello ha abierto un fuerte debate en que ha sido posible expandir la legitimación interpretando qué órgano puede representar la voluntad del Estado en un momento determinado como muestran Mazziotti (1972: 109) y Bettinelli (1993: 5).

tivamente la voluntad de la Cámara y, por lo tanto, del Poder del Estado correspondiente.

La interpretación podría llevarse más lejos ¿no es sostenible que una fracción del cuerpo electoral sí represente a estos efectos un Poder del Estado cuando se le ha dado competencias en el proceso legislativo en la forma de una iniciativa legislativa popular<sup>34</sup>? Asimismo, la expresión “poderes”, en ausencia de toda connotación triádica, permite también considerar como tales a los órganos constitucionales autónomos de las Entidades Federativas, como por ejemplo las Comisiones de Derechos Humanos. A pesar de que aún no existe material para realizar una valoración empírica del comportamiento de este modelo, las posibilidades interpretativas son naturalmente mayores que en el modelo federal de lista cerrada y tasada. La doctrina italiana bien podría servir de guía inicial en la interpretación del concepto “Poderes del Estado”.

El segundo caso (Morelos, Yucatán y Nuevo León) ofrece igualmente amplias posibilidades, pues requiere para la legitimación la condición propia de órgano en la Constitución estatal. De tal suerte, a la luz de este criterio, es indudable que tendríamos la legitimación arquetípica del Gobernador del Estado –poder ejecutivo- y el Congreso Local –poder legislativo-. Pero de igual modo, calificarían como órganos el Consejo Estatal de Participación Ciudadana, la Comisión local de Derechos Humanos, el Instituto Estatal Electoral, Paraestatales, etc. Es decir, no sólo los órganos constitucionales autónomos podrían potencialmente tener acceso al mecanismo, sino inclusive órganos propios enmarcados en sí dentro de la dinámica jerárquica de los poderes clásicos.

#### IV. LA LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

##### 1. *La legitimación del ejecutivo*

Si el ejecutivo se ha concebido como un sujeto frecuentemente legitimado, las Entidades Federativas darán respuestas distintas a su legitimación, sea ya en la forma (sujeto legitimado) o en la sustancia, llegando inclusive a privarlo de ella. Empero, a este respecto, creemos que la le-

<sup>34</sup> Por ejemplo, el artículo 18.6 de la Constitución del Estado de Querétaro.

gitimación del ejecutivo estatal puede ser útil ante la posibilidad de un ejecutivo con minorías legislativas<sup>35</sup>.

Dejando fuera los controversiales aspectos de la articulación de jurisdicciones, podemos observar que, si bien las minorías políticas conservan legitimación para acudir a la Suprema Corte (artículo 105, II, d, CPEUM) no tiene así esta facultad el ejecutivo de las Entidades Federativas. De tal suerte, en los ordenamientos que a continuación se siguen, encontramos un sujeto legitimado *ex novo* respecto a la Constitución federal.

### A. La legitimación sin ambages: El gobernador del Estado

Anteriormente he sostenido que, en el modelo federal la legitimación del procurador de la República era una vía indirecta de legitimación de Presidencia de la República con una desviación de responsabilidad (Rivera, 2016: 240). Algunos estados habían considerado que la anterior vía indirecta es innecesaria y han consagrado sin ambages una legitimación para el titular del poder ejecutivo. Se ha así innovado sobre el modelo federal porque esta legitimación directa se encontraba establecida previa a la reforma constitucional de 2014 y previo a la entrada en vigor de tal reforma en diciembre de 2018.

Las entidades que directamente otorgan legitimación al ejecutivo estatal son, con sus variaciones terminológicas,<sup>36</sup> Veracruz, Chiapas, Tlaxcala

---

<sup>35</sup> Claro que tal posibilidad podría ser llevada a cabo en la actualidad mediante la controversia constitucional (por ejemplo, impugnando una norma de carácter general), pero la discusión debería versar exclusivamente sobre ámbitos competenciales y no una impugnación de carácter “libre” propia de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

<sup>36</sup> La forma de consagrar dicha legitimación oscila en torno a dos grandes modelos. La expresión directa “Gobernador del Estado” ha sido empleada por Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Estado de México y Oaxaca. Por otro lado, Yucatán y Coahuila han favorecido la expresión “Ejecutivo del Estado” sin que esta elección tenga alguna incidencia real sobre la configuración de la legitimación. Vale la pena apuntalar que Coahuila ha constitucionalizado (artículo 158. I. a) la posibilidad de que el ejecutivo la interponga por sí o por conducto de quien legalmente lo represente. Tal consagración parece ser una respuesta directa a la exigencia citada en el III párrafo del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 CPEUM que podría llevarnos a pensar que la representación, *per se*, es un requisito para la presentación de la demanda. Coahuila ha zanjado la discusión en este aspecto al textualmente dejar en claro que la representación es innecesaria para la presentación de la demanda.

(acotando el objeto a normas municipales, pero no del Estado),<sup>37</sup> Estado de México, Coahuila, Oaxaca, Ciudad de México,<sup>38</sup> Sonora<sup>39</sup> y Yucatán. Con ello no pretendemos sostener que otras Entidades Federativas no contemplen la legitimación indirecta a modo en que anteriormente lo hacía la Constitución federal, punto que será discutido en la siguiente sección.

Pareciera que tal legitimación directa volvería innecesaria la legitimación del Procurador del Estado, pero esto no ha sido siempre así. En efecto, Veracruz, Estado de México, Coahuila y Oaxaca no han visto razones para conceder legitimación al Procurador de la Entidad si ya el ejecutivo es titular de una facultad directa de impugnación. Sin embargo, Chiapas, Sonora (con acotación a la materia penal), Yucatán y Tlaxcala han mantenido la dualidad de sujetos legitimados, coexistiendo la legitimación del Gobernador del Estado con la del propio Procurador.

Chiapas ha acotado ligeramente la facultad de impugnación del Procurador General del Estado a normas expedidas por el Congreso Local. Lo propio ha hecho Coahuila (reforma de 2017) que ha acotado la impugnación a materia penal y procesal penal), mientras que Yucatán ha mantenido irrestricta esta capacidad a su “Fiscal General”. Curioso es el caso de Tlaxcala (al que tendremos ocasión de referirnos en la sección siguiente) que mantiene legitimación al Procurador “en lo relativo a su función”. Esta cláusula puede tener una interpretación más amplia que la limitación federal correlativa a normas procesales penales. Lo relativo a la función del Procurador puede implicar también reivindicación de competencias propias.

Como una valoración general de la configuración directa, podemos establecer que ha sido adecuada (la coexistencia de legitimaciones como en el caso de Tlaxcala no es imputable a la configuración singular del ejecutivo) y es bastante clara respecto a su finalidad. Como se ha sostenido previamente, esta legitimación fortalece al ejecutivo y puede utilizarla

---

<sup>37</sup> Respecto de normas emitidas por el Congreso del Estado, sigue teniendo legitimación el Procurador General de Justicia del Estado, acotado a los asuntos relativos a su función (Constitución de Tlaxcala, artículo 81, fracción III, inciso d).

<sup>38</sup> Por la peculiar denominación en el caso de Ciudad de México, naturalmente la legitimación se consagró a favor de “La o el jefe de gobierno” (artículo 36, base C, numeral 1, inciso a).

<sup>39</sup> Sonora emplea la formulación abstracta “El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien lo represente legalmente”.

como herramienta de control y contrapeso cuando se encuentra en un Congreso local dominado por fuerzas políticas adversas.

B. *La vía indirecta y el juego de las acotaciones:  
El Procurador de Justicia*

A pesar del carácter innovador de la legitimación directa del ejecutivo al que hemos hecho referencia anteriormente, otras Entidades Federativas han juzgado conveniente mantener el modelo federal que existía previo a la reforma de 2014 y lo han reproducido en mayor o menor medida con sus giros terminológicos.<sup>40</sup>

Chiapas, Quintana Roo (contra normas estatales), Nayarit, Nuevo León, Yucatán y Tlaxcala han mantenido la legitimación del Procurador/Fiscal General en la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, de estas Entidades Federativas, como ya se ha mencionado, Chiapas, Ciudad de México, Yucatán y Tlaxcala han legitimado también directamente al ejecutivo de la Entidad Federativa. Podemos así constatar que, al no tener una finalidad indirecta de legitimación al ejecutivo, la legitimación del procurador en tales entidades federativas debe necesariamente conceptualizarse como correspondiente a otra finalidad más tutelar de la función propia que de la constitucionalidad general. Lejos está cualquier procurador de una entidad federativa de ser aquel defensor abstracto con fuertes garantías de independencia que Kelsen (2001: 90) planteaba como potencial titular de una facultad genérica de impugnación.

Por ello podemos propiamente hablar de dos grandes grupos de legitimación procesal constitucional local del procurador de la entidad federativa. Por un lado, el modelo indirecto (a semejanza de la Constitución federal antes de la reforma), se encuentra conformado exclusivamente por Nayarit, Nuevo León y Quintana Roo. En el modelo indirecto, pueden reproducirse las consideraciones sobre responsabilidad política derivada que resultan aplicables al modelo federal.

En el segundo modelo, tenemos las entidades de Chiapas, Ciudad de México, Yucatán y Tlaxcala cuya dualidad de legitimaciones parece pretender fomentar el uso de los mecanismos de control constitucional local

---

<sup>40</sup> Es decir, se emplea ocasionalmente la denominación fiscal general, como Yucatán, u ocasionalmente se mantiene la antigua de procurador general, como en Nuevo León.

al posibilitar que un mayor número de actores tengan acceso a tales mecanismos. Yucatán y Ciudad de México son el ejemplo paradigmático de la dualidad de modelos, pues coexisten sujetos legitimados, ambos sin ningún tipo de restricción. En el caso de Chiapas, tenemos que el Procurador tiene restringida su impugnación a normas generales del Congreso Local, mientras que el Gobernador no tiene una restricción similar. Finalmente, es bastante peculiar el caso de Tlaxcala. En Tlaxcala, tanto el gobernador como el procurador tienen restringido su ámbito de impugnación.

Por último, analizaremos la última de las potenciales posturas frente a la legitimación del ejecutivo en las entidades federativas: la ausencia de ella. Aquí el caso a considerar es Guanajuato que ha sido el más restrictivo de los Estados en configurar la legitimación (sólo ha legitimado a minorías parlamentarias y Comisión de Derechos Humanos). A nuestro juicio, la legitimación del ejecutivo puede resultar bastante útil en tanto es un sujeto no legitimado por la jurisdicción federal, legitimación que sí comparten las minorías de las Entidades Federativas. En Guanajuato, el ejecutivo no tiene una elección optativa y debe acudir, en su caso, directamente a la Suprema Corte cuando proceda plantear una controversia *sub specie legis*.

Como balance general, podemos sostener que la legitimación indirecta del ejecutivo, como en los modelos de Quintana Roo, Nayarit y Nuevo León parece merecedora de un balance similar al federal. Más problemas presentan las Entidades Federativas que han mantenido la dualidad de legitimaciones, pues tal dualidad carece de un propósito claro y firme.

## 2. Las minorías parlamentarias

Las minorías parlamentarias han sido el sujeto legitimado por excelencia en la jurisdicción constitucional local. En cuanto a la determinación de las minorías, todas las Entidades Federativas han seguido un modelo porcentual y no han prefijado el número exacto de diputados para interponer la acción de inconstitucionalidad.

Los porcentajes para acudir a la jurisdicción constitucional local han variado en las distintas entidades federativas. La clásica opción del 33% o de 1/3 del Congreso, a modo del modelo federal, ha sido mantenida por Veracruz, Estado de México, Quintana Roo, Ciudad de México, Nayarit, Yucatán y Guanajuato. Las entidades federativas anteriormente mencionadas mantienen identidad de sujetos respecto a la jurisdicción federal.

Nuevo León es un caso curioso al ser el único sistema a nivel de entidades federativas que no ha establecido constitucionalmente el porcentaje de la minoría que puede impugnar normas.<sup>41</sup> Esta configuración materialmente delegó a la ley reglamentaria los porcentajes minoritarios.<sup>42</sup> Aunque un anteproyecto inicial establecía un porcentaje reducido del 20% en 2009,<sup>43</sup> la Ley Reglamentaria del Artículo 95 de la Constitución de Nuevo León de 2014 terminó empleando el clásico porcentaje de 33% en su versión definitiva (artículo 61).

Las demás Entidades Federativas han reducido los números de la legitimación. Esta reducción del elevado porcentaje que emplea el modo federal es deseable y establece posibilidades ulteriores de impugnación: No todas las minorías con capacidad de impugnación en las Entidades Federativas podrían hacer lo propio en el modelo federal.

Así, Oaxaca ha establecido el 30% de los diputados como sujeto legitimado. Tlaxcala ha disminuido aún más los porcentajes al requerir al 25% del cuerpo legislativo. Coahuila es la Entidad Federativa con el porcentaje más bajo al solicitar el 10% del cuerpo legislativo para impugnar la constitucionalidad de una norma. Tlaxcala, en un toque original, ha consagrado legitimación también para impugnar normas provenientes de ayuntamientos o consejos electorales, a los diputados electos en el distrito respectivo.

Finalmente, de nueva cuenta resalta Sonora por su negativa configuración. No sólo no ha reducido los porcentajes de participación, sino que los ha incrementado a un 35% (artículo 166, fracción II, apartado A, incisos b y c). Esta altísima modalidad de legitimación es absolutamente inexplicable por varias razones. En primer término, juega en contra de la funcionalidad del modelo el incrementar los números mínimos de legitimación. En segundo término, ello es antinatural ante la configuración del congreso local. El congreso de Sonora se compone por 21 diputados por mayoría

---

<sup>41</sup> Literalmente, la Constitución Política de Nuevo León, dispone en el párrafo II de su artículo 95: “Esta acción de inconstitucionalidad podrá ser promovida por los diputados, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del Estado, y por los regidores, tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento, en los términos que determine la ley reglamentaria”.

<sup>42</sup> Sin embargo, tal delegación puede tener un carácter potencialmente problemático al poder vaciar de contenido el citado artículo constitucional. ¿No podría una delegación irracional establecer el porcentaje del 100% de los diputados como mínimo de impugnación?

<sup>43</sup> Véase el *Diario de Debates* núm. 321-LXX1-S.0, segundo periodo, año III, lunes, 25 de mayo: [http://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/pdf/debates/1766.pdf](http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/pdf/debates/1766.pdf).

relativa y 12 diputados por representación proporcional. Es decir, su integración natural es de 33 diputados. Frente a ello, la tercera parte arroja números enteros (11 diputados) mientras que el 35% arroja 11.55 diputados. Es decir, la diferencia es reducida y fraccionaria pero únicamente da pie a complejos debates sobre si el porcentaje debe ser elevado o disminuido en números enteros (es decir, si se requieren 11 diputados o 12). Por tanto, era mucho más sencillo mantener el 33% federal en caso de no querer reducir los porcentajes, que elevarlo a un porcentaje que no sólo no operativita el modelo, sino que tampoco arroja números enteros facilitando la presentación clara de la acción.

### 3. *Comisiones de Derechos Humanos*

Las Comisiones de Derechos Humanos han sido concebidas como sujetos legitimados frecuentes. Lo anterior tiene un aliciente indudable en su legitimación a nivel federal y la consecuente réplica en las Entidades Federativas. Los Estados de Chiapas, Nayarit, Tlaxcala y Estado de México han mantenido la legitimación federal, aunque con un enfoque diverso.<sup>44</sup>

En la doctrina española se ha señalado que la limitación de la legitimación al ámbito competencial (impugnación de normas contrarias a derechos humanos/fundamentales) era una manera sensata de evitar la politización de órganos defensores de derechos humanos (al ceñir el recurso a las competencias propias del sujeto legitimado, como argumentan Díaz (2010: 316) y Torres (2012: 12). Así parecen haberlo entendido Chiapas y Nayarit, al haber acotado la posible impugnación. Las fórmulas utilizadas son diversas. Chiapas legitima al presidente del Consejo Estatal de Derechos Humanos *en el ámbito de su competencia*; expresión que debe entenderse, a nuestro juicio, no sólo referida a los derechos humanos, sino también al funcionamiento orgánico del propio cuerpo (facultad de impugnar una norma por motivos competenciales adversos a la Comisión de Derechos Humanos). De esta forma, podríamos predicar que la redacción de Chiapas sí da pie para que curiosamente se emplee la acción de inconstitucionalidad como una controversia constitucional contra una

---

<sup>44</sup> Coahuila mantuvo históricamente la legitimación, pero terminó por eliminarla en reforma constitucional de 2017.

norma —un conflicto competencial encubierto— mientras que lo anterior sería mucho más difícil en Nayarit, donde la expresión elegida ha sido “en contra de normas generales que vulneren los derechos fundamentales previstos en esta constitución”.

Compleja es la extraña acotación de Guanajuato, introducida en reforma constitucional de 2015, que permite que la comisión local impugne normas únicamente en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales. La acotación es verdaderamente inexplicable. Priva de funcionalidad a un sujeto destinado a cuestionar normativa que vulnere derechos humanos, que ya contaba con la legitimación para impugnar tanto derechos humanos en general como acceso a la información ante la jurisdicción federal, ¿por qué limitar a un sujeto que debería permitirle funcionalidad al sistema?

Sin embargo, existen otras entidades federativas que no han consagrado los límites correspondientes. En esta línea ubicamos a Tlaxcala (legítima a la Comisión) y al Estado de México (legítima a su presidente). En ambos ordenamientos no encontramos ninguna limitación respecto a la materia de impugnación. Por tanto, en Tlaxcala y Estado de México es posible abrir el debate que en España se ha venido mencionando previamente sobre la libre impugnación. No encontramos ni en los textos constitucionales ni en las leyes reglamentarias o iniciativas/exposiciones de motivos, elementos que nos permitan valorar si la ausencia de restricción se debe al deseo explícito de libre impugnación, si ha sido una omisión no deliberada o si se ha presupuesto que la lógica orgánica llevará a la Comisión de Derechos Humanos sólo a impugnar este tipo de leyes.

Nuevamente aquí tenemos la necesidad de una correcta articulación de modelos. Las comisiones de derechos humanos ya se encuentran legitimadas en la jurisdicción federal. Por ello, la ausencia de su legitimación no conduce a un cambio tan drástico en el estado actual de las cosas. El cambio notorio se dará cuando las Constituciones locales hayan reconocido un derecho que no encuentre reconocimiento análogo en la Constitución federal o en un tratado internacional, hipótesis ante la cual es posible recurrir a la jurisdicción local pero no a la federal, si atendemos al propio texto de la CPEUM. Las entidades federativas que sí han concedido legitimación a las comisiones locales, les han permitido optar entre acudir directamente a la Suprema Corte de Justicia o acudir al propio órgano de control local, pero sin cambiar el parámetro de control en materia federal.

También debe considerarse que, si llegase a eliminarse del modelo federal la legitimación de las Comisiones Locales, el debate podría reabrirse acerca de la conveniencia de su legitimación de *lege ferenda* en la vía local.

Otro cambio perceptible en el modelo se presenta respecto al caso de Tlaxcala y Estado de México. Dada la limitación establecida por el multicitado artículo 105, II, g), las comisiones en Tlaxcala y Estado de México podrían decidir, en casos marginales, acudir ante el órgano de control local para impugnar una norma que no tenga relación con derechos humanos. En este caso, la única vía sería la jurisdicción constitucional local, a efectos de evitar las objeciones sobre la ausencia de conexión con derechos humanos.

#### 4. *La legitimación de los partidos políticos estatales:* *¿Una acrítica traslación?*

Un sujeto que ha aparecido con mucha menor frecuencia en la jurisdicción constitucional local son los partidos políticos locales. De los sistemas de justicia constitucional en comento, sólo Tlaxcala, Sonora, Ciudad de México y Coahuila han consagrado su legitimación.

La razón de que sean un sujeto poco frecuente en la legitimación procesal local proviene del propio artículo 105 constitucional, reformado en 1996 para sostener que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en el propio artículo 105. Sin embargo, a pesar de que una lectura rápida del precepto nos podría indicar una exclusión de todo control electoral por instancia distinta, la solución no es tan sencilla. Es obvio que cuando la Constitución federal se refiere a la “*no conformidad de leyes electorales a la Constitución*” se refiere a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aquí es cuando podemos encontrar un punto de articulación entre las dos jurisdicciones. Una interpretación posible es entender que lo que prohíbe el multicitado 105 es que la jurisdicción constitucional local controle la constitucionalidad de las normas locales tomando como parámetro el texto federal. Ciertamente es que la amplitud de los principios constitucionales genera que de una u otra manera se puedan encajar en su seno distintas violaciones a la normativa local, pero ello no descarta casos marginales en que una potencial regulación casuística de una Entidad Federativa plantee una

violación a la Constitución local que no es, a su vez, una violación a la Constitución federal.

De otro modo, si concebimos que la restricción planteada en el artículo 105 es absoluta (postura bastante extendida), debemos entender que la legitimación en Tlaxcala y Coahuila no produce efectos reales en materia electoral puesto que la normativa electoral debe analizarse en exclusiva por la jurisdicción federal. Guanajuato y Quintana Roo parecen ser partícipes de esta postura, al haber establecido en sus respectivos ordenamientos limitaciones textuales al conocimiento de la materia electoral.

Así, los partidos políticos, igualmente legitimados en la Constitución federal, deberán acudir a la Suprema Corte y no al órgano de control local. Incluso bajo esta postura, la diferente configuración de Coahuila respecto a Tlaxcala nos daría hipótesis de posible impugnación. Mientras que en Tlaxcala se ha configurado una legitimación “en asuntos de materia electoral”, Coahuila no ha establecido restricción alguna. Se produce así la particular situación de que, a diferencia del modelo federal, los partidos no tienen en Coahuila restringida la posibilidad de impugnar normas no electorales. Por tanto, aún ante la interpretación restringida de considerar que la Constitución federal sólo permite impugnar normas electorales a través de la acción de inconstitucionalidad federal, los partidos políticos en Coahuila (y no sólo los locales) pueden, siempre en teoría, invocar cualquier motivo de inconstitucionalidad e impugnar cualquier tipo de norma.

Creemos que el modelo de Coahuila no fue diseñado con la intención de darle una facultad irrestricta de impugnación a los partidos políticos. Tales entidades no son órganos de suficiente peso ni de imparcialidad garantizada como para ser considerados el *Hütter der Verfassung* kelseniano y la facultad de la que son ingenuamente provistos acarrea la posibilidad de un desequilibrio político. Piénsese que tal concepto cambia el entendimiento de la legitimación del 10% de los integrantes del Poder Legislativo que con tanta generosidad estableció Coahuila. ¿Por qué Coahuila configuraría una legitimación tan generosa en materia de minorías parlamentarias para inmediatamente volverla innecesaria legitimando *in toto* a los partidos políticos? La inocente omisión de Coahuila nos conduce a la paradoja de que todo partido político (sin importar si no es capaz de alcanzar el porcentaje minoritario para impugnar) puede utilizar la acción de inconstitucionalidad. Curiosamente, la única hipótesis en donde las fracciones b) y f) no serían coincidentes, se produce cuando el 10% del cuerpo legislativo que

desea impugnar no pertenece a un partido político (por ejemplo, derivados de candidaturas independientes, o de diputados sin partido, lo que es una hipótesis marginal).

### 5. *Legitimaciones locales peculiares*

Hemos analizado las legitimaciones frecuentes en la acción de inconstitucionalidad local. Quedan, sin embargo, por mencionar la existencia de legitimaciones peculiares. Por un lado, Coahuila, Ciudad de México, Oaxaca, Sonora y Yucatán conceden legitimación a sus órganos constitucionales autónomos. Por otro lado, Tlaxcala concede legitimación a las universidades.

En el primero de los casos, la legitimación se ha concedido al “organismo público autónomo” (Coahuila y Yucatán), a “los órganos autónomos del Estado” (Oaxaca) o a los “organismos públicos autónomos” (Sonora), legitimación que encuentra una mención histórica en Quiroz (2006: p. 129). Por su parte, Ciudad de México legitima a “cualquier organismo constitucionalmente autónomo”. Yucatán, Ciudad de México y Oaxaca han establecido acotaciones a la función de los órganos autónomos de las normas impugnadas. Sin embargo, Coahuila y Sonora han omitido establecer una limitación del objeto impugnatorio, por lo que consideramos que, en tal ordenamiento, la impugnación es libre. Es decir, es innecesario demostrar que impugnan normas relacionadas con sus funciones. Para el caso de Coahuila, debe reputarse negativa la posibilidad de que la impugnación no se encuentre sujeta a una materia concreta. La falta de límites a la legitimación de los órganos constitucionales autónomos puede acarrear los riesgos de la politización de sus impugnaciones. Aquí (Coahuila) la legitimación resulta más peculiar dado que, como hemos señalado anteriormente, los organismos públicos autónomos gozan ya de legitimación en la controversia constitucional local. La posibilidad de plantear una controversia constitucional *sub specie legis* ya ofrecía un mecanismo de defensa del régimen competencial de cada órgano constitucional autónomo. Por tanto, la ulterior legitimación en la acción de inconstitucionalidad no tiene tintes competenciales.

Si la legitimación de los organismos constitucionales autónomos suscita ya fuertes dudas en la acción de inconstitucionalidad, más aún lo es la opción de legitimar a las universidades. En el caso de normas de la entidad

federativa, Tlaxcala ha legitimado expresamente a la Universidad Autónoma de Tlaxcala y en el caso de normas provenientes de un ayuntamiento o consejo municipal, a cualquier universidad pública. Se ha convertido, así, en la única entidad federativa en establecer este tipo de legitimación (cuya regulación no se aborda en su ley orgánica). Debe entenderse que la impugnación debería hacerse, en su caso, a través del consejo rector, su máximo órgano.

Debemos calificar a esta legitimación, cuando menos, como peculiar e imaginativa. Las Universidades no pertenecen formalmente al Estado-aparato ni se desempeñan como defensores de derechos fundamentales como sí lo hacen las comisiones de derechos humanos. Por tanto, la razón subyacente a su legitimación no es en definitiva ni la vindicación de competencias propias, ni la defensa de derechos humanos —no por lo menos en lo que atañe a su función—. Puede argumentarse, en cambio, que las Universidades, como centros de investigación y docencia pueden aportar ulteriores motivos de inconstitucionalidad por la cualificación especial de sus académicos. Empero, tal legitimación puede precisamente producir un turbio panorama politizado en centros que deben destacarse precisamente por la búsqueda de conocimiento fuera de toda consideración política. No debe descartarse el hecho de que, en la actualidad, se produce también una interesante relación entre los académicos y las comisiones de derechos humanos, tanto a nivel federal como a nivel local. Ello nos lleva a sostener que la legitimación de las Universidades no es imprescindible para aportar *razones académicas* en el debate constitucional. También parece inconsistente la distinción entre el ámbito territorial de validez de las normas que las distintas Universidades pueden impugnar. Así, mientras la Universidad de Tlaxcala puede impugnar normas estatales, las demás Universidades sólo pueden hacerlo respecto a normas de un ayuntamiento o cabildo municipal.<sup>45</sup> No existe una razón que justifique la distinción.

A pesar de que una acción popular puede despertar recelos a nivel federal, ésta podría tener cabida a nivel local con un diseño cuidadoso. El marco comparativo alemán y la *popularklage* del *Land* de Baviera demuestran que, en ciertas circunstancias, la acción popular puede resultar funcional

---

<sup>45</sup> Aunque podría pensarse que en realidad se han establecido dos ámbitos separados de impugnación, la Universidad de Tlaxcala sí podría impugnar normas de un Ayuntamiento o Cabildo Municipal porque calificaría bajo la expresión de “cualquier Universidad pública del Estado”.

y otorgar una amplia garantía a la Constitución sin necesariamente generar una congestión de procesos. La decisión, sin embargo, sigue perteneciendo enteramente a las Entidades Federativas y la opción consciente de otorgar legitimación sólo a actores de naturaleza institucional no resulta incongruente ni criticable. Dado el pluralismo del Estado Federal mexicano, podría ser interesante a futuro valorar el comportamiento de tales acciones populares que, potencialmente, podrían encontrar amoldamiento en los modelos locales.

Sólo dos modelos parecen haberse potencialmente decantado por esta posibilidad Coahuila (indirectamente) y Ciudad de México (directamente). En el caso de Coahuila sostuvimos que su artículo 158 constitucional consagra una especie de legitimación indirecta a cualquier ciudadano empleando de intermediario al órgano protector de derechos humanos. La práctica parece haber demostrado que la comisión local no actúa como un simple receptor y ejecutor de la petición, sino que analiza *motu proprio* los méritos de la propuesta. Finalmente, el ejercicio último de la legitimación recae en ésta. Cuestión distinta es la Ciudad de México que establece sin ambages una *popularklage* pero de configuración defectuosa.

El artículo 36, apartado C, numeral 1, inciso f de la Constitución de la Ciudad de México confiere legitimación a “la ciudadanía que considere afectados sus derechos por la vigencia de dicha ley, siempre que la solicitud cuente con al menos cinco mil firmas de las personas inscritas en la lista nominal de electores de la ciudad”. Este requisito no es modulado en la Ley de la Sala Constitucional de la Ciudad de México, cuyo artículo 80, fracción VI reproduce textualmente la redacción constitucional.

La legitimación, por tanto, contiene dos elementos esenciales,<sup>46</sup> a) número directo de legitimación, y b) afectación alegada. Así, en primer término, se establece la necesidad de conseguir 5,000 firmas. Tal requi-

---

<sup>46</sup> No nos referimos, naturalmente, a otros elementos de la acción. Por tanto, no me adentro en el debate de si la redacción permite o no impugnar normas publicadas pero que no hayan entrado en vigor (hipótesis claramente permitida a nivel federal y que ha ocurrido en la práctica como en la AI 25/2016 y sus acumuladas). Para un comentario sobre ello Herrera y Rivera (2017). Así, dado que se requiere que los ciudadanos se sientan afectados “por la vigencia de la ley” es válido cuestionarse si una interpretación formalista *a posteriori* no restringirá la impugnación preconditionándose a la validez de la norma. Dada la forma de computar la oportunidad éste no parece que sea el caso pues el plazo sigue corriendo a partir de la publicación y promulgación de la norma (artículo 36 de la Constitución, apartado B, numeral 1, inciso c y artículo 79 de la Ley de la Sala Constitucional).

sito se expresa en un número directo y no en un porcentaje, lo que al menos facilita que el número no se incremente conforme se incremente la población de la Ciudad de México. Para un modelo de legitimación procesal local como Ciudad de México, el número parece ser aún bastante alto. Empero, dada la densidad poblacional de la Ciudad de México, esta valoración variaría si estuviésemos en presencia de un modelo nacional. Piénsese que la población de Austria (poco menos de 9 millones) es similar a la de la Ciudad de México (igualmente, poco menos de 9 millones si no se toma en cuenta la zona conurbada y la población flotante). Sin embargo, las condiciones de acceso difieren si tomamos en cuenta la ya existencia de una jurisdicción federal y la intención consecuente de los constituyentes locales de presumiblemente potenciar el uso de la justicia constitucional local.

Por otro lado, también debe considerarse limitativo que tales ciudadanos únicamente puedan ser contabilizados entre los inscritos en la lista nominal<sup>47</sup> y no entre los residentes de la ciudad. Pareciera que el constituyente capitalino asocia el control constitucional con la participación política, pues usualmente referéndums o apoyo ciudadano tiene como prerequisite la inscripción al listado nominal. Empero, el control constitucional abstracto no parece que tenga asociada esta forma de participación, sino más bien el deseo de control constitucional de la norma cuya única acotación específica razonable pareciera ser la residencia en el ámbito de validez de la norma.

Ello nos lleva al segundo elemento cuya formulación es innecesaria. Dado que nos encontramos en un mecanismo de control abstracto normativo, no parece técnicamente correcto que se haya establecido a la afectación considerada como un elemento de la formación de legitimación. Sobre ello habría dos hipótesis potenciales.

En primer término, podríamos considerar una hipótesis rígida en que se solicitase a cada uno de los firmantes acreditar, al menos indiciariamente, la alegada afectación de la norma (i.e., demostrar la conexión de la norma con su esfera jurídica). Ello implicaría crear un mecanismo para eliminar firmas individuales que no cumplan el requisito. Dado que la Ley de la Sala Constitucional de la Ciudad de México no añade requisitos,

---

<sup>47</sup> El actual listado nominal, a 20 de septiembre de 2019 consta de 7,601,174. Datos Oficiales del Instituto Nacional Electoral (INE). Disponible en <https://bit.ly/2wqDwib> (última consulta 30 de septiembre de 2019).

parece que esta opción ha sido afortunadamente descartada. Por otro lado, una segunda hipótesis —la adoptada por la norma— consideraría al requisito como meramente formal. Tomando en cuenta el verbo empleado “considerere” afectados sus derechos, podría interpretarse que el requisito es únicamente de apreciación interna<sup>48</sup>. Por tanto, a efectos de ambas hipótesis y dada la naturaleza abstracta de la acción de inconstitucionalidad, resultaba de mayor coherencia en el diseño del modelo de control local el simplemente haber omitido la afectación considerada y sin ambages establecer la legitimación directa de un grupo de personas, sin importar si resienten o no una afectación.

En ese sentido, sólo un análisis empírico posterior, imposible en este caso, demostrará si efectivamente se posibilitó un verdadero mecanismo de impugnación, o si los números resultaron demasiado gravosos en la conformación del grupo legitimado.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente artículo se ha argumentado que el establecimiento de modelos de justicia constitucional local debe considerarse positivo en tanto muestra un cambio del concepto de Constitución local hacia una visión normativa y un fortalecimiento del federalismo.

En esa tesitura, existen otros modelos federales, como el alemán, que han logrado con éxito mantener sistemas de justicia constitucional local. Este modelo se basa en los principios de subsidiariedad y colaboración de jurisdicciones, la previsión de la posibilidad de la existencia de modelos desde la Constitución federal, la demarcación de zonas propias de la juris-

---

<sup>48</sup> Algo similar ocurre con el artículo 5º de la Ley de Amparo, que define al quejoso, parcialmente, como quien “aduzca” la titularidad del derecho subjetivo o el interés legítimo individual o colectivo. La forma del verbo “aducir” no implica la plena demostración de la titularidad, lo que constituye un objeto del fondo del asunto (Sánchez, 2016: p. 95). Sin embargo, la cuestión difiere a pesar de la formulación similar, pues la Ley de Amparo sí consagra como causal de improcedencia la ausencia de tal interés (fracción XII del artículo 61 de la Ley de Amparo). Ello ha llevado a la Corte a hablar de una existencia “indiciaria” (por ejemplo, en la tesis 1a. CXXIII/2013 (10a.) de la Primera Sala). Ello no es aplicable analógicamente a este caso de legitimación popular en el que, a nuestro juicio, la simple firma que denota el consentimiento para formar parte del grupo que impugna la norma, debe implicar en consecuencia también, el cumplimiento del requisito de considerar resentir la afectación enunciada por la norma.

dicción constitucional local y la tendencia a la legitimación de ulteriores sujetos o reducción de los requisitos de sujetos análogos a los legitimados a nivel federal. Esta experiencia es útil a modelos federales como el mexicano que desean establecer una jurisdicción constitucional local.

A *contrario sensu*, la falta de un principio de subsidiariedad/colaboración de jurisdicciones en algunas materias (que deriva en la falta de una zona exclusiva de la jurisdicción constitucional local) así como la falta de la definitividad de sus decisiones, ha dado por consecuencia directa la inestabilidad de los modelos y su falta de consolidación. En los modelos locales se aprecia una tendencia clara a la duplicidad de legitimaciones y la reproducción de la legitimación a nivel federal. Sin embargo, varias Entidades Federativas han empleado modelos abiertos en controversias constitucionales, han incluido mayores sujetos legitimados en ambos procedimientos, disminuido los porcentajes de las minorías parlamentarias y ofrecen algunos ejemplos interesantes en que se produce duplicidad de legitimación, pero no de ámbitos impugnatorios. En este punto, conviene recordar también que es posible que sujetos no legitimados en los mecanismos de control constitucional local, controviertan ante la jurisdicción federal las decisiones tomadas en los mecanismos locales.

Una inadecuada articulación puede generar una compleja esfera gris en la que las disputas se inicien localmente, pero cuyos actores políticos inconformes con las decisiones intenten “escalar” al Poder Judicial de la Federación tales mecanismos y vía amparo, u otras vías procesales, se erija el poder judicial federal en un mero revisor. Esta temática desborda los alcances de este trabajo, pero resulta necesario realizar sobre ella una mayor investigación si es que pretendemos encontrar un diseño coherente de modelos articulados.

Aunado a lo anterior, debe apuntarse que un modelo de justicia constitucional local funcional precisa, necesariamente, un blindaje fuerte en materia de independencia judicial. Esto es, no sólo es necesario establecer un adecuado deslinde de jurisdicciones, sino que debe ofrecerse a la jurisdicción local un revestimiento de garantías orgánicas suficientes que la protejan contra intentos ilegítimos de intromisiones. El debate que con frecuencia se da respecto a la eliminación del amparo por la pretendida “ineficacia” de la jurisdicción local, tiene plena cabida cuando se concibe a ésta como garante último de la Constitución local. Es necesario diseñar poderes judiciales locales sólidos en que los ejecutivos o parlamentos lo-

cales tengan una menor injerencia sobre los juzgadores, lo que permita que se erijan en árbitros de conflictos políticos de manera definitiva.

La valoración de la legitimación a nivel local es demasiado compleja de realizar si antes no se hace una clara articulación de modelos. En ausencia de una articulación precisa, la duplicidad de controles y legitimaciones dará como resultado modelos locales cuyo desempeño empírico es incapaz de servir de base para análisis concluyentes.

Para resolver el problema de la articulación hay dos grandes posibilidades. Una reforma constitucional federal que cree una articulación idónea e indisputada de modelos (Coello, 2006: p. 347) o una jurisprudencia tópica que fije lentamente criterios de deslinde. Sólo con posterioridad podría emitirse una evaluación precisa de la legitimación en las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales en los modelos locales.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- ARTEAGA, E. (2002). La Constitución local y su defensa. En FERRER MAC-GREGOR, E. y VEGA, R. (coords.). *Justicia constitucional local*. Querétaro: Fundap.
- ASTUDILLO, C. (2006). La justicia constitucional local en México: presupuestos, Sistemas y Problemas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 115.
- BENDA, E. y KLEIN, E. *et al.* (2010). *Verfassungsprozessrecht*. Munich: C.F. Müller.
- BETTIENELLI, E. (1993). Qualche osservazione controcorrente sul valore non definitivo delle ordinanze di ammissibilità dei ricorsi relativo ai conflitti di Attribuzione tra i Poteri dello Stato. En ANZON, A. y CARAVITA, B. (eds.). *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turín: Giappichelli editore.
- BOHN, B. (2010). *Verfassungsprozessrecht der Popularklage*. Berlín: Duncker & Humoldt.
- BURMEISTER, J. (1983). Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 3 GG. En STARCK, C. y KLAUS, S. *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

- BUSTILLOS, J. (2009). La realidad de la justicia constitucional local mexicana en el siglo XXI?. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 21.
- BUSTILLOS, J. (2013). Amparo federal vs. Amparo local: la incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal. *Reforma Judicial*, núm. 15-16.
- COELLO, R. (2006). Definitividad de las resoluciones de los medios de control de la constitucionalidad competencia de los tribunales locales. En GONZÁLEZ, M. & FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.). *La justicia constitucional en las entidades federativas*. México: Porrúa.
- COELLO, R. (2008). Articulación de los medios de control de la constitucionalidad nacionales y locales. En FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo III*. México: IJJ-UNAM.
- DÍAZ, M. (2010). Defensor del Pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 26.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2003). Hacia un derecho procesal constitucional local en México. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- FIGUEROA, G. (2013). La giustizia costituzionale locale in Messico. En BAGNI, S. (ed.). *Giustizia Costituzionale Comparata*. Bolonia: Bolonia University Press.
- FINKELBURG, K. (2008). Auch ein langer Weg: Die Entstehung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Berlin. En AA.VV. *Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht*. Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut.
- GRÖPL, C. y WINDTHORST, K. et al. (2013). *Grundgesetz Studienkommentar*. Munich: C.H. Beck Verlag.
- HAAS, M. (2006). *Der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen*. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- HALLE, M. (2004). Landesverfassungsgericht. En Kilian, M. *Verfassungshandbuch Sachsen-Anhalt*. Baden-Baden: Nomos.
- HECKER, W. (2002). *Hessisches Landesrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- HERRERA, A. y RIVERA M. (2017). La Suprema Corte y su candado a la legitimación en la acción de inconstitucionalidad. *Nexos*. México.

- HEUSCH, A. (2010). Artikel 75. Kommentar. En HEUSCH, A. y SCHÖNENBROICHER, K. *Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar*. Siegburg: Verlag Reckinge.
- HEYDE, W. (1983). Überblick über die Verfahren vor de Landesverfassungsgerichten mit Tabellen über die Häufigkeit der Verfahren. En STARCK, C. y KLAUS, S. *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- HÜCKSÄDT, G. (2008). Zwölf Jahre Verfassungsgerichtbarkeit in Mecklenburg-Vorpommern. En AA. VV. *Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht*. Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut.
- HÜPPER, G. (2010). *Der Staatsgerichtshofs des Landes Niedersachsen: Institution und Entscheidungstätigkeit seit Gründung*. Baden-Baden: Nomos.
- JOHANN, P. (2000). *50 Jahre Landesverfassung Nordrhein-Westfalen*, Düsseldorf: Rheinland-Verlag GmbH.
- JUTZI, S. (2005). Staats- und Verfassungsrecht. En LEY, R. & SIEGFRID, J. (coords.). *Staats- und Verwaltungsrecht für Rheinland-Pfalz*. Baden-Baden, Nomos.
- JUTZI, S. (2013). Artikel 80. Kommentar. En Linck, J. y Baldus, M. *et al* (coords.), *Die Verfassung des Freistaats Thüringen*. Baden-Baden: Nomos.
- LINDNER, J. (2011). *Bayerisches Staatsrecht*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag.
- LÖSING, N (2002). La doble jurisdicción constitucional en Alemania. En FERRER MAC-GREGOR, E. y VEGA, R. (coords.). *Justicia constitucional local*. Querétaro: Fundap
- MAZZIOTTI, M. (1972). *I Conflitti di attribuzione fra i poteri dello stato*. Milán: Giuffrè.
- MÜLLER, K. (2005). *Verfassung des Landes Thüringen: Ein politisch-juristisches Lesebuch nach Art eines Kommentars*. Neukirchen-Vluyn: Verlag für Ausbildung und Verwaltung.
- PEGORARO, L. (2017). Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional. En ESTUPIÑÁN, L. *et al*. *Tribunales y justicia constitucional*. Bogotá: Universidad de Bolonia.

- PIEROTH, Bodo (2002). Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof. En AA. VV. *Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen*, Leipzig: Richard Boorberg Verlag.
- QUIROZ, C. (2006). La justicia constitucional local. En FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) *La justicia constitucional en las entidades federativas*. México: Porrúa.
- RINKEN, A. (1991). Staatsgerichtshof. En Kröning, V. & Pottschmidt, G. *et al. Handbuch der Bremischen Verfassung*. Baden-Baden: Nomos.
- RÍOS, L. (2001). La garantía jurisdiccional de la constitucionalidad local. En GONZÁLEZ, M. y CIENFUEGOS, D. (coords.). *Estudios de derecho constitucional local*. Saltillo: Editorial Laguna.
- RIVERA, M. (2015). Las otras Constituciones: el constitucionalismo local en la encrucijada de la reforma constitucional. En ANDREWS, C. (ed.). *Miradas a la historia constitucional de México*. México, CIDE/CESOP.
- RIVERA, M. (2016). *Las puertas de la Corte*. México: Porrúa.
- RIVERA, M. (2017). Artículo 105. En COSSÍO, J. (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. México: Tirant lo Blanch.
- SACCO, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 2.
- SÁNCHEZ, R. (2016). Las partes en el juicio de amparo. En Cossío, J. (coord.) *La nueva ley de amparo*. México: Porrúa.
- SCHNEIDER, H., (1999). Entlastung des Bundesverfassungsgerichtes durch Ausbau oder Umbau der Landesverfassungsgerichtsbarkeit. En BOGS, H. (coord). *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden: Nomos.
- SOMMA, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Madrid: Universidad Carlos III.
- STARCK, C. y KLAUS, S. (1983). *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- TORRES, I. (2012). La legitimación en los procesos constitucionales en España. En NIEMBRO, R. y POMED, L. *et al.* (coords.). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. México: Porrúa.
- URIBE, E. y MONTES, A. (2011). Notas sobre un federalismo renovado en México y su vinculación con la justicia constitucional local para la

garantía de los derechos fundamentales, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, 267-291.

WAACK, H. (2008). Der lange Weg Schleswig-Holsteins zu einem eigenen Landesverfassungsgericht. En AA. VV. *Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht*. Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Principio constitucional de la libre competencia

### Constitutional principle of free competition

Recepción: 14 de enero de 2020

Aceptación: 6 de agosto de 2020

Vladimir RODRÍGUEZ CAIRO\*

**RESUMEN:** La investigación examinó el contenido jurídico y económico de la libre competencia. El nivel del estudio fue descriptivo y la técnica de investigación la documentación. De este modo, se fundamentó la competencia como orden espontáneo y se analizó la trascendencia del principio constitucional de la libre competencia y su protección legal. El principal hallazgo del estudio es que, si bien el Tribunal Constitucional desarrolla el papel de los precios en la economía, no lo considera como elemento constitutivo de la libre competencia; tampoco a las ganancias libres. Se concluyó que, desde la incorporación del principio de la libre competencia en la Constitución económica peruana de 1993, existe un mandato expreso para que el Estado facilite la libre competencia contemplando sus cinco elementos constitutivos, y consiguientemente, vigile que no se cometan excesos ni se pon-

**ABSTRACT:** *The investigation examined the legal and economic content of free competition. The level of the study was descriptive, and the research technique was documentation. In this way, competition was founded as a spontaneous order and the significance of the constitutional principle of free competition and its legal protection was analyzed. The main finding of the study is that, although the Constitutional Court develops the role of prices in the economy, it does not consider it as a constitutive element of free competition, neither to free earnings. It was concluded that, since the incorporation of the principle of free competition in the Peruvian economic Constitution of 1993, there is an express mandate for the State to facilitate free competition, contemplating its five constituent elements, and consequently, watch that excesses are not committed or put obstacles, and penalize abuses that are contrary to free competition.*

---

\* Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Perú. Doctor en derecho y ciencia política por la UNMSM. Correo electrónico: [vrodriguez@unmsm.edu.pe](mailto:vrodriguez@unmsm.edu.pe) ORCID: 0000-0001-9971-0405.

gan trabas, y se sancionen los abusos que sean contrarios a la libre competencia.

**Palabras clave:** libre competencia; orden espontáneo; principio del régimen económico constitucional; bienestar.

**Keywords:** *free competition; spontaneous order; principle of the constitutional economic regime; welfare.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamentación de la libre competencia.* III. *Antecedentes de la libre competencia en las constituciones peruanas del siglo XX.* IV. *Positivización del principio de la libre competencia en la Constitución económica peruana de 1993.* V. *Interpretación del principio de la libre competencia según el Tribunal Constitucional peruano.* VI. *Falla de la competencia, poder de mercado y protección legal de la libre competencia.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de la libre competencia forma parte del conjunto de normas constitucionales principio que orientan el modelo económico constitucional peruano y, por tanto, la vida económica del país. “Las normas constitucionales principio tienen una aplicación generalizada y permanente en todo el derecho del Estado” (Rubio, 2013, p. 58). De manera que, la libre competencia es una norma constitucional principio que constituye el criterio orientador para que la competencia opere de la manera más beneficiosa posible y permita lograr el bienestar de los que participan en un intercambio.

Ahora bien, la Constitución económica peruana dispone que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Es así que la libre competencia es uno de los principios generales del régimen económico constitucional peruano. En ese sentido, desde su incorporación expresa en 1993, la libre competencia ha contribuido al buen funcionamiento de los mercados. Siendo así, al ser uno los principios fundamentales de una economía de mercado, se basa en la libre concurrencia de la oferta y la demanda, la actuación libre dentro del mercado, el sistema de precios libres y las ga-

nancias también determinadas libremente, esto es, productores y consumidores concurren al mercado en igualdad de condiciones, de tal manera que los más eficientes tienen la posibilidad de hacer mejores intercambios en el mercado. Razón por la cual, el Estado debe orientar sus esfuerzos para lograr un mejor funcionamiento de los mercados evitando que se cometan excesos y se pongan trabas a la libre competencia.

Cabe precisar que uno de los grandes aportes de Hayek, fue sin lugar a duda, su teoría sobre la autogeneración de diversos órdenes espontáneos, como el trueque, el mercado, la competencia, la sociedad, entre otros. En efecto, fue el pionero en la elaboración de una teoría del orden espontáneo de la competencia. Para él, la competencia es un proceso de descubrimiento a través del cual el sistema de precios sólo cumplirá su función si prevalece la libre competencia. En ese sentido, la competencia constituye un orden espontáneo que se caracteriza porque los individuos pueden elegir libremente, dentro de ciertos límites, los medios y los fines de sus actividades. En esa misma línea, Kirzner sostiene que la competencia es un proceso activo y no una situación exenta de actividad competitiva.

Así, para Rothbard (2013: 157), “en el mundo de la producción, el mercado libre puede calificarse como de libre competencia o entrada, para significar que en una sociedad libre todo el mundo tiene libertad para competir y producir en cualquier terreno que elija”. Además, “la libre competencia es la aplicación de la libertad al ámbito de la producción: libertad de comprar, vender y transformar los propios bienes sin intromisión violenta de ningún poder externo”. Desde tal perspectiva, “la expresión libre competencia resultará, pues, equívoca a menos que se interprete como que significa libertad de acción, es decir, libertad para competir o no competir, según sea la voluntad de los individuos” (Rothbard (2013: 158 y 159).

Definitivamente, “la regla general será que los agentes del mercado actúen en el marco constitucional de libre competencia; sin embargo, existirán supuestos en los cuales el Estado deberá intervenir mediante la regulación para corregir determinadas fallas de mercado” (Tassano, 2016: 108). Desde luego, la protección constitucional de la libre competencia, así como las normas de menor jerarquía o una combinación de ambas, son formas de intervención estatal en los diversos mercados orientadas a corregir la falla de la competencia, vinculada a los tipos de imperfección del mercado: monopolio, oligopolio, competencia monopolística, monopsonio, oligopsonio.

Dentro de este contexto, el estudio busca responder a la siguiente interrogante: ¿Cuál es el contenido jurídico y económico del principio constitucional de la libre competencia? Así, el objetivo de la presente investigación fue examinar el contenido jurídico y económico del principio constitucional de la libre competencia.

## II. FUNDAMENTACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Competencia como orden espontáneo*

La competencia es un proceso mediante el cual se despliega la rivalidad o contienda entre dos o más individuos que buscan un fin específico, producto de las acciones humanas que individualmente implica optar y procurar alcanzar un fin (revertir el estado de necesidad o insatisfacción). En el proceso de la competencia, la rivalidad se presenta fundamentalmente entre las empresas cuando tratan de captar clientes o entre los consumidores cuando desean adquirir bienes y/o servicios.

La libre competencia entre los individuos es la institución reguladora del mercado. Es así que, “al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él (individuo) busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos” (Smith, 2011: 554). Del mismo modo, contempla que entre las legítimas tareas del gobierno estaba el de lograr abundancia y abaratamiento, promoviendo la mayor competencia posible en todos los mercados.

Bajo el enfoque de Hayek, la competencia es considerada como un procedimiento para descubrir hechos que, de no recurrir a ella, serían desconocidos para todos o, por lo menos, no serían utilizados.

Baste esto para indicar a qué clase de conocimiento me refiero cuando califico a la competencia como “un método de descubrimiento”. Se podrían añadir aún muchas cosas para revestir esta descarnada afirmación en orden a mostrar toda su importancia práctica. Pero debo contentarme con aludir brevemente a lo absurdo del procedimiento habitual consistente en iniciar el análisis con una situación en la que se supone que todos los hechos son conocidos. Es esta una situación que la teoría económica llama curiosamente “competencia

perfecta”. No deja espacio alguno a la actividad llamada competencia, que se supone ha cumplido ya su tarea (Hayek, 2015: 231).

Esto quiere decir que, la competencia es un proceso de descubrimiento que proviene de las acciones humanas individuales, y como tal, se basa en un orden espontáneo que se descubre o autogenera a través del ensayo y el error. Mediante este proceso los individuos pueden elegir libremente, dentro de ciertos límites, los medios y los fines de sus actividades. Es un proceso que nadie controla —que carece de finalidad concreta— y cuyo resultado en gran parte es imprevisible.

Debe enfatizarse que, este proceso de descubrimiento implica que las empresas rivalizan entre sí por captar más clientes, y al hacerlo tratan de ofrecer los bienes y/o servicios que éstos desean al menor precio posible. De igual manera, los consumidores también contienden entre ellos mismos por disponer de los bienes y/o servicios que son ofrecidos a un precio determinado. Por ello, la interacción entre ofertantes y demandantes determina el precio de mercado.

Igualmente, “la competencia hay que enfocarla como un proceso a través del cual la gente adquiere y transmite conocimiento” (Hayek, 2014, p. 436). Por tanto:

La competencia, si no se la obstaculiza, tiende a crear una situación en la que, en primer lugar, se producirá todo bien que se desea producir y vender provechosamente a un precio que los consumidores prefieren a otras alternativas disponibles; en segundo lugar, todo bien será producido por individuos que saben producirlo por lo menos tan económicamente como los que no se ponen a producirlo; en tercer lugar, todo se venderá a precios inferiores o a lo sumo iguales a aquellos a los que lo venderían quienes de hecho no se han puesto a venderlo (Hayek, 2014: 411).

## 2. *Competencia y dimensiones del mercado*

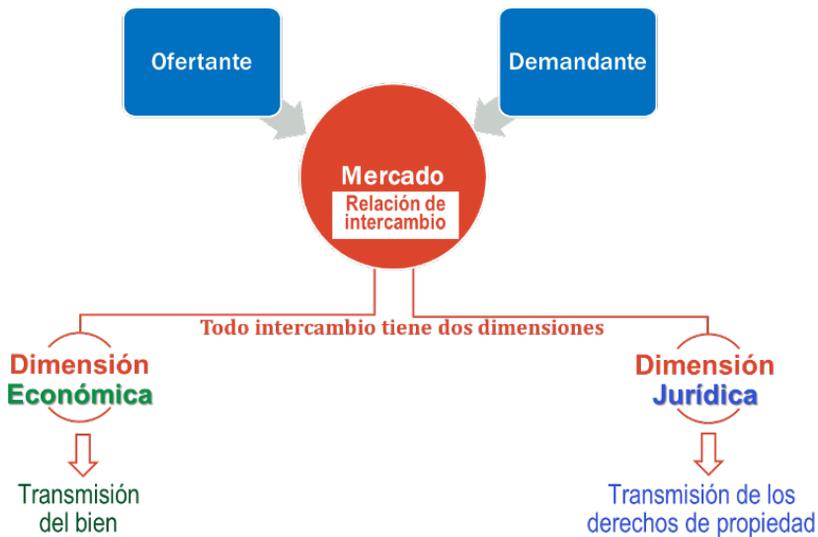
La competencia es un proceso que se desarrolla en el mercado, el cual se concibe, no necesariamente como el lugar que permite interconectar a ofertantes y demandantes, sino a la relación de intercambio entre un oferente y un demandante de bienes o servicios. Según Kirzner, “una comprensión útil de los procesos del mercado requiere una noción de competencia analíticamente inseparable de la función empresarial”. De este

modo, asevera que “el mercado, es el resultado de las decisiones recíprocas de los consumidores, empresarios y propietarios de los recursos” (Kirzner, 1998: 24 y 25).

En esa línea, para Mises intercambiar es actuar, por lo que, dentro del intercambio en el mercado, considera a la competencia como la oportunidad para ofrecer a los consumidores a un precio más barato posible.

Dentro de este marco, todo intercambio tiene una doble dimensión: la económica y la jurídica. La dimensión económica consiste esencialmente en la transmisión de la mercancía y la dimensión jurídica implica la transmisión del derecho de propiedad (figura 1).

FIGURA 1. MERCADO: RELACIÓN DE INTERCAMBIO ENTRE OFERTANTE Y DEMANDANTE.



FUENTE: Elaboración propia.

Precisamente, la dimensión económica del mercado implica la competencia entre los participantes, sean estos, consumidores o productores.

La competencia cataláctica —nota característica de la economía de mercado— es un fenómeno social. No implica derecho alguno, garantizado por el

Estado y las leyes, que posibilite a cada individuo elegir *ad libitum* (a voluntad) el puesto que más le agrada en la estructura de la división del trabajo... El acceso a una determinada rama industrial virtualmente es libre, pero sólo se accede a la misma si los consumidores desean que sea ampliada la producción en cuestión o si los nuevos industriales son capaces de desplazar a los antiguos satisfaciendo de un modo mejor o más económico los deseos de los consumidores (Mises, 2011: 334).

A su vez, la dimensión jurídica del mercado consiste en un conjunto de reglas de juego que permiten que los potenciales ofertantes y demandantes intercambien un producto. Tales reglas de juego están referidas fundamentalmente a los derechos de propiedad de las personas sobre los bienes. Esto permite un adecuado funcionamiento de los mercados, logrando un intercambio más eficiente. En definitiva, “para el funcionamiento de los mercados se requiere de normas legales que establezcan claramente los derechos y deberes de aquellos que llevan a cabo transacciones” (Coase, 1988: 16).

### 3. *Contenido de la libre competencia*

La competencia, al ser un proceso de descubrimiento, disciplina a numerosos productores y consumidores a ajustar su estilo de vida de un modo que ninguna ley lograría hacerlo. Los elementos constitutivos de la libre competencia, tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, son: “la concurrencia libre al mercado, los precios y las ganancias libres” (Boloña, 1995: 42). A ello habría que añadir la libre iniciativa o actuación dentro del mercado, así como la igualdad de los competidores ante la ley. En la siguiente figura, se presentan los cinco elementos constitutivos de la libre competencia.

FIGURA 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS  
DE LA LIBRE COMPETENCIA



FUENTE: Elaboración propia.

La concurrencia libre al mercado implica que quienes tienen la capacidad y voluntad de ofrecer o demandar un producto, puedan acceder al mercado de manera libre, sin que exista un tercero, generalmente el Estado, que restrinja, limite o prohíba dicha participación. La libre actuación dentro del mercado implica que luego que los ofertantes y demandantes hayan accedido al mercado, puedan de manera libre continuar compitiendo. Queda claro que, tanto en la libre concurrencia como en la libre actuación en el mercado, debe primar la igualdad ante la ley y las ganancias que se obtengan de esa interacción también deben ser libres. El verdadero soporte de la libre competencia es la igualdad ante la ley o más específicamente la libertad de oportunidades entre los competidores.

En línea con lo sostenido por Hayek, la verdadera función del sistema de precios es considerar dicho sistema como un mecanismo que permite comunicar información. Por tanto, el sistema de precios libres es un orden espontáneo generado de manera evolutiva como resultado de acciones humanas individuales, y, por tanto, no es producto del diseño humano. Es un mecanismo que permite detectar y transmitir información económica que se encuentra dispersa entre una gran cantidad de personas.

Si los precios son relativamente altos habrá una demanda insatisfecha y, por tanto, una oportunidad para obtener mayores ganancias. Si el acceso al mercado es libre, las mayores ganancias relativas atraerán la inversión de mayor capital, con lo cual la oferta aumentará, los precios empezarán a bajar y las ganancias unitarias tenderán a normalizarse. De ahí que la libre competencia es el mecanismo más efectivo para promover la asignación eficiente de los recursos en el mercado.

En ese orden de ideas, “a través del sistema de precios, los individuos cooperan pacíficamente durante breves momentos, mientras que durante el resto del tiempo cada cual se ocupa de sus propios asuntos” (Friedman y Friedman, 1980: 31).

De esta forma, el sistema de precios libres permite que tanto productores como consumidores expresen su voluntad de manera libre respecto del precio de un bien, así como las necesidades que desean satisfacer. Por ello, el sistema de precios libres es el mecanismo más efectivo para generar bienestar a los consumidores. De ello se colige que el Estado debe establecer mecanismos de protección legal para garantizar la libre competencia y con ello, preservar un sistema de precios libres. Debe reconocerse también que los precios cumplen dos funciones esenciales en la organización de la actividad económica: 1) transmiten información entre los que participan en el mercado; 2) proveen incentivos para adoptar decisiones sobre el consumo de un bien, así como los métodos de producción menos costosos.

#### 4. *Libre competencia y bienestar*

Como argumenta Menger, “El principio que induce a los hombres al intercambio es aquel que guía toda su actividad económica en general, esto es, el deseo de satisfacer sus necesidades de la manera más perfecta posible” (Menger, 2013: 240). Dentro de este contexto, si el problema económico de fondo es la escasez, entonces de los siguientes dos escenarios (figura 3), el escenario 1 es el que permite reducir la escasez: *la libre competencia*.

Dentro del marco del escenario 1, en última instancia, se termina beneficiando a los consumidores, ya que el hecho de velar por la libre competencia contribuye a generar una mayor competencia por parte de las empresas, que se traduce en una mayor oferta, y, por tanto, tiende a disminuir el precio y aumentar el consumo, con lo cual existe menor escasez;

consiguientemente, habrá mayor bienestar para los consumidores. Efectivamente, si en el presente existe un mayor consumo, nuestro nivel de bienestar aumenta. Esta es la gran ventaja de la libre competencia: por el lado de la oferta eleva el bienestar de los consumidores. De manera similar, si en el presente existe un mayor ahorro y la intención es postergar el consumo para el futuro, en ese momento futuro, el nivel de bienestar del consumidor será mayor.

FIGURA 3. ESCENARIOS DE LA COMPETENCIA POR EL LADO DE LA OFERTA.



FUENTE: Elaboración propia.

De lo anterior se desprende que el escenario 1 es el más adecuado, que consiste en promover mayor competencia, no sólo para los consumidores sino también para los productores, porque esta es la vía que obliga a los productores a ser más productivos y competitivos, mediante los cuales los precios tienden a ser menores.

Ahora bien, resulta pertinente formular la siguiente interrogante: ¿Cómo se logra facilitar la libre competencia en el mercado? En general, cuando el gobierno no constriñe la libertad de elegir de los individuos en el mercado, es decir, cuando permite que toda persona sin distinción sea nacional o

extranjera, que decida participar en las actividades económicas del país lo pueda realizar sin ningún obstáculo o restricción gubernamental. Razón por la cual, el Estado debe vigilar la libre competencia, que los ofertantes de bienes y servicios no se pongan de acuerdo para llevar a cabo conductas anticompetitivas como la concertación de precios o prácticas restrictivas. De ahí que resulta relevante la intervención del aparato estatal para garantizar la libre competencia en los diversos mercados.

En definitiva, donde hay más competencia, los ofertantes de bienes y servicios necesariamente tendrán que hacer un uso más económico de los factores de la producción que tienen a su disposición, porque la competencia se configura como una amenaza para salir del mercado.

### *5. Libre competencia, productividad, competitividad y precios*

El primer paso para economizar por el lado de la oferta (minimizar en lo posible el problema de la escasez) es la mayor productividad y el único incentivo para que las empresas se vuelvan más productivas es la libre competencia. Desde tal perspectiva, “un proceso competitivo avanza porque los participantes están comprometidos en la carrera incesante para ponerse o mantenerse a la cabeza de los demás... el empresario nunca puede ser inmune a la presión competitiva” (Kirzner, 1998: 35).

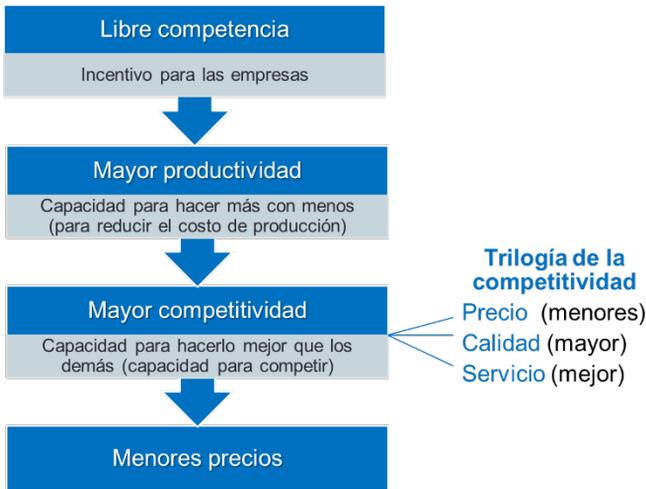
En efecto, la libre competencia promueve mayor productividad,<sup>1</sup> lo que se traduce en mayor competitividad<sup>2</sup> dentro del mercado, y una mayor competitividad, se refleja en menores precios. En la siguiente figura, se puede observar que, a mayor productividad, mayor será la competitividad y menores los precios.

---

<sup>1</sup> La productividad es el rendimiento que se obtiene de cada factor de producción o, dicho de otra forma, es la capacidad de hacer más con menos recursos.

<sup>2</sup> La competitividad se refiere a la capacidad de competir o capacidad que tienen los diversos agentes económicos que participan en un mercado de bienes y servicios internos o externos, de obtener mejores resultados que el resto de los agentes con los que compete.

FIGURA 4. LIBRE COMPETENCIA Y MENORES PRECIOS.



FUENTE: Elaboración propia.

Como se sabe, la productividad y la competitividad son barreras naturales no artificiales que impiden entrar a un mercado, y, por lo tanto, son las que en cierta forma se justifican en la práctica. Sin embargo, una barrera artificial también se da cuando el gobierno prohíbe que alguien más participe en un mercado específico. Con bastante frecuencia, el argumento utilizado para que el gobierno les proteja de la competencia, sobre todo del exterior, viene a ser la supuesta afectación del nivel de empleo.

Contrario a ello, la mayor competencia, en cierta forma, origina que se pierdan empleos poco productivos, porque se libera la mano de obra que tendrá que emplearse en trabajos más productivos, y eso es economía (asignación eficiente de recursos escasos). Por tal razón, se debe tomar en cuenta que, en reiteradas ocasiones, de manera errónea, se responsabiliza a los extranjeros de la pérdida de empleo de los trabajadores nacionales.

Si bien a todas las empresas les resulta conveniente el monopolio (porque no hay amenaza), la mayor competencia los obliga a ser más productivos en el uso de los factores de la producción, permitiéndoles ser más competitivos sobre todo vía precios. De esta forma, la rivalidad entre las empresas tiende a disminuir los precios de los bienes y servicios en los

diversos mercados; por lo que, el resultado final de dicha competencia es el menor precio pagado por los consumidores.

## 6. *Derechos y obligaciones en el intercambio en el mercado*

Existen dos posiciones opuestas entre ofertante y demandante: el consumidor tiene el interés de comprar al menor precio posible y el productor desea vender al mayor precio. De manera que, para comprender la relación entre ofertantes y demandantes, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿El consumidor tiene derecho a que se le ofrezca un bien o servicio al menor precio posible? Definitivamente, el consumidor no tiene el derecho a que se le ofrezca un producto al menor precio posible, lo que debe primar es el interés que se le brinde ese producto al menor precio posible, para lo cual es necesario que el Estado a través de la regulación, vele por la libre competencia y proteja la libertad de elegir de los participantes en los intercambios en el mercado.

De igual forma, se debe buscar responder otra pregunta: ¿El consumidor tiene derecho de comprar lo que desee? La respuesta es afirmativa. Este es el derecho a la libertad de elegir, esto es, la libertad individual para consumir. No obstante, si el consumidor tiene ese derecho, ¿Cuál es la obligación? El Estado tiene la obligación de no limitar esa libertad, por ejemplo, prohibiendo importaciones, lo cual daría como resultado menor competencia en el mercado, lo que implicaría que nos encontremos en el escenario 2: *falla de la competencia*, tal como se representó en la figura 3. Por ello, resulta vital legalizar la libertad, pero no para restringirla o vulnerarla, por el contrario, para garantizarla y facilitarla, como es el caso de la libre competencia. Entonces, queda claro que, para facilitar y vigilar la libre competencia, el Estado debe intervenir a efectos de corregir cualquier situación que la obstaculice.

La competencia de productos del exterior, siempre que no se trate de competencia desleal, lejos de ser perjudicial, resulta beneficiosa para el consumidor, ya que obliga al productor nacional a mantenerse permanentemente al día con la tecnología y a obtener productos cada vez de mejor calidad y a menores precios.

Como resulta evidente, ante la competencia extranjera, los productores nacionales muchas veces exigen al gobierno que se decida por el escenario dos (falla de la competencia), considerando que esta medida, tal vez

impida el desempleo (efecto inmediato), sin embargo, en el largo plazo, al haber menos competencia ocasionará: menor oferta, mayor precio, menor consumo, y consiguientemente, mayor escasez.

### III. ANTECEDENTES DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DEL SIGLO XX

En el siglo XX, se promulgaron tres constituciones en el Perú en los años: 1920, 1933 y 1979. Al respecto, “Todas las constituciones peruanas del siglo XX fracasaron, en el propósito de dar estabilidad jurídica y sobre esta base, alentar el desarrollo económico y social” (Cháñame, 2009, p. 81).

*Constitución de 1920.* Esta Constitución incorpora el constitucionalismo social. Es así que contemplaba:

- *Libertad de comercio e industria.* Se reconocía —como garantía social— la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación (artículo 45). Pese a establecer la libertad de comercio e industria, el artículo 52 prohibía en lo absoluto el juego de envite (apuesta) en la República. Los locales en que se practique serán clausurados.
- *Prohibición de monopolios.* Se consideraba como garantía social la prohibición de monopolios. Disponía que se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Sólo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional (artículo 50).
- Constitución de 1933. Las principales reglas de juego relacionadas con la libre competencia fueron:
- *Prohibición de monopolios.* Se establecía expresamente como garantía nacional y social, que están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer

monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional (artículo 16).

- *Régimen de previsión de las consecuencias económicas.* Se estipulaba —como garantía nacional y social— que, en circunstancias extraordinarias de necesidad social, se puede dictar leyes, o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte providencias, tendientes a abaratar las subsistencias. En ninguno de estos casos se expropiarán bienes sin la debida indemnización (artículo 49).

Constitución de 1979. Los principales aspectos regulados en la Constitución de 1979, referente a la libre competencia, fueron:

- *Actividad empresarial del Estado.* El artículo 113 disponía que el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo. En esa perspectiva, el artículo 114 establecía que por causa de interés social o seguridad nacional la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos.
- *Economía social de mercado.* La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social (artículo 115). Sin embargo, también se estableció que en situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario (artículo 132).
- *Libertad de comercio e industria.* El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas (artículo 131).
- *Prohibición de monopolios y oligopolios.* El artículo 133 establecía que están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

Por otro lado, el artículo 134 disponía que la prensa, radio televisión y demás medios de expresión y comunicación social y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. Finalmente, el artículo 153 estipulaba que la actividad bancaria financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado directa ni indirectamente. La ley señala los requisitos obligaciones garantías y limitaciones de las empresas respectivas.<sup>3</sup>

Por tanto, las constituciones del siglo XX, si bien prohibían el monopolio privado, no establecieron en forma expresa el principio de la libre competencia. No obstante, el artículo 153 de la Constitución de 1979, permitía el monopolio del Estado en el sistema financiero y de seguros, para lo cual disponía que la ley señala los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las respectivas empresas.

Asimismo, cabe precisar que, en las constituciones del siglo XX, el principio de la libre competencia estuvo vinculado con otras libertades contempladas igualmente en la Constitución Política, como son la libertad de comercio e industria.

Otro aspecto importante que tomar en cuenta es el artículo 49 de la Constitución de 1933 que facultaba al Poder Ejecutivo para que adopte providencias, tendientes a abaratar las subsistencias, es decir, el Ejecutivo tenía la prerrogativa constitucional para controlar los precios. Dicho artículo si bien fue dejado de lado en la Constitución de 1979, sin embargo, se estableció que en situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado podía intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario, lo cual resultó aún más contraproducente.

#### IV. POSITIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993

El principio de la libre competencia fue expresamente consagrado en la Constitución peruana recién en el año 1993, incluyéndose dentro de los

---

<sup>3</sup> Tal como se analiza en el siguiente acápite, ambas constituciones destierran el monopolio privado. Sin embargo, tal como se observa, el artículo 153 de la Constitución de 1979 permitía el monopolio estatal en la actividad bancaria financiera y de seguros, ya que solamente lo prohibía para los privados.

principios generales del régimen económico. Constituye un elemento esencial del modelo económico constitucional peruano. Es así como el primer párrafo del artículo 61 de la Constitución vigente dispone expresamente lo siguiente: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” (Constitución Política del Perú, 1993).

La incorporación del principio de la libre competencia a nivel constitucional permitió adoptar un mecanismo de máxima protección jurídica para asegurar el acceso y actuación en el mercado en igualdad de condiciones, dentro del cual se obtengan ganancias libres, y, sobre todo, que el sistema de precios libres se determine por la interacción de los partícipes en el mercado, y a la vez, lograr el mayor bienestar posible de los consumidores. Por tanto, la protección constitucional de la libre competencia constituye una garantía efectiva para evitar el control de precios en la economía, convirtiéndose en una prohibición ante cualquier intento de intervención de los gobiernos de turno en la economía a través del control de precios.<sup>4</sup>

En efecto, no podría promulgarse una norma que disponga el control de precios de algunos productos, porque devendría en inconstitucional. En la práctica, los gobiernos de turno, sobre todo en la década de los setenta y ochenta, con bastante frecuencia establecieron o bien un precio mínimo, por debajo del cual no se podía vender un producto, o bien un precio máximo, por encima del cual tampoco podía venderse un producto. De igual manera, el gobierno obligaba a través de una norma a realizar una venta a un precio fijo. Por tanto, de presentarse cualquiera de estos casos, tales normas resultarían contrarias al orden constitucional vigente, por vulnerar el principio de la libre competencia, y específicamente, su elemento constitutivo del sistema de precios libres.

De lo establecido en la Constitución, se infiere que el Estado tiene el deber de vigilar la libre competencia y consiguientemente el sistema de

---

<sup>4</sup> Control que ejerce el gobierno sobre los precios de algunos productos, para lo cual se establecen prohibiciones de incrementos o regulaciones para que éstos sean graduales. En la práctica, los controles de precios originan graves problemas, ya que distorsionan la asignación de recursos. Por ejemplo, en Perú a finales de los ochenta, el gobierno de turno estableció controles de precios a diversos alimentos básicos como en pan y la leche, así como también a la gasolina y el dólar (dólar MUC), con la supuesta finalidad de beneficiar a la población; sin embargo, estos controles de precios no obtuvieron el resultado esperado y, por el contrario, generaron escasez e incluso mercados negros.

precios libres, como principios económicos orientadores de la actividad económica en el país. Es incuestionable que la libre competencia se fundamenta en la libertad de elegir, dentro de ciertos límites, acerca de los medios y los fines de las actividades de cada individuo.

Sobre el particular, el artículo 61 de la Constitución reconoce la existencia de la libre competencia económica: “la obligación del Estado de facilitarla y de vigilarla, así como... de sancionar los abusos que se consideran a ella contrarios” (Kresalja y Ochoa, 2016: 85). “Es fácil ver que en la medida que el Estado vigila también facilita. Y también es cierto, al contrario: si facilita debe vigilar para que no se cometan excesos con ella (que pueden ser grandes y muy dañinos)” (Rubio, 1999: 242).

Esto significa que productores y consumidores concurren al mercado en igualdad de condiciones, de tal manera que los más eficientes tienen la posibilidad de hacer mejores intercambios. Sin embargo, si bien las reglas de juego deben ser claras y debe velarse por su cumplimiento; en algunos casos, se establecen ciertas limitaciones orientadas a proteger el interés público.

Definitivamente, la libre competencia es incompatible con las posiciones dominantes o monopólicas. Por ello, el artículo 61 de la Constitución es bastante claro al disponer que no hay concertación que, pueda autorizar ni establecer monopolios, ni por decisión de personas particulares ni por decisión gubernamental. En efecto, la actual Constitución prohíbe expresamente la creación de monopolios mediante la dación de una ley.

No obstante, en virtud de que la Constitución es una norma integral, resulta necesario precisar que el artículo 72 de la Constitución tipifica una excepción a las reglas de la economía de mercado y libre competencia: “La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes” (Constitución Política del Perú, 1993). Esta disposición es una excepción a las reglas de la economía de mercado y de libre competencia, debido a que dispone que por razón de seguridad nacional se puede establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Con relación a la constitución europea nadie discute que las normas sobre la competencia, junto a las libertades básicas de circulación constituyen el núcleo fundamental del ordenamiento económico comunitario

(García y Maestro, 2006: 147). En efecto, el principio de la libre competencia se encuentra vinculado con otras libertades esenciales contempladas igualmente en la Constitución económica peruana, como son la libre iniciativa privada,<sup>5</sup> la libertad empresa, comercio e industria,<sup>6</sup> la libertad de contratar,<sup>7</sup> la libre producción y comercio exterior,<sup>8</sup> la libre tenencia de moneda extranjera,<sup>9</sup> las cuales conjuntamente también orientan el modelo económico del país.

## V. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El principio de la libre competencia ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional peruano a través de diversas sentencias. Dentro de este ámbito, la intervención del Estado de justifica para corregir la falla de la competencia. Es así que el Tribunal Constitucional, describe el principio de la libre competencia de la siguiente manera:

El artículo 65 (quiso decir artículo 61) de la Constitución facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite; que hay competencia imperfecta en el mercado, cuando el principio constitucional es la libertad de competencia y simultáneamente, en la práctica, existe la concentración de grandes empresas que configuran situaciones de monopolio con alto nivel de competitividad entre ellas; que si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida—porque eso supondría impedir el éxito empresarial—esto es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima

---

<sup>5</sup> El artículo 58 de la Constitución dispone expresamente “La iniciativa privada es libre”.

<sup>6</sup> El artículo 59 de la Constitución dispone expresamente “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”.

<sup>7</sup> El artículo 62 de la Constitución dispone expresamente “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

<sup>8</sup> El artículo 63 de la Constitución dispone expresamente “La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres”.

<sup>9</sup> El artículo 64 de la Constitución dispone expresamente “El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera”.

y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, por lo que no es aceptable que el Decreto Supremo Núm. 158-99-EF establezca una clasificación arbitraria, que otorga un trato preferencial a una categoría de cigarrillos, favoreciendo a algunos productores y/o comercializadores, respecto a los demás (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 1311-2000-AA, F.J. 4).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional considera que la posición de dominio en el mercado no está prohibida por sí misma, lo que se prohíbe es el abuso de la posición dominante o aquellas prácticas que estén orientadas de manera exclusiva a restringir la competencia, como la concertación de precios. En efecto, podría presentarse una situación inicial en la que existen varias empresas que compiten en el mercado, sin embargo, algunas de éstas pueden tener una mayor cuota de mercado, con lo cual tienen una posición de dominio. Esta situación no es la que se castiga, lo que se prohíbe son los abusos que podrían devenir a causa de dicha posición de dominio.

En una sentencia posterior, el Tribunal Constitucional, realizó precisiones al principio de la libre competencia:

33. De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;
- b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.

A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber:

- a) La sujeción a la Constitución y a las leyes;
- b) El respeto de los derechos fundamentales; y,
- c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.

El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos pri-

vados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.

37. Asimismo, el artículo 61 confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etcétera.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

50. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel de los precios de los bienes y los servicios, y su importancia decisiva para el adecuado desenvolvimiento del mercado.

En circunstancias comunes, el precio no es sino el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. Cuando su fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda.

Del mismo modo, la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores. (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 0008-2003-AI/TC, F.J. 33, 37 y 50).

En este expediente, el Tribunal Constitucional alude de manera expresa a requisitos de la libre iniciativa privada, la libre competencia y las libertades patrimoniales (fundamento jurídico 33); es así que, con relación a

los requisitos, la sentencia bajo análisis, incorpora tres elementos constitutivos del principio constitucional de la libre competencia, los mismos que se enmarcan por el lado de la oferta, denominándolos garantías de defensa de los intereses individuales en la economía y son: el acceso empresarial a la actividad económica, la libertad de elegir la actividad económica y la igualdad de los competidores ante la ley. También, añade otros tres requisitos que garantizan el interés comunitario: *a)* la sujeción a la Constitución y a las leyes, *b)* el respeto de los derechos fundamentales; y, *c)* la proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.

De igual forma, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el Estado debe combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, las cuales también limitan o pueden limitar la libre competencia. No obstante, el artículo 61 de la Constitución es bastante claro al no prohibir que un agente alcance una posición de dominio en el mercado. Lo que sí censura, es el abuso y, por ello, ordena al poder público combatirla eficazmente, con la finalidad de garantizar la libre participación de empresas por el lado de la oferta y de los consumidores por el lado de la demanda (fundamento jurídico 37).

Desde luego, el abuso de una posición de dominio o de una posición monopólica, significa aprovecharse de esa condición, contraviniendo las reglas de la libre competencia. Esto implica que la empresa con alguna ventaja en el mercado realiza actos orientados a restringir, afectar o distorsionar la competencia de manera significativa.

A su vez, en el fundamento jurídico 50 del expediente en cuestión, el Tribunal Constitucional prescribe la importancia decisiva del papel de los precios para el adecuado desenvolvimiento del mercado, precisando que cuando su fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda; y que la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores. Sin embargo, todas estas precisiones referidas al rol de los precios en la economía, desde la óptica del Tribunal Constitucional no son elementos constitutivos del principio de la libre competencia.

El Estado puede intervenir a favor de la persona en virtud de que no tiene cabida la autorregulación del mercado.

La presencia activa del Estado es indispensable para intervenir —sin detrimento de la libertad— a favor de la persona, de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de trato, del desarrollo, de la solidaridad, y del sistema axiológico de la Constitución no puede tener cabida una autorregulación del mercado autosuficiente en su libre competencia irrestricta por el juego espontáneo de la oferta y la demanda, aunque sólo sea en razón de que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales no son objetos que entren ni deban entrar al mercado. (Bidart, 2002, p. 6).

De ahí que para que funcione el mercado de manera más eficiente posible, resulta necesario que el Estado cree un sistema jurídico—institucional adecuado para promover la competencia, sin constreñir la libertad de elegir de los que participan en un intercambio. Por tanto, la competencia debe ser el objetivo prioritario y la regulación el instrumento o medio necesario para preservar la competencia.

De la misma manera, existe otra sentencia en la que el Tribunal Constitucional, también desarrolla el contenido del principio de la libre competencia:

El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales:

a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos. Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de los agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.

b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado. Es evidente que tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 3315-2004-AA/TC, F.J. 16).

En definitiva, la libre competencia es un principio esencial del régimen económico constitucional peruano, a través del cual se garantiza la concurrencia de una pluralidad de agentes económicos en el mercado, sean estos ofertantes o demandantes. Esto quiere decir que el Tribunal Constitucional enfoca la libre competencia por el lado de la oferta y la demanda.

Igualmente, en otras dos sentencias, el Tribunal Constitucional, al referirse al contenido del principio de la libre competencia, incorpora el hecho de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, haciendo énfasis en los ofertantes y demandantes:

Finalmente, como aspecto fundamental de una economía social de mercado, el Estado facilita y vigila la libre competencia. El artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios. (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 00034-2004-PI-TC, F.J. 32, y EXP. Núm. 0019-2006-PI/TC, F.J. 27).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, define el principio de la libre competencia y dispone sus requisitos:

18. El artículo 61 de la Constitución prescribe que “El estado facilita y vigila la libre competencia”. Se le puede definir como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.

19. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes (STC 0018-2003-AI/TC).

*a.* La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.

*b.* La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etcétera).

*c.* La igualdad de los competidores ante la ley. (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 01405-2010-PA/TC, F.J. 18 y 19).

Esta sentencia recoge todo lo señalado en una anterior sentencia (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 0018-2003-AI/TC), tanto la definición como los requisitos. Al respecto, cabe precisar que, si bien se plantea libre competencia como el libre juego de la oferta y la demanda, al momento de establecer sus requisitos, éstos se conciben únicamente desde el lado de la oferta.

De igual manera, el Tribunal Constitucional, define el alcance del rol del Estado respecto de facilitar y vigilar la libre competencia.

La libre competencia consagrada en el artículo 61 de la Constitución, cuyo texto prescribe que “El Estado facilita y vigila la libre competencia (...)”, se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: *a)* la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; *b)* la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etcétera); y *c)* la igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación). (Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 03479-2011-PA/TC, F.J. 7).

Aquí, la referida sentencia alude a la libre competencia como facultad económica que presupone tres requisitos para su configuración: acceso a la actividad económica de manera libre, libertad de elegir las formas de realizar una actividad económica e igualdad de los competidores ante la ley.

De las sentencias analizadas se pudo evidenciar que el Tribunal Constitucional no ha contemplado como parte de los elementos constitutivos del principio constitucional de la libre competencia el sistema de precios y las ganancias libres en el mercado.

## VI. FALLA DE LA COMPETENCIA, PODER DE MERCADO Y PROTECCIÓN LEGAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia “subyace a la política económica” (Blanco, 2019, p. 292). En efecto, la protección legal de la libre competencia constituye un elemento fundamental del modelo económico peruano, y sirve de criterio orientador de la política económica de los gobiernos de turno.

Una de las razones básicas que justifica la intervención del Estado en la economía es la ineficiencia económica originada por diversas fallas del mercado: externalidades, mercados incompletos, falla de la competencia, existencia de bienes públicos, asimetrías de la información, déficit presupuestario, desempleo e inflación. Dentro de este ámbito, la falla de la competencia se presenta porque existe un número reducido de participantes en el mercado, lo que comúnmente se conoce como competencia imperfecta, la cual se asocia a cualquiera de los tipos de imperfección del mercado: competencia monopolística, monopolio, monopsonio, oligopolio, oligopsonio. De manera que, la falla de la competencia justifica la intervención del Estado para que éste corrija cualquier situación que la obstaculice.

Contrario a ello, los mercados competitivos se caracterizan porque las empresas venden un producto estandarizado u homogéneo (características idénticas), todos los participantes del mercado son precio-aceptantes (ofertantes y demandantes son tomadores de precios, por lo que ninguno puede influir en el precio de mercado), los agentes tienen información perfecta (información simétrica), existe libertad de entrada y salida del mercado y no hay externalidades.

Si bien lo ideal es que los mercados sean competitivos, la realidad está más vinculada a la competencia imperfecta, esto es, una estructura mercado en la cual, por lo menos un productor o vendedor por el lado de la oferta, o también, por lo menos un comprador por el lado de la demanda es lo suficientemente grande como para influir en el precio de un bien. Al respecto, cabe señalar que:

El monopolio, concebido como situación de hecho y no como limitación social de la libre competencia, es lo más antiguo y primigenio, mientras que la competencia surge sólo en una etapa posterior, la misma que se desarrolla con el progreso de la cultura económica (Menger, 2013: 278).

Dentro de este marco, “la habilidad de un monopolista para elevar su precio por encima del nivel competitivo mediante la reducción del volumen de producción se denomina poder de mercado” (Krugman y Wells, 2013: 376).

Desde tal perspectiva, la protección legal de la libre competencia por parte del Estado surge a partir de los incentivos que tienen las empresas ante una situación de aprovecharse de las ventajas del mismo mercado.

La protección de la libre competencia es un propósito fundamental en el cual los Estados modernos han progresado desde la aparición de la teoría económica neoclásica (finales del siglo XIX) y de la eclosión de grandes monopolios en sectores sensibles como el ferroviario, el del acero y el de los hidrocarburos (Soto, 2019: 78).

En ese sentido, las políticas antimonopolio se diseñan por los gobiernos de turno para facilitar y vigilar la competencia en el mercado a través de la limitación del dominio de mercado, así como de prácticas restrictivas (relaciones entre las empresas y sus distribuidores y proveedores que incluyen contratos de venta exclusiva y discriminación de precios). De este modo:

Las empresas tienen incentivos perversos para obtener poder sobre el mercado, o sea, para lograr un control discrecional sobre los precios y otros factores asociados. Este poder puede surgir limitando la competencia por medio de la imposición de barreras al comercio y/o legalización de arreglos colusorios para restringir los precios y la productividad y otras prácticas que generalmente se consideran como un fracaso del mercado, ocasionando una asignación ineficiente de recursos y afectando adversamente el rendimiento de la industria y el bienestar socioeconómico (Alarcón, 2016: 119).

Dicha realidad es la que justifica la regulación para promover e incentivar la competencia en el mercado, con el fin de evitar ineficiencias e inequidades que afectan directamente el bienestar de los agentes que intervienen en cualquier sector de la economía.

El funcionamiento de la competencia no sólo exige una adecuada organización de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información, sino que depende, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, orientado a preservar la competencia y a lograr que ésta opere de la manera más beneficiosa posible (Hayek, 2011: 87).

De ahí que la defensa de la competencia implica la intervención del aparato estatal a través de la regulación, con el objeto de establecer mecanismos antimonopólicos para controlar el ejercicio del poder de mercado. En efecto, “La primera fuente de la falla del mercado es el monopolio en sus diversas formas: monopolio en el mercado de productos, colusión entre

empresas o proveedores de insumos y monopsonio” (Cooter y Ulen, 1998: 61).

Como refieren Posner, Landes y Kelman (2011: 81), “el principal objeto del derecho de la competencia es el control de los monopolios y el estudio de los monopolios ha sido una de las principales actividades de los economistas durante muchos años”.

El derecho de la competencia supone tres planteamientos diferentes para reducir los costos asociados a los monopolios: controlar su formación (mediante restricciones a las fusiones de grandes empresas, limitaciones a las políticas de precios agresivas a través de la venta de productos por debajo del costo para expulsar a los competidores del mercado y obstaculizaciones a la cooperación de empresas en sectores concentrados), su regulación y los esfuerzos por sacar provecho indebido de un monopolio legal (Friedman, 2015).

Por otro lado, “las conductas contrarias a la competencia son: conductas concertadas entre competidores para no competir (colusión), conductas que intentan excluir competidores reales o potenciales, y conductas abusivas que implican el ejercicio directo del poder de mercado en perjuicio de los consumidores” (Coloma, 2001: 260). Por ello, desde el Estado, existe la necesidad de reprimir, neutralizar y sancionar las conductas identificadas como anticompetitivas. De igual forma, la represión de la competencia desleal busca que el proceso competitivo natural (lucro) no se vea afectado.

Siendo así, el sistema legal resulta importante para la preservación de la competencia, pero no para obstruirla ni obstaculizarla, sino por el contrario, para hacer que ésta fluya y permita generar el mayor beneficio posible a los que participan en dicho proceso de descubrimiento. Por lo tanto, el gobierno debe promover la competencia, impidiendo aquellas prácticas que restrinjan la libre competencia, así como la competencia desleal. En esa orientación, la finalidad de la represión de conductas anticompetitivas es velar por el bienestar del mercado y con ello el del consumidor.

Por último, “algunas imperfecciones de la competencia se deben a la intervención del Estado. Éste concede patentes a los innovadores. Aunque las patentes son importantes para dar incentivos a la innovación, hacen que la competencia en el mercado no sea perfecta” (Stiglitz y Rosengard, 2015: 127). “Pues, aunque es cierto que el primer descubridor se beneficia del privilegio, también lo es que sus competidores quedan excluidos de la

producción en el área de la patente por muchos años” (Rothbard, 2015: 89). Estas fallas de la regulación tienden a generar los siguientes problemas: captura del regulador; asimetría de información entre el Estado y el sector privado; beneficios concentrados en un grupo de personas; gestión de intereses en el aparato estatal ante políticos o funcionarios; corrupción de los funcionarios públicos.

## VII. CONCLUSIONES

El principio de la libre competencia no estaba previsto expresamente en la Constitución de 1979, su incorporación recién se dio con la Constitución de 1993, en un contexto de reforma estatal influenciado por la crisis económica que atravesó el Perú a finales de los ochenta e inicio de los noventa.

Desde la perspectiva de la Constitución económica, el principio de la libre competencia constituye uno de los principios esenciales consagrados en la Constitución Política de Perú que orienta el modelo económico del país. Como tal, impone un mandato orientado a garantizar el intercambio eficiente en el mercado, a tal punto de defender la competencia y sancionar los abusos. La gran ventaja que tiene la preservación de la competencia por el lado de la oferta es que eleva el bienestar de los consumidores. Para tal efecto, se requiere contar con un gobierno limitado, que respete la libertad de elegir de los individuos, y a la vez, facilite y vigile la libre competencia.

La libre competencia es el mecanismo más efectivo para fomentar la asignación eficiente de los recursos en el mercado, sus elementos constitutivos son acceso libre al mercado, actuación libre en el intercambio, sistema de precios libres, ganancias libres e igualdad de los competidores ante la ley. Claramente la protección constitucional de la libre competencia implica garantizar un sistema de precios libres y la obtención de ganancias libres en el mercado, elementos constitutivos trascendentes que no han sido considerados en la interpretación del Tribunal Constitucional peruano.

La verdadera función del sistema de precios es considerar dicho sistema como un mecanismo que permite comunicar información entre los oferentes y demandantes. Un aspecto importante que se debe resaltar es que el principio de la libre competencia conlleva implícitamente la prohibición del control de precios, con lo cual, la protección constitucional de la libre

competencia constituye un mecanismo efectivo para evitar el control de precios de los bienes y servicios.

Es indudable que en el proceso de descubrimiento de la competencia se presenta una serie de situaciones, y sobre todo regulaciones por parte del Estado, que terminan dosificando o desvirtuando el libre ejercicio de la competencia, tanto por el lado de las empresas como por el lado de los consumidores.

El incentivo que tienen las empresas para obtener un mayor poder en el mercado, que puede surgir por medio de la imposición de barreras al comercio, así como de prácticas colusorias entre otras formas, es lo que justifica la intervención del Estado a través de la regulación con el objeto de fomentar la competencia en el mercado, para así evitar ineficiencias que afecten el bienestar de los agentes que participan en un mercado.

En suma, el Estado debe preservar la libre competencia, para promover el intercambio más eficiente en el mercado. No obstante, un eficaz sistema de libre competencia requiere una estructura legal sólida que establezca principios constitucionales y normas de menor jerarquía, de tal forma que éstas últimas puedan ser ajustadas continuamente para lograr el buen funcionamiento de los diversos mercados.

## VIII. FUENTES CONSULTADAS

- ALARCÓN, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19(37), 109-124. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683>.
- BIDART, G. (2002). La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 6, 3-16. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2002.6.5636>.
- BLANCO, C., y CORREDOR, J. (2019). Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 41. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13948>.

- BOLOÑA, C. (1995). *Cambio de rumbo*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.
- CHANAMÉ, R. (2009). *Comentarios a la Constitución*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- COASE, R. (1988). *La empresa el mercado y la ley*. España: Alianza Editorial.
- Constitución Política del Perú 1993, Congreso Constituyente Democrático, Diario Oficial El Peruano (29 de diciembre de 1993).
- COLOMA, G. (2001). *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura.
- COOTER, R., y ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FRIEDMAN, D. (2015). *El orden del derecho*. Madrid: Editorial INNIS-FREE.
- FRIEDMAN, M., y FRIEDMAN, R. (1980). *Libertad de elegir*. España: Ediciones Grijalbo S.A.
- GARCÍA, M. A., y MAESTRO, G. (2006). Dirección económica y mercado en la Constitución europea. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 15, 137-175. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5773>.
- HAYEK, F. A. (2011). *Camino de servidumbre*. (3a. ed.). España: Alianza Editorial.
- HAYEK, F. A. (2014). *Derecho, legislación y libertad*. (2a ed.). España: Unión Editorial S.A.
- HAYEK, F. A. (2015). *Nuevos estudios de filosofía, política, economía e historia de las ideas*. (2a. ed.) España: Unión Editorial S. A.
- KIRZNER, I. M. (1998). *Competencia y empresarialidad*. (2a ed.). España: Alianza Editorial.
- KRESALJA, B., y OCHOA, C. (2016). *Derecho constitucional económico*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KRUGMAN, P., y WELLS, R. (2013). *Microeconomía*. (3a. ed.). Barcelona: Editorial Reverté S. A.
- MENGER, C. (2013). *Principios de economía política*. (2a. ed.). España: Unión Editorial S. A.

- MISES, L. (2011). *La acción humana*. (10a. ed.). España: Unión Editorial S. A.
- POSNER, R., LANDES, W., y KELMAN, M. (2011). *Análisis económico del derecho*. Colombia: Panamericana Formas e Impresos S. A.
- ROTHBARD, M. (2013). *El hombre, la economía y el Estado, Tratado sobre principios de Economía*. (volumen II). España: Unión Editorial S. A.
- ROTHBARD, M. (2015). *Poder y mercado. El gobierno y la economía*. Guatemala: Unión Editorial S. A.
- RUBIO, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. (tomo III). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- RUBIO, M. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. (3a. ed.) Lima: Fondo Editorial PUCP.
- SMITH, A. (2011). *Riqueza de las naciones*. (3a ed.). España: Alianza Editorial S. A.
- SOTO, J. A., y JARAMILLO DE LOS RÍOS, L. F. (2019). Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: el aporte del neoinstitucionalismo, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(154), 77-106. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14138>.
- STIGLITZ, J. E., y ROSENGARD, J. K. (2015). *La economía del sector público*. (4a. ed.) España: Antoni Bosch, editor S. A.
- TASSANO, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, (76), 105-121. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004>.
- Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 1311-2000-AA (Tribunal Constitucional, 19 de junio de 2001). Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01311-2000-AA.html>.
- Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2003). Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.
- Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 0018-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional, 26 de abril de 2004). Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>.
- Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 00034-2004-PI-TC (Tribunal Constitucional, 15 de febrero de 2005). Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>.

Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 3315-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, 17 de enero de 2005). Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>.

Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 0019-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2007). Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00019-2006-AI.pdf>.

Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 01405-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional, 6 de diciembre de 2010). Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>.

Tribunal Constitucional [Perú], EXP. Núm. 03479-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2014). Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03479-2011-AA.html>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y fuerzas armadas en Argentina

## The executive always wins. Separation of powers and armed forces in Argentina

*Recepción:* 11 de marzo de 2019

*Aceptación:* 25 de agosto de 2020

Gerardo TRIPOLONE\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se analizan las relaciones y tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en asuntos militares y de defensa nacional en Argentina. Inspirado en la investigación que Harold Koh desarrolló en Estados Unidos, el objetivo es comprobar si, y en qué medida, el Ejecutivo prima sobre el Legislativo, tal como Koh lo hizo para el caso estadounidense. Mediante ejemplos históricos se aprecia que también es el caso en Argentina. No solo existe una primacía del presidente sobre el Congreso, sino que hay casos de abierta violación a la legislación sancionada por el segundo. Incluso pueden hallarse ejemplos de decisiones presidenciales tomadas en abierta contradicción de la Constitución. Finalmente, se buscan las razones constitucionales, históricas y políticas para que se dé esta primacía y se ofrecen ciertas pautas para pensar soluciones.

**ABSTRACT:** This work analyses the relations and tensions between the Executive and the Legislative branches on military affairs and national defense in Argentina. Inspired by the investigation that Harold Koh developed in the United States, the main is to prove if, and in which measure, the Executive has primacy over the Legislative, as Koh proved for the American's case. Through historical examples, it proved that this is also the case in Argentina. The President has not only a primacy over the Congress, but there are cases of open violation of the legislation passed by Congress. There are even cases of presidential decisions made in contradiction of the Constitution. Finally, it seeks the constitutional, historical and political reasons for this pattern and it offers some guides to think solutions.

---

\* Investigador Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina) y profesor de la Universidad Nacional de San Juan, Argentina. Correo electrónico: [gerardo.tripolone@gmail.com](mailto:gerardo.tripolone@gmail.com) ORCID 0000-0002-6969-9847

**Palabras clave:** Fuerzas armadas, división de poderes y Constitución argentina. **Keywords:** *Armed forces, separation of powers and constitution of Argentina.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El “ciclo” de la Constitución de la seguridad nacional en Estados Unidos.* III. *La primacía constitucional y legal del Ejecutivo en Argentina.* IV. *El Congreso legisla y el Ejecutivo ignora.* V. *Las grandes victorias del Ejecutivo.* VI. *Las razones de las victorias.* VII. *Conclusión: de la impotencia a una propuesta realista.* VIII. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Harold Koh (1990) estudió el funcionamiento de lo que llamó “ciclo de la Constitución de la Seguridad Nacional” en Estados Unidos. A partir de un caso paradigmático de uso del poder militar por parte del poder ejecutivo de aquel país en el escándalo “Irán-*Contra*”, Koh (1990) describe un patrón: el presidente tiene la iniciativa en asuntos militares y de seguridad, el Legislativo consiente en estas políticas y el Judicial tolera las prácticas incluso reñidas con la legalidad o la propia Constitución.

El objetivo del presente trabajo es analizar si, y de qué manera, este patrón se ha dado en Argentina, en particular en las relaciones entre el Poder Ejecutivo (PE) y el Poder Legislativo (PL). Dejaremos para otro momento lo actuado por el Poder Judicial frente a las decisiones del Ejecutivo. Analizaremos los periodos de gobiernos constitucionales a partir de la restauración democrática en 1983, ya que buscamos apreciar si un Congreso en funciones ha sido capaz de poner límites a un Ejecutivo surgido del voto popular. La hipótesis es que, con las particularidades nacionales, el patrón descrito por Koh (1990) efectivamente se ha dado (y continúa dándose) en Argentina.

Hay buenas razones para defender que en asuntos relativos a la seguridad nacional (y también a la política exterior) los poderes ejecutivos de cualquier país primen sobre las asambleas legislativas en la formulación de políticas y orientación estratégica. Esto no lo discutiremos aquí. El punto por tratar es cómo la supremacía del presidente le ha permitido vulnerar los límites legislativos para el uso de las Fuerzas Armadas Argentinas

(FFAA). Incluso se ha dado casos en que el Ejecutivo ha podido ignorar expresamente lo establecido en la Constitución Nacional Argentina (CN) sobre poderes militares y aun así su accionar no fue impedido por el Congreso o incluso lo refrendó con posterioridad.

Debe quedar claro que no postulamos la existencia de un pasado en el cual el Ejecutivo estaba sometido a los márgenes de la legalidad y la CN. La historia prueba una constante reafirmación de los poderes militares del presidente que logran imponerse sobre la voluntad del Congreso. Tampoco pensamos que el ejercicio de los poderes presidenciales en otras democracias en el mundo con sistemas constitucionales análogos al argentino sea limitado por los órganos legislativos, como si la ausencia de control fuese un déficit original en nuestra cultura política. Argentina no es una anomalía en este sentido. En estas páginas haremos comparaciones con lo que sucede en Estados Unidos, ya que el orden constitucional (en general y sobre aspectos militares en particular) es muy similar al argentino y suele constituir un modelo para el análisis de nuestro derecho constitucional.

Lo más importante de un estudio de estas características es, por un lado, apreciar cómo en concreto se ejercen los poderes militares en Argentina. Buscamos aclarar, al menos introductoriamente, la praxis constitucional del reparto de competencias en asuntos militares entre el PE y el PL. Por el otro, porque permite tener una idea más certera de cómo se articula, en general, el control sobre el poder. Sea esto indeseable o no, la ley parece impotente para frenar el ejercicio del poder (en general, pero en especial el militar) tanto en situaciones de emergencia (reales o pretendidas) como en tiempos de normalidad.

## II. EL “CICLO” DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL EN ESTADOS UNIDOS

Harold Koh (1990: 5, 12-13 y 62-63) sostiene que escándalo Irán-*Contra* no debe ser tomado meramente como un ilícito del entonces presidente Ronald Reagan y otros funcionarios públicos. Para el autor, el punto crucial es lo que enseña sobre el patrón que guía las relaciones entre los tres poderes del Estado en asuntos de seguridad nacional.

Para Koh (1990), el Ejecutivo norteamericano, al menos desde la década de 1970, siempre se impone frente a los otros poderes porque (i) tiene iniciativa plena en asuntos de seguridad, defensa y política militar; (ii)

el Congreso consciente lo que hace el PE y (iii) el Poder Judicial tolera sus decisiones (Koh, 1990: 5). El autor elabora este ciclo para analizar las razones institucionales que posibilitó el apoyo militar secreto de su país a los *Contra* en Nicaragua financiado mediante la venta igualmente secreta de armas a Irán durante la guerra con Irak.

Este patrón se halla en casos de intervenciones a gran escala —como en Vietnam luego del episodio en el Golfo de Tonkín que empujó la decisión de intervenir de Lyndon Johnson— o de menor intensidad y tiempo —como el intento de rescatar los civiles secuestrados en la embajada en Irán decidida por James Carter o la intervención militar en Granada por Ronald Reagan, entre otros casos (Koh, 1990: 38-39)—. La tendencia se ha acentuado desde entonces.

La presidencia de George W. Bush y la *war on terror* ofrecen los ejemplos más actuales. Harold Koh era decano en la Universidad de Yale durante los gobiernos de Bush y es reconocido por su crítica a esta situación de preeminencia del ejecutivo, tanto en la obra citada como en trabajos y declaraciones posteriores. Sin embargo, hay autores que afirman lo mismo, solo que para defenderla. Por ejemplo, John Yoo (2009: 410) sostiene que la forma en que Bush pudo continuar la guerra de Irak durante la “*surge*”<sup>1</sup> de 2007 a pesar de la oposición de parte de los miembros del Congreso sirve como “recordatorio tanto de la preeminencia constitucional del presidente en la guerra, como de la reluctancia del Congreso de usar sus poderes para frenarlo”.

Posner y Vermeule argumentan algo similar para toda situación de emergencia: el poder ejecutivo actúa, el legislativo acepta y las cortes son deferentes (Posner y Vermeule, 2007: 1). Sólo cuando la situación de emergencia aminora, los jueces comienzan a oponerse a las acciones del ejecutivo alegando que se excedió en sus facultades o violó garantías constitucionales. Únicamente en ese momento el Congreso aprueba una nueva legislación para constreñir al ejecutivo en un futuro y evitar nuevos

---

<sup>1</sup> La *surge* (oleada) fue una decisión que tomó Bush para afrontar la guerra civil desatada, sobre todo, a partir de 2006 en Irak. Para llevarla adelante, Bush descabezó el Pentágono (su secretario de defensa Donald Rumsfeld tuvo que irse) y el Centcom (Comando Central) con sus generales a cargo de la campaña. También ignoró las recomendaciones del *Iraq Study Group*, una comisión creada por el Congreso de Estados Unidos para asesorar al presidente, y, en general, la opinión pública desfavorable al envío de más tropas (Bergen, 2011: 273-296; Smith, 2016: 524-548).

desbordes. Sin embargo, ante una nueva emergencia el ciclo se reanuda con acciones del presidente que son consentidas por los otros poderes.

Esta primacía del ejecutivo se debe a muchas razones. Una de ellas es a la naturaleza y las necesidades del instrumento militar, sobre todo en situaciones de guerra o emergencia. Como sostiene Baker (2007: 25), el Ejecutivo es un poder unitario que, a diferencia del Congreso, tiene las ventajas de la “sorpresa, velocidad y secreto”. Esto es vital para el comando operacional de las fuerzas armadas, que difícilmente podría funcionar si estuviese sujeto al control de diversas agencias o de otros poderes del Estado. Además, continúa el autor, la decisión unilateral del ejecutivo evita “la obstrucción de la política de partidos” (Baker, 2007: 26).

Aunque el propio Baker (2007: 26-27) señala contraargumentos y beneficios del control de las acciones militares del ejecutivo por parte del Congreso y, en general, de la opinión pública, la primacía del presidente es incuestionable. Esto parece promover la deferencia de los otros poderes incluso en casos en que el presidente ha ignorado, interpretado de forma sumamente flexible o directamente violado normas dictadas por el legislativo o decisiones del Poder Judicial.

Como dijimos, la guerra contra el terrorismo iniciada en 2001 ha sido (y sigue siendo) pródiga en ejemplos sobre el punto. Incluso en temas relativos a los derechos humanos más fundamentales, el ejecutivo ha triunfado frente a la legislación. Así fue, por caso, con la prohibición de tortura que dictó el Congreso de Estados Unidos en 2005. A iniciativa del senador republicano John McCain, el legislativo buscó frenar los “enhanced interrogation techniques”, eufemismo para designar la legitimación de la tortura realizada por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y las fuerzas armadas estadounidenses con los detenidos sospechados de terrorismo. El gobierno de George W. Bush luchó para que la ley no se aprobara. Sin embargo, al sancionarse por el Congreso, Bush no la vetó. Lo que hizo fue dictar una reserva de interpretación que afirmaba que el presidente “se reserva la interpretación de esa ley en la órbita de su actuación” (Smith, 2016: 470 y 471). El argumento de Bush y sus asesores se basaba en la cláusula de comandante en jefe por la cual las operaciones militares se subordinaban al presidente. Al ser esta facultad otorgada por la Constitución norteamericana al ejecutivo de forma directa, el legislativo invadía una potestad que no le correspondía. Nada pudo hacer el Congreso frente a esta interpretación.

Lo mismo sucedió con la reserva interpretativa en el contexto de la renovación del *Patriot Act*. Bush volvió a advertir que se reservaba la interpretación de la nueva legislación en todo lo que constriña su poder. Tenía en cuenta en especial las restricciones que buscaron imponerse sobre la obtención de información por parte del Oficina de Investigación Federal (FBI). Según Smith (2016: 474), estos ejemplos son solo “la punta del iceberg” del poder presidencial durante la *war on terror*. Alegando ser él el comandante en jefe (algo cierto), Bush se sobrepuso a las cuatro veces que el Congreso intentó prohibir que tropas estadounidenses entren en combate en Colombia. Para el presidente, estas normativas del Congreso tenían “naturaleza consultiva” ya que la potestad sobre el uso de las fuerzas armadas recae en el ejecutivo.

En dos oportunidades, el Congreso buscó frenar la obtención de información sin orden judicial por los servicios de inteligencia que se hallan bajo el mando del presidente. En ambos casos, Bush firmó una declaración diciendo que el único comandante en jefe es el presidente y es él quien decide cómo se colecta la información en situación de guerra. Ocurrió lo mismo cuando el Congreso dictó una ley por la que el Ejecutivo debía informar sobre los *black sites* de la CIA, *i.e.* los sitios fuera del territorio de Estados Unidos en los que la central de inteligencia encerraba secretamente (y sometía a interrogatorio a veces mediante tortura) sospechados de terrorismo. De nuevo, Bush argumentó que como comandante en jefe no estaba obligado a dar esos informes.

Es cierto que la Corte Suprema de Estados Unidos le propinó un golpe muy duro a la administración Bush en la causa *Hamdan v. Rumsfeld* en junio de 2006. El tribunal, contra la pretensión del Ejecutivo, declaró inconstitucionales las comisiones militares para juzgar a civiles; determinó que el hábeas corpus y demás garantías constitucionales se aplicaba a los prisioneros de Guantánamo y, en general, a quienes estuviesen bajo el poder de las fuerzas armadas de Estados Unidos sin importar si estaban dentro o fuera del territorio del país; y estableció, contra lo que había declarado Bush, que la Convención de Ginebra sí se aplicaba en el combate contra Al Qaeda.

Para los defensores de Bush, la decisión fue tomada como una intromisión del poder judicial en potestades del ejecutivo (Yoo, 2006: 235-238). En el interior de su gabinete se debatió fuertemente qué hacer frente a este fallo. Su vicepresidente, Dick Cheney, y el procurador general, Alber-

to Gonzales, se opusieron y aconsejaron al presidente que no cumpliera con las obligaciones impuestas por la Corte. La por entonces secretaria de Estado, Condoleeza Rice, al contrario, instó a Bush a que se atenga a lo dicho por el tribunal para evitar dejar como legado de su presidencia una mancha tan oscura (Smith, 2016: 503-504). Bush optó por este camino,<sup>2</sup> pero envió un proyecto de ley al Congreso para legitimar las comisiones militares. Otra vez la Corte lo declaró inconstitucional el 12 de junio de 2008 en la causa *Boumediene v. Bush*.

Estos dos fallos parecerían mostrar el control que el poder judicial ejerce sobre los actos del presidente y del Congreso. Sin embargo, si se analizan en el contexto se ve que ambas causas (y, en especial, la segunda) se fallaron en momentos de desprestigio del presidente. Desde el inicio de la *war on terror* se judicializaron las pretensiones del Ejecutivo de ampliar su poder. Pero los tribunales fueron deferentes. La Corte consintió la designación de enemigos combatientes a ciudadanos americanos en *Padilla* y en *Hamdi*, ambos de 2004, más allá de sostener que el acusado podía controvertir esta decisión. Solo cuando el desprestigio que se produjo, sobre todo, por el fiasco de la guerra en Irak y cuando Bush estaba llegando al final de su segundo mandato, es que la Corte dictó ambos fallos contrarios a sus pretensiones. Por lo demás, el Ejecutivo logró evitar las consecuencias de éstos hasta el final. Nunca dejó de detener prisioneros y de interferir comunicaciones telefónicas sin orden judicial. Tampoco cerró Guantánamo ni prohibió las rendiciones (*i.e.* el secuestro de una persona en el extranjero y la abducción hacia un país donde la tortura es práctica habitual para ser interrogado), ni cumplió los Convenios de Ginebra. Durante la guerra contra el terrorismo, el ejecutivo estadounidense definitivamente ganó.

### III. LA PRIMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL EJECUTIVO EN ARGENTINA

En Argentina, el poder militar es exclusivamente potestad del Estado federal. Las provincias no pueden “armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente

---

<sup>2</sup> Es interesante notar que, según el relato de Smith (2016) citado, Bush se convence por el argumento estrictamente político de Rice y no por razones jurídicas. Esto es algo que debe recordarse para entender cómo funciona la distribución de competencias en asuntos de seguridad, al menos en Estados Unidos.

que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal” (art. 126, CN). Tampoco pueden “declarar, ni hacer la guerra a otra provincia” (art. 127, CN). Como veremos más adelante, las milicias provinciales (creadas a imagen de la Guardia Nacional de Estados Unidos) se hallaban en la CN original de 1853, pero ya sobre el final del siglo XIX no funcionaba ninguna y la cláusula que las legitimaba fue eliminada en la reforma constitucional de 1994. Por tanto, cuando hablamos de FFAA nos referimos exclusivamente al Ejército Nacional, la Armada Argentina y la Fuerza Aérea Argentina, las tres ramas de las FFAA que dependen del Estado Nacional.

Según la ley de defensa nacional 23554 de 1988, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina forman parte del sistema de defensa nacional. Estas dos instituciones de seguridad militarizadas surgieron en el seno del Ejército y la Marina, respectivamente. Sin embargo, según la ley de seguridad interior 24059 de 1991 forman parte también del sistema de seguridad. Además, tanto la Gendarmería como Prefectura pasó de depender del Ministerio de Defensa al Ministerio del Interior primero y luego de Seguridad. Con lo cual, más allá de funciones de complementación con las FFAA, constituyen fuerzas de seguridad dedicadas a la seguridad interior.

### 1. *La declaración de guerra*

Las facultades del Congreso de la Nación al respecto se hallan en el artículo 75, incisos 25 a 28 de la CN. Estas cláusulas incluyen nada menos que la declaración de guerra y la orden de represalias. Se sigue aquí la idea republicana sobre quién debe decidir la guerra: el pueblo mismo o sus representantes quienes, en definitiva, irán a luchar y probablemente morir (Kant, 2010: 311-312).

Sin embargo, el artículo 99.15 establece que el PE “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso”. Una directiva de interpretación lingüística de textos jurídicos indica que a dos términos distintos deben darse significados diversos salvo razones de peso en contra. En este sentido, “autorización” y “aprobación” debe entenderse como dos conceptos diferentes. Y de hecho lo son. Mientras autorización implica un acto previo a algo, aprobación supone un momento posterior.

Teniendo esto en cuenta, ¿cómo es el procedimiento para declarar la guerra en Argentina? ¿Qué órgano actúa primero, el PL que *autoriza* al PE a declarar la guerra o el PE que la declara y luego recibe la *aprobación* del Congreso, o ambas?

Teniendo en cuenta el artículo 99.15, podría entenderse que la autorización (previa) del Congreso es para declarar la guerra y la aprobación (posterior) es para las represalias. Sin embargo, no es aceptable, ya que al establecer las facultades del Congreso habla de “autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra” (75.25) y “facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias” (75.26). Tanto “autorizar” como “facultar” indican un paso *previo* a la declaración de guerra o la orden de represalias.

Lo problemático es que ninguno de los dos incisos del 75 habla de “aprobación” de una declaración de guerra o represalia hecha por el PE. Esto podría entenderse como una limitación al PE: solo puede declarar la guerra u ordenar represalias mediando una previa autorización del Congreso. Si esto es así, entonces las dos palabras utilizadas en el 99.15 significarían lo mismo o, lo que es igual, el término “aprobación” estaría vaciado de contenido. La consecuencia sería problemática: quien ejerce la presidencia no podría declararse la guerra durante el periodo de receso del Congreso (desde el 30 de noviembre hasta el 1o. de marzo) sin convocar a sesiones extraordinarias. Así lo entiende, por ejemplo, Ekmekdjian (1997: 659).

La segunda posibilidad es que la “aprobación” del Congreso sea necesaria durante su receso luego de una declaración del PE en esos meses, siendo la autorización requisito durante el periodo de sesiones ordinarias. Sin embargo, cuando los constituyentes quisieron establecer que ciertas facultades del Congreso son ejercidas por el PE durante el receso de aquél con su aprobación posterior, como sucede con el estado de sitio (artículos 75.29 y 99.16 CN) y la intervención federal (artículos 75.31 y 99.20 CN), lo hicieron expresamente. No fue así con la declaración de guerra.

Ekmekdjian estaría en lo cierto, más allá de que la consecuencia que extrae (que el PE no puede declarar la guerra sin convocar *previamente* al Congreso) puede no ser acertada. Puede dudarse del acierto de Ekmekdjian porque existe una última alternativa: entender que el PE puede declarar por sí la guerra durante el receso sin necesidad de aprobación posterior del Congreso, ya que la CN nada dice al respecto. El problema aquí es que el término “aprobación” se vaciaría de contenido, de la misma forma que lo hace Ekmekdjian solo que, en este caso, para inclinar la balanza en favor del PE.

Por último, también podría entenderse que el PE puede, durante el receso o el periodo de sesiones ordinarias, declarar la guerra con la autorización previa *y también* con aprobación posterior. Esta interpretación, sumamente difícil de sostener en la práctica, no ha sido propiciada por ningún gobierno de iure ni la hemos hallado en la doctrina constitucional. Por lo demás, insistimos, el artículo 75 no dice “aprobar” una declaración de guerra declarada por el PE.

Este problema normativo no ha preocupado a la doctrina constitucional. Mucho menos en la actualidad, algo que es entendible. Argentina solo ha declarado la guerra en dos oportunidades, contra Paraguay en 1865 y contra las potencias del Eje a semanas de concluir la Segunda Guerra Mundial en 1945. En la segunda oportunidad, el Congreso no estaba en funciones desde 1943.

La práctica mundial es la de no declarar la guerra (Fernández Rodríguez y Sansó-Rupert, 2010: 740). Estados Unidos, que tiene disposiciones similares a las nuestras en su Constitución, no lo ha hecho desde la Segunda Guerra Mundial (Starr-Deele, 2014: 23), más allá de las intervenciones militares casi constantes en todo el mundo que ha realizado desde entonces. Para salvar esto se ha distinguido, de forma algo barroca, entre “declarar la guerra”, facultad del Congreso, y “hacer la guerra”, facultad del ejecutivo (Baker, 2007: 34).

El derecho internacional ha proscripto la guerra, por lo que toda acción armada es entendida como una acción policial tendiente a acabar con los criminales que atentan contra la paz mundial y no como un conflicto entre Estados para resolver alguna controversia<sup>3</sup>. Ya no se pelean más guerras y ningún Estado declara formalmente que está en una, por lo que las discusiones sobre esta potestad en el interior de los sistemas constitucionales han perdido parte de su vigencia.

Ahora bien, esta mutación en la guerra (de conflicto inter-estatal a acción policial) ha beneficiado al ejecutivo y la concentración de poder en sus manos. Los presidentes de Estados Unidos han podido llevar a su país a la guerra en Corea, Vietnam, Irak, Afganistán y de nuevo Irak (por no contar los usos de la fuerza “menores” a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y estas dos primeras décadas del XXI) sin necesidad de decla-

---

<sup>3</sup> De esto se dio cuenta prontamente Schmitt (2005) e hizo críticas profundas a lo largo de su obra (p. 5). Max Boot (2003, 19 de febrero), en el siglo XXI, defiende la idea de que Estados Unidos está llamado a ser la policía internacional.

ración de guerra, más allá de las “autorizaciones para el uso de la fuerza” emitidas por el Congreso a partir de la década de 1970 y solo en algunos casos. En todos, la decisión de atacar ha sido siempre del ejecutivo y el Congreso ha acompañado con posterioridad. Con las tropas combatiendo y la apelación a una emergencia, la historia constitucional norteamericana muestra que el Congreso es renuente a frenar una incursión militar<sup>4</sup>.

## 2. *El comandante en jefe dispone y decide en la excepción*

Otro camino por el que el PE triunfa sobre el PL surge del debate sobre la distribución de competencias militares, en particular en lo que respecta a la facultad de disposición de las FFAA (artículo 99.14 CN) y la cláusula de comandante en jefe (artículo 99.12 CN). El alcance de los poderes que tiene el comandante en jefe no es claro, por lo que sirve como base para ampliar las facultades presidenciales en este aspecto. De hecho, según afirma Huntington (2002), la función más importante que esta cláusula ha tenido en Estados Unidos ha sido la de expandir los poderes presidenciales (p. 184), algo que también puede servir de argumento en nuestro país. Además, la facultad de disposición de las FFAA está otorgada al presidente por la propia CN y es ejercida “según las necesidades de la Nación”, por lo que resulta una facultad en apariencia discrecional.

Con base en estas cláusulas, como hemos analizado en otro trabajo (Tripolone, 2018a), constitucionalistas como Bidart Campos (1999, t. III: 307), Sinópoli (2003: 70) y Palazzo (2010: 834) consideran que la legislación no puede limitar el poder de disposición de las FFAA incluso en asuntos en que el Congreso le ha vedado actuar mediante la legislación. Ciertos constitucionalistas siguen una doctrina similar en Estados Unidos y fue la base para los memorándums que la Oficina de Asuntos Legales del ministerio de Justicia emitió durante la Presidencia de Clinton y, con mayores consecuencias, con los que fundaron la expansión de los poderes

---

<sup>4</sup> Como afirma Starr-Deelen (2014: 42), “Normalmente, el Congreso falla en el control del poder que reclama el presidente [en cuestiones de seguridad nacional], o bien porque es controlado por el mismo partido político que el Ejecutivo, o bien porque sus integrantes calculan que hay más para perder que para ganar en desafiar las acciones del presidente en nombre de la seguridad nacional”.

presidenciales luego de los atentados el 11 de septiembre de 2001 (Smith, 2016: 257-258).<sup>5</sup>

Por su parte, las facultades de emergencia del presidente en Argentina no tienen correlato en la Constitución de Estados Unidos. La más importante es, sin dudas, la posibilidad que tiene de declarar el estado de sitio por sí mismo cuando el Congreso se halla en receso. Aunque el PL deba ratificar esta declaración, la celeridad del PE le permite actuar entre la declaración y la ratificación, restringiendo derechos, ordenando arrestos y traslados que pueden ocasionar perjuicios graves.

La declaración del estado de sitio activa la posibilidad de utilizar a las FFAA en asuntos de seguridad interna, tal cual lo legisla el título VI de la Ley 24.059 de seguridad interior. El artículo 31 establece que, una vez declarado el estado de sitio, si las fuerzas de seguridad “a criterio del presidente de la Nación” son insuficientes, puede valerse de las FFAA para “el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional”. Como recaudo previo, el artículo 32 exige que para este empleo de las FFAA se declare el estado de sitio, facultad del Congreso de la Nación pero que, como vemos, puede ejercer el PE durante el receso de aquél.

La cláusula de comandante en jefe y la facultad de disponer de las FFAA que otorga la CN ofrecen dos marcos de discusiones que pueden justificar la utilización por parte del PE del poder militar incluso más allá de los límites de la legislación. Al contrario, la facultad de valerse de ellas en caso de estado de sitio está reconocida expresamente en la ley de seguridad interior. En cualquier caso, todas ellas demuestran por qué el sistema constitucional y legal está diseñado para que el PE gane.

#### IV. EL CONGRESO LEGISLA Y EL EJECUTIVO IGNORA

Luego de la restauración de la democracia en 1983, el presidente Raúl Alfonsín promovió fuertes cambios en el control civil de las FFAA para que dejaran de ser un factor de poder que condicionara las autoridades democráticas, como lo habían sido desde 1930. En este sentido, Alfonsín eliminó la figura de comandante en jefe en cada una de las tres fuerzas que existían con anterioridad para asumir él mismo la función (tal como manda la CN); promovió por un decreto el juzgamiento de los delitos co-

<sup>5</sup> En contra de estas posiciones en Argentina, Quiroga Lavié *et al.* (2009, t. II: 958).

metidos durante la última dictadura militar; redujo drásticamente el presupuesto a las FFAA, entre otras acciones.

Por su parte, el Congreso Nacional dio quizás los pasos más significativos desde el punto de vista institucional y de política a largo plazo. La sanción de la ley de defensa nacional 23554, con apoyo multipartidario en 1988, fue el hito fundamental (DerGhogasian, 2010: 13; Diamint, 2014: 100; Ugarte, 2013: 61). Junto a las leyes de seguridad interior (1992) y de inteligencia (2001), constituyó el pilar en el que se asentó el control civil de las FFAA. La razón principal radica en la distinción tajante entre asuntos de seguridad interior y de defensa nacional que todavía rige (artículo 4). Las FFAA se encargan solo de los segundos, los cuales se relacionan con el enfrentamiento de “agresiones de origen externo” (artículo 2).

Este cimiento legal no fue acompañado por decisiones del PE que consolidaran el gobierno civil de las FFAA. A diferencia del Congreso, el PE mantuvo una relación que los especialistas han llamado “delegativa” sobre las instituciones militares (Montenegro, 2013: 196-199). Eran éstas, y no quien ejercía la presidencia y el Ministerio de Defensa, quienes diseñaban los planes operacionales y estratégicos, proponían ascensos y designaciones del personal, distribuían el presupuesto, organizaban territorialmente las dependencias, entre otras tareas centrales. El Ministerio de Defensa, quizás el más débil y relegado del gabinete, cumplía en estos temas un papel formal y el PE refrendaba lo decidido por quienes son sus subordinados de uniforme.

Para el caso particular del Ejército, Lafferriere y Soprano (2015) afirman que existe una diferencia sustancial entre la legislación que organiza la fuerza con lo que realmente sucede en el terreno. Para los autores, la falla principal se encuentra en la relación entre el presidente y las FFAA. No faltan leyes ni están desactualizadas. El problema son las directivas que solo el comandante en jefe, el presidente, puede dar y que, o bien no se dan, o bien no son puestas en práctica (Lafferriere y Soprano, 2015: 133-140).

La relación delegativa se extendió hasta el 2005, al menos según los análisis de Montenegro (2013) y Lafferriere y Soprano (2015: 100, n. 29). El problema del control civil de las FFAA y el planeamiento desde el Ministerio hacia las instituciones castrenses —y no desde las FFAA que hacían refrendar sus planes a las autoridades civiles— se habría logrado. De esta manera, el control civil establecido en la CN tendría un principio de

cumplimiento. El presidente habría establecido su supremacía sobre las FFAA. Sin embargo, el Congreso ha sido impotente frente a las victorias del PE sobre su legislación.

## V. LAS GRANDES VICTORIAS DEL EJECUTIVO

El PE ha ganado siempre en materia militar frente al Congreso de la Nación. En estas páginas analizaremos solo lo sucedido a partir de la presidencia de Raúl Alfonsín y hasta fin de la presidencia de Mauricio Macri, esto es, desde 1983 hasta 2019.

### 1. *Raúl Alfonsín*

Pocos meses después de sancionada la Ley 23554, el 23 de enero de 1989, un grupo guerrillero liderado por Enrique Gorriarán Merlo, llamado Movimiento Todos por la Patria (MTP), intentó tomar el cuartel del Regimiento de Infantería Mecanizado 3 (RI3) localizado en La Tablada. Aunque resultó infructuoso, se desarrollaron fuertes enfrentamientos entre los efectivos del Ejército (muchos de ellos conscriptos), la policía y el grupo guerrillero.

El presidente Raúl Alfonsín ordenó a las FFAA actuar. Se movilizaron de otras dependencias más de 3,000 efectivos con tanques y artillería para enfrentar a medio centenar de guerrilleros. Como argumentó el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta potestad le asistía al presidente por ser el “comandante en jefe de las Fuerzas Armadas” y no necesitaba orden judicial. De hecho, la posibilidad de ordenar que las FFAA se movilicen está, se dijo, “sustraída” del Poder Judicial. Para el Estado, estas facultades son discrecionales del PE (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, párrafos 71 y 73).

Bajo la tesis de la imposibilidad de restricción de la facultad de disposición de las FFAA por parte del Congreso que vimos más arriba, esta idea es acertada. Porque es claro que la decisión de Alfonsín vulneró la legislación promulgada por él mismo pocas semanas antes que limitaba el uso de las FFAA a agresiones de origen externo. El MTP era un grupo armado surgido en el país y que actuaba dentro del límite de las fronteras. Es evidente que los integrantes del RI3 tenían el derecho de defenderse del ataque. Lo

que no es para nada evidente es que pueda ordenarse a otras guarniciones de las FFAA a trasladarse hasta el lugar para repeler la agresión, teniendo a disposición las fuerzas de seguridad que ya habían rodeado la zona y estaban actuando.

El combate se alargó por treinta horas. Treinta y tres guerrilleros, catorce militares y cuatro policías murieron. Cuatro guerrilleros que habían sido fotografiados vivos durante la rendición, fueron fusilados o desaparecidos (Larraquy, 2017: 708). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que el Estado argentino debía investigar los supuestos delitos cometidos por las FFAA durante el enfrentamiento. En el contexto de una utilización de las FFAA por fuera de lo que la ley de defensa nacional prescribía, se sospecha que volvieron a ocurrir delitos graves como torturas, apremios ilegales y desapariciones.

El 16 de marzo de ese año (menos de dos meses después del atentado en La Tablada), el presidente Alfonsín dictó el decreto 327/89 que profundizó la abrogación de la ley del Congreso por parte del PE, ahora mediante un documento legal. En los fundamentos, el presidente argumentó que “dadas las particularidades de la acción terrorista subversiva”, la “Nación en su conjunto” resultaba agredida. Por tanto, continúa, “se deben instrumentar medidas de defensa que se irán graduando según la magnitud de la agresión, para lo cual se recurrirá a las Fuerzas Policiales o de Seguridad, dentro de sus respectivas jurisdicciones, *pudiendo finalmente llegarse al empleo de las Fuerzas Armadas*”. El presidente, según el decreto, está facultado para poner en cabeza de las FFAA la “zona de operaciones” en los que surja el conflicto y subordinar a ellas las policías provinciales y federales, tal como sucedió durante el Plan Conintes. Contrariamente a lo establecido por la ley, el presidente estaba involucrando a las FFAA en asuntos internos si lo consideraba necesario.

Por otra parte, el decreto apuntaba a la supuesta necesidad de adoptar disposiciones que permitieran flexibilizar el empleo de los organismos del Sistema Nacional de Inteligencia. La ley de defensa nacional sancionada en 1988 prohibió realizar tareas de inteligencia militar que tuvieran como hipótesis cuestiones de política interna (artículo 15 ley 23554). Sin embargo, el presidente Alfonsín sobrepasó esta disposición (o, cuanto menos, exprimió el lenguaje de la ley) para habilitar a las FFAA a realizar este tipo de inteligencia. Lo fundó en las amenazas del “terrorismo subversivo” que atacaba a la Nación en su conjunto. Las FFAA, se dijo, necesitaban tener

herramientas para anticipar otro ataque como el sucedido en La Tablada y, para ello, debían realizar inteligencia interna. Nada hizo el Congreso para frenar estas avanzadas del PE.

## 2. *Carlos Menem*

Al año siguiente, el presidente de la nación ya era Carlos S. Menem, quien ofrece ejemplos aún más elocuentes de las victorias del PE en asuntos militares y de defensa nacional. En este caso, ya no es solo la intervención de las FFAA en cuestiones internas, sino la participación de éstas fuera de las fronteras nacionales y, además, la vinculación con actos de contrabando y corrupción.

Menem, al igual que Alfonsín, hizo intervenir a las FFAA para reprimir el tercer levantamiento *Carapintada* que se dio durante su presidencia en 1990. El 3 de diciembre de ese año, liderados por Mohamed Alí Seineldín (quien era reconocido por su participación en la Guerra de Malvinas), los *Carapintada* tomaron el Edificio Libertador (sede del Ministerio de Defensa) y otras dependencias. La orden de represión mediante las FFAA se emitió sin negociación previa. El saldo fue de trece muertos, cinco de ellos civiles (Larraquy, 2017: 710-711).

Al año siguiente se sancionó la ley 24054 de seguridad interior, promulgada en enero de 1992. Si esta ley puede entenderse como complemento de la de defensa nacional de 1988, hay autores que la consideran un paso atrás (Escolar, 2017: 37-39). La ley se sancionó con la sombra de La Tablada y de los levantamientos *Carapintada*. Por eso es que esta legislación consagró la posibilidad, como vimos, de que las FFAA actuaran en caso de declaración de estado de sitio, a la par que autorizó su empleo cuando se viera atacada una jurisdicción militar, más las funciones de apoyo logístico a las fuerzas de seguridad.

Sin embargo, esta crítica puede matizarse. La nueva ley mantiene e incluso profundiza la distinción entre seguridad interior y defensa nacional. El artículo 3 menciona a las fuerzas policiales y de seguridad como responsables de la seguridad interior, definida en el artículo anterior. El Congreso de la Nación seguía mostrando un consenso multipartidario al circunscribir las tareas de las FFAA a la defensa ante agresiones externas, reservando los asuntos internos a las fuerzas de seguridad. Aunque pue-

dan señalarse desaciertos, el PL siguió buscando regular la actuación del presidente.

No obstante, el PE continuó ganando frente al Congreso, ya no en asuntos internos, sino en el exterior. Esta es la novedad más importante del periodo.

La política internacional de Menem, como es sabido, se basó en el alineamiento automático con Estados Unidos (Rapoport, 2017: 163-169), lo cual impactó decididamente en asuntos militares. Fue durante su gobierno que Argentina se involucró decididamente con contingentes de las FFAA en misiones multinacionales o auspiciadas por Naciones Unidas (Simonoff, 2005; Diamint, 2014: 172-175)<sup>6</sup>. El impacto positivo o negativo en términos de política exterior, formación, experiencia militar y generación de capacidades de defensa merecería otro tipo de análisis. Desde una perspectiva jurídica, es evidente que en estas misiones las FFAA realizan tareas propias de seguridad interior, es decir, actividades prohibidas en el interior de Argentina (Lafferreriére y Soprano, 2015: 168). Esto implica una disociación entre la misión dispuesta por la ley de defensa nacional y las tareas que llevan a cabo en base a una decisión de política internacional del presidente. Con diferencias, esto se mantuvo en las presidencias posteriores.

No obstante, el primer momento donde más claramente se vio que el PE vencía de manera inapelable al PL fue durante la Guerra del Golfo. Ante la decisión en favor del uso de la fuerza que tomó el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por la invasión de Irak a Kuwait, Argentina se unió a la Coalición liderada por Washington. Menem, sin pasar por el Congreso Nacional, decretó el envío de cuatro navíos de la Armada Nacional para llevar adelante tareas de bloqueo naval y escolta en el Golfo Pérsico.

El envío de una flota de guerra sin autorización del Congreso es una violación flagrante del reparto de competencias militares que indica la CN. La CN requiere de autorización del PL para la “salida de las fuerzas nacionales” del territorio de la Nación (actual artículo 75.28, en ese momento 67.25, CN). Sin embargo, el envío de la flota militar se hizo por el escueto decreto número 1871 del 19 de septiembre de 1990. Sólo el 13 de febrero de 1991, *i.e.* cuando la guerra estaba a poco más de diez días de concluir,

---

<sup>6</sup> Agradezco la recomendación de uno de los evaluadores anónimos, quien sugirió resaltar las misiones humanitarias de las FFAA en el exterior, algo que no habíamos hecho en la primera versión.

se publicó en el boletín oficial la ley del Congreso que lacónicamente “autoriza al Poder Ejecutivo nacional para disponer medidas para que la fuerza argentina en el Golfo Pérsico preste el apoyo apropiado, no pudiendo realizar las acciones bélicas directas”.

En ese momento, se argumentó que la autorización del Congreso no era requisito porque la flota argentina se enviaba con objetivos humanitarios y no bélicos. Que no haya realizado acciones bélicas es más que discutible. El destructor *ARA Almirante Brown* y la corbeta *ARA Almirante Spiro*, más sus relevos, la corbeta *ARA Rosales* y el buque *ARA Bahía San Blas*, estuvieron destinados al bloqueo marítimo en el golfo de Omán. Y el bloqueo es propiamente una acción militar. Pero esto puede considerarse irrelevante, ya que la CN no exige que la salida de tropas sea con fines de entrar en combate para que se requiera la autorización del Congreso de la Nación. La violación a la CN es clara y el PE ganó, no solo porque logró hacer salir a la flota sin autorización del Congreso, sino también porque éste lo acompañó con posterioridad y, de alguna manera, saneó lo que había sido un avasallamiento en sus facultades.

La segunda victoria del PE constituyó uno de los episodios más bochornosos del periodo menemista en cuestiones militares y que más parecido tiene con el escándalo Irán-*Contra* norteamericano: el de la venta de armas a Ecuador y Croacia entre 1991 y 1995. La trama de hechos no ha sido dilucidada completamente y los procesos judiciales llegaron a puntos muertos durante más de dos décadas. Los principales acusados fueron absueltos en 2011 y en 2018 se cerró la causa.

Los acusados –entre ellos los ex ministros de Defensa Oscar Camilión y Erman González, el ex canciller Guido Di Tella, el propio ex presidente Carlos Menem, entre otros– habrían participado en la venta de toneladas de armamentos a Ecuador, en el contexto de su guerra contra Perú, y a Croacia durante el conflicto por la desintegración de Yugoslavia. En ambos casos, la operación fue secreta (Santoro, 2013, 8 de marzo); en los dos conflictos, Argentina se había comprometido públicamente a ser mediador (caso Ecuador) o neutral y hacer cumplir el embargo de armas con todos los beligerantes (caso Croacia) (Piñeiro, 2013).

Los avatares judiciales no son abordados aquí, ya que la relación entre el PE y el Judicial quedará para otro trabajo. Sin embargo, debe notarse que el Congreso no solo fue impotente ante el contrabando que impulsó el PE,

sino que fue deferente con él cuando se quiso realizar una investigación que no llegó a ninguna conclusión.

En marzo de 1995, se interpelló al ministro de defensa Oscar Camilión para que diera explicaciones en la Cámara de Senadores de la Nación. Allí fue acusado por bloques opositores e incluso por la, en ese momento, senadora Cristina Fernández de Kirchner, quien integraba el bloque del Partido Justicialista (oficialismo) y pidió su renuncia (Jastreblansky, 2011, 5 de septiembre). Recién en julio del año siguiente Camilión renunciaría, por lo que no habría una relación de causalidad entre la interpelación del Congreso y su alejamiento del cargo. Las crónicas de esos años enlazan la dimisión con el proceso judicial por la venta de armas y no por la actuación del Congreso (*La Nación*, 1996, 17 de julio). Posiblemente también se debió al nivel del escándalo, que fue tanto interno como internacional. Sobre todo en el caso croata, Argentina estaba formando parte del conflicto que se disputaba entre Occidente, que apoyaba a Croacia y Bosnia-Herzegovina, y Rusia, que se inclinaba por Serbia, por lo que su accionar se conoció fronteras afuera del país.

Lo que es indudable es que la participación del PL no fue más allá de esa interpelación. No se creó una comisión de Investigación, que es una facultad implícita (artículo 75.32 CN) del Congreso según la práctica y la doctrina constitucional. No hubo juicio político a los ministros (que pueden ser acusados por la Cámara de Diputados y destituidos por la de Senadores, artículo 53 y 59 CN) ni, por supuesto, del presidente.

El Congreso ni siquiera modificó la legislación reclamando una intervención en el proceso de exportación de armas. Según el artículo 34 de la Ley 12.079, la exportación es una facultad que tiene el PE. Sin embargo, el texto original de la ley, que data de 1941, establecía que superado cierto valor (que habría que actualizar) se requería autorización del Congreso. Esta autorización fue derogada por la ley 20010 de 1972 (gobierno de facto). Desde ese momento, la obligación del PE es, simplemente, “dar cuenta” de la operación al Congreso. Reasumir esta facultad parecía la primera acción frente a un escándalo semejante, pero no se hizo. Algo similar sucedió en Estados Unidos con los intentos frustrados del Congreso de frenar la venta de armas de Nixon y la ausencia de iniciativa luego del escándalo *Irán-Contra* (Koh, 1990: 49-52).

De hecho, el senador Alberto Maglietti presentó un proyecto de ley el 2 de junio de 1998 para establecer que el Senado debía aprobar las ventas

de armas al exterior. El proyecto era sin dudas defectuoso. En cualquier caso, no fue tratado y caducó<sup>7</sup>. No obstante, uno más elaborado en 2006, propuso el establecimiento de un “Código de Conducta de Exportaciones de Armas, Material Bélico, Tecnologías y Bienes de Uso Dual”, presentado por los legisladores Mario Domingo Daniele y María Cristina Perceval, tuvo el mismo destino que el de Maglietti.<sup>8</sup> En definitiva, el Congreso no hizo demasiado ni para investigar ni para intentar remediar la situación.

Menem finalizó su mandato invicto frente al Congreso: las FFAA se involucraron de lleno en tareas de seguridad en el exterior del país, envió una flota de guerra sin autorización del PL, hizo intervenir a las FFAA en asuntos internos para reprimir un alzamiento militar y montó una operación secreta de venta de armas a dos países en guerra.

### 3. De los Kirchner a Mauricio Macri

El PE pareció ponerse de acuerdo con el Congreso mediante el decreto 727/06 del presidente Kirchner. El PE, quizás de forma inédita en la historia nacional, auto restringió sus potestades sobre las FFAA. Lo hizo mediante la decisión de acotar el margen de actuación del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea a agresiones que provengan de *fuerzas armadas* de otro *Estado*. De este modo, como afirma la fundamentación del decreto, se evitaba la consideración del terrorismo o el narcotráfico como amenazas que las FFAA deban combatir, tal como se promovía a partir de la *war on terror* desde Estados Unidos.<sup>9</sup>

Esta restricción presidencial autoimpuesta se mantuvo en líneas generales, pero también se violentó. No se hizo mediante acciones espectaculares ni operaciones que hayan comprometido seriamente derechos individuales, a diferencia de los periodos anteriores. Sin embargo, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner (sucesora de su marido) decidió, a instancias de sus ministros de defensa y de seguridad, que centenares de efectivos militares fueran afectados a tareas de patrullaje aéreo e incluso terrestre en la región noroeste y noreste del país.

---

<sup>7</sup> [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=891/98&nro\\_comision=&tConsulta=3](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=891/98&nro_comision=&tConsulta=3).

<sup>8</sup> <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&numexp=1055/06&tipo=PL&tConsulta=1>.

<sup>9</sup> Hemos tratado esta problemática en Tripolone (2018a).

Según Marcelo Sain (2018), el quiebre se dio en 2013. Fernández de Kirchner inició un proceso de intervención menguada y solapada de las FFAA mediante el llamado Operativo Escudo Norte y Operativo Fortín II que tenían como objetivos el control del narcotráfico en la frontera norte del país (Sain, 2018: 89-197). Según el autor, el promotor de este plan fue el entonces jefe del Ejército César Milani. De ser cierto, habría aquí un retorno a la elaboración de la política de defensa desde las FFAA (y no desde el PE), algo que a partir de 2005 había cambiado.<sup>10</sup>

Esta mutación por parte del PE del rol de las FFAA que el Congreso había consagrado en la legislación fue, como se dijo, solapada y sin un discurso altisonante y militarista. Al contrario, con la asunción a la presidencia de Mauricio Macri, la orientación incluso discursiva cambió y se decidió por un rumbo contrario a la legislación, tanto en su letra como en su espíritu.

En general, la política de defensa de Macri modificó ciertos aspectos de la del kirchnerismo. Macri buscó darle mayor visibilidad a las FFAA (Calderón, 2017: 18-28), aunque solo un estudio más detallado posibilitaría afirmar que esto implicó mayores márgenes de autonomía en la toma de decisiones. De cualquier modo, lo central está en cómo el presidente logró, sin necesidad de pasar por el Congreso de la Nación, profundizar un viraje hacia el involucramiento de las FFAA en tareas de seguridad sin que el Congreso pudiera evitarlo.

El cambio de rumbó se expresó legalmente con el decreto 683/18 que reformó el 727/06 del presidente Kirchner. Macri se valió de las facultades reglamentarias que la CN le otorga al presidente para eliminar la restricción del uso de las FFAA a ataques exteriores perpetrados por fuerzas armadas de otro Estado (artículo 1 dec. 727/06). Fundado expresamente en la idea de que el terrorismo o el narcotráfico pueden configurar “agresiones externas” en los términos de la ley de defensa nacional, el presidente ha habilitado a que sean utilizadas en este contexto<sup>11</sup>.

Además, acentuó el rol de las FFAA en labores secundarias. El propio presidente enfatizó en su discurso que anticipaba el decreto, que las FFAA debían colaborar de forma más intensa en asuntos de seguridad (Casa Ro-

<sup>10</sup> Véase lo afirmado en el apartado IV de este trabajo.

<sup>11</sup> Hemos analizado este punto en Tripolone (2018b). Aunque excede los límites temporales de nuestro trabajo, la disposición de Macri fue derogada por el decreto 571/2020 de Alberto Fernández el 26 de junio del 2020.

sada, 2018, 23 de julio). Esto, que violenta el espíritu de la ley de defensa nacional y la legislación de seguridad interior (por las mismas razones que lo hace el involucramiento de las FFAA en el Operativo Escudo Norte), no ha podido ser detenido por el Congreso Nacional.

Lo mismo sucede con la evidente inconstitucionalidad de una de las disposiciones del decreto 683/18. Como hemos señalado en otro trabajo (Tripolone, 2018a), la ley de defensa nacional reserva a la Gendarmería Nacional y Prefectura Naval la custodia de los llamados “objetivos estratégicos” del artículo 31 de dicha ley. El presidente Macri decretó que estos objetivos iban a ser custodiados por efectivos de las FFAA, lo cual no es simplemente un exceso reglamentario, sino una clara violación a la ley del Congreso. Sin embargo, la aquiescencia del PL (más la ausencia de causas judiciales que permitan a los tribunales actuar) hacen que el presidente triunfe en su iniciativa.

#### 4. *Intermedio*

Hay diferencias en todos los casos reseñados. El de la Guerra del Golfo y la venta de armas a Ecuador y Croacia son asuntos internacionales, siendo todas las demás cuestiones internas. A su vez, la venta de armas fue una decisión secreta y atravesada por un caso de corrupción bochornosa. El resto pueden ser decisiones políticas negativas e ilegales, pero no involucran causas por corrupción.

El caso de La Tablada constituye un ejemplo de conflicto armado interno, más allá de que haya durado menos de dos días completos. Así fue calificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando se llevó el caso a su jurisdicción. Durante la represión en La Tablada se presume que se cometieron violaciones a los derechos humanos y, según la Comisión, posiblemente al derecho internacional humanitario.<sup>12</sup>

El involucramiento de las FFAA en el Operativo Escudo Norte y Fortín II sería el más “inofensivo” desde el punto de vista de las violaciones a las garantías individuales y las libertades. Sin embargo, se hizo justo en el contexto en que el consenso parecía más consolidado y que el discurso del propio gobierno parecía fomentar. Esto reafirma la tesis de este artículo:

---

<sup>12</sup> Sobre el problema de la aplicación del derecho internacional humanitario por los órganos interamericanos, con referencias a La Tablada, véase Buis (2008).

incluso con las leyes vigentes de separación entre defensa y seguridad sostenidas por un consenso generalizado dentro de la elite dirigente y la ciudadanía, el PE puede vulnerar los márgenes legales en el uso de las FFAA sin que tenga resistencia. El caso de Macri es similar, solo que vinculó la inserción de las FFAA en tareas de seguridad como una política militar positiva, a diferencia de lo que se promovía –en líneas generales– en los años de Cristina Fernández.

Sea como fuere, en todos estos casos que hemos repasado, el PE ha logrado imponer su supremacía sobre el PL en cuestiones militares y de defensa nacional e incluso vulnerar la legislación del Congreso y la propia CN.

## VI. LAS RAZONES DE LAS VICTORIAS

### 1. *Razones constitucionales*

La cláusula de comandante en jefe y la facultad de disposición de las FFAA según las necesidades de la Nación, como se vio, son preceptos constitucionales vagos que permiten al presidente adjudicarse amplias potestades para valerse del instrumento militar. Esto se amplía aún más con interpretaciones de la CN como las que vimos realizan Bidart Campos (1999), Sinópoli (2003) o Palazzo (2010), quienes sostienen que son inconstitucionales las pretensiones de controlar la facultad presidencial de disponer de las FFAA.

Además, el presidente puede declarar el estado de sitio por sí mismo en el caso en que el Congreso esté en receso. En este supuesto, la ley de seguridad interior habilita la utilización de las FFAA para restablecer el orden interno. Incluso en el supuesto en que el Congreso, una vez reunido, rechace el estado de sitio, el presidente podría valerse de las FFAA desde su declaración hasta ese momento. La dificultad y los tiempos necesarios para reunir al Congreso fuera de las sesiones ordinarias posibilitan la utilización de las FFAA por el PE durante un lapso prolongado. Además, debe tenerse en cuenta las lealtades partidarias de los legisladores para con el presidente, más los costos políticos de rechazar un estado de sitio si la situación aparenta ser una emergencia real.

## 2. Razones de mando de las FFAA

Las FFAA necesitan de un mando único y centralizado, eso es algo claro y difícil de discutir. El Congreso no tiene las características que tiene el PE de unidad, celeridad y secreto que son imprescindibles cuando debe afrontarse una amenaza militar, más allá de que pueden resultar problemáticas en contextos de normalidad (sobre todo el secreto cuando no es imprescindible y la celeridad si se entiende como actuación sin debate previo). Por tanto, es lógico que en todo lo relativo a las FFAA la balanza se incline hacia el PE.

Sin embargo, tal como sostiene Baker (2007: 26) para el caso de Estados Unidos, el mando de quien ejerce la presidencia no debería ir en desmedro de un control posterior del Congreso y el Poder Judicial. Es obvio que este control tiende a proteger garantías individuales, pero también protege la política de defensa en general. Ese control legitima el accionar de las instituciones militares frente a un público normalmente reacio a su actuación y muy sensible frente a abusos de poder (Baker, 2007: 27).

## 3. Razones históricas

El Congreso de la Nación no ha sido activo en materia de defensa y asuntos militares. Esto se debe en buena parte a la desatención del PL, pero también a lo visto en el punto anterior: el centro de la escena está en el PE, el cual expande su poder aún más en situaciones de emergencia. Como vimos, el Congreso Nacional ha tendido a refrendar la lucha del PE por dominar a las FFAA, pero no intentar controlar al presidente si excede los marcos legales.

Si se toman los dos periodos más importantes de reformas en cuestiones militares se aprecia esta lógica. El primer periodo es el de las últimas dos décadas del siglo XIX. En él se logró el sometimiento de las milicias y las Guardias Nacionales que, aunque representaban el ideal republicano del ciudadano-soldado y la defensa de la patria por todos los hombres del país, constituían factores de poder provincial que enervaban la autoridad del Estado nacional (Macías y Sabato, 2013: 70-81). A partir de 1880 comenzó la centralización de las FFAA y con ello el poder armado se aglutinó en el Estado Nacional. Esto se consolidó con la ley Riccheri en 1901, pero tuvo

su origen en las pugnas del PE nacional a partir de 1880 con los poderes provinciales.

El segundo periodo está constituido por las últimas dos décadas del siglo XX que, como vimos en este artículo, estuvieron signadas por el sometimiento de unas FFAA que habían adquirido amplios márgenes de autonomía y sentido corporativo (Montenegro, 2013). Como dijimos más arriba, el rol del Congreso fue aquí mucho más evidente e importante con la sanción de las leyes de defensa nacional y seguridad interior. Sin embargo, esta legislación fue el resultado también del esfuerzo del PE que comenzó en 1983 por hacer valer su autoridad sobre las FFAA y no por iniciativa propia del PL. De hecho, el proyecto ingresó al Congreso en 1985 y demoró tres años en sancionarse.

En ambos casos, cuando el PE vulneró la legislación del Congreso, éste no utilizó sus herramientas de control para encarrilar la conducta del presidente en los marcos legales. Aún más, el PL refrendó lo actuado por el PE, como sucedió en el caso del envío de la flota de guerra al Golfo Pérsico.

#### 4. *Razones de formación política*

Los partidos políticos tampoco han sabido estar a la altura de lo que requiere la política de defensa. Esto lo señala en su ya clásico estudio Ernesto López (1994), quien muestra cómo el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical fueron ambiguos en materia militar durante la transición democrática. El primero se opuso a la anulación de la ley de autoamnistía y fue por demás oscilante frente a los juicios a las juntas militares. Algunos de sus miembros se manifestaron en contra de la ley de defensa de 1988, más allá del acuerdo final. Por otro lado, la UCR pregonaba juzgamiento por los crímenes de la dictadura militar, pero apoyó las leyes de punto final y obediencia debida y la limitación de los procesos a los altos mandos.

En general, existe una desatención de la clase política en los temas de defensa. Nadie gana elecciones con propuestas sobre defensa nacional y, por tanto, jamás figura en las prioridades de campañas electorales o de la agenda pública. Esta desatención también puede deberse a la marginación del país y la región de la agenda global y el escaso poder político de Argentina para incidir en cuestiones de seguridad internacional, tanto en la toma de decisiones como en la efectiva participación militar (Diamint, 2014:

27-29, 37 y 443). A esto se le suma que los estudios sobre defensa nacional en la academia argentina siguen siendo escasos (Diamint, 2014: 45-48; Lafferriere y Soprano, 2015: 13-15), por lo que la élite política no encuentra personal civil capacitado para ocupar puestos importantes en el Ministerio de Defensa o de legisladores o asesores en el Congreso Nacional.

Esta falta de preparación sobre asuntos de defensa y temas militares de los partidos políticos, los dirigentes y la academia reproducen el esquema que presenta Montenegro (2013): la toma de las decisiones principales y la formulación de políticas en el área son delegadas en las FFAA. En definitiva, el PL se ve sobrepasado por el PE quien, a su vez, delega parte de las decisiones en las instituciones castrenses. Éstas se educan a sí mismas (porque faltan académicos civiles) y se gestionan sus propios planes operacionales.

### 5. Razones contextuales a nivel mundial

Argentina no es una anomalía. La concentración de facultades en el PE es algo que se replica en otros países, sobre todo en el continente americano que cuenta con sistemas presidencialistas. Pero no solo allí. En cualquier lugar donde se den situaciones de emergencias, tal como sostiene Ignatieff (2005: 110), el público suele requerir acciones rápidas y eficaces para acabar con la amenaza dejando al PE “cada vez con menos ataduras —porque ya no teme el examen ni el control eficaz por parte de la Asamblea Legislativa o de las Cortes— y cree que puede ‘dejarse de contemplaciones’ y actuar con impunidad” con tal de salvar al Estado.

Este contexto mundial de emergencia permanente ayuda a que la fuerza centrípeta del ejecutivo aglutine cada vez más poder en su órbita. Tanto que autores como Posner y Vermeule (2011) hablan de un *Executive unbound*, es decir, un poder ejecutivo sin límites legales. Para los autores, la ley está impedida de controlar al ejecutivo en una situación global donde sus poderes se expanden, sobre todo ante emergencias. Los únicos controles provienen de la opinión pública y las relaciones de fuerza políticas (Posner y Vermeule, 2011: 1-17). Como decía Madison, a quien Yoo (2009: 28) cita para sostener su posición sumamente favorable al ejecutivo, “las medidas de seguridad solo pueden regularse por los medios y el peligro del ataque”. Con lo cual, se está a merced de lo que la sociedad y la élite dirigente haga al respecto y, como dijimos, el involucramiento de

estos sectores en asuntos militares y de defensa es escaso y con escasa formación.

## VII. CONCLUSIÓN: DE LA IMPOTENCIA A UNA PROPUESTA REALISTA

La hipótesis de este trabajo, inspirada en el estudio de Harlod Koh (1990) en Estados Unidos, de una primacía del PE y una deferencia del PL en asuntos militares y de defensa nacional está ampliamente comprobada. El problema no es tanto la primacía, que no sería reprochable o grave en sí mismo en la medida en que surja de la CN. El punto central es que existe una tolerancia a las violaciones de la voluntad expresa del Congreso manifestada en la legislación. Aún más, pueden encontrarse casos en que se han ignorado preceptos constitucionales claros.

En asuntos militares, los controles del Congreso frente al poder presidencial parecen impotentes. De ser cierto, se probaría, para Argentina, lo que Koh (1990), Yoo (2006 y 2009), Posner y Vermeule (2007 y 2011), entre otros, afirman para Estados Unidos. Esto es así más allá de la abrumadora diferencia que existe entre ambos países en este tema. Las decisiones que toma la Casa Blanca contraviniendo los controles internos de su Estado han provocado guerras con consecuencias devastadoras alrededor del mundo. En Argentina, los efectos son sobre todo locales y, al menos en las últimas décadas, las consecuencias han sido graves, pero ni remotamente cercano a lo sucedido en Vietnam o Irak.

Sin embargo, más allá de esto, lo importante es estar alerta frente a una realidad que debe tenerse en cuenta: el PE, si se lo propone, parece poder vulnerar los marcos legales e incluso constitucionales. Hasta ahora, la historia constitucional muestra que el Congreso no ha podido detenerlo. Aunque no ha sido objeto de análisis aquí y queda para trabajos posteriores, el Poder Judicial tampoco.

Esta comprobación no nos debería hacer pensar, como dijimos en la introducción, en un estado de inocencia y legalidad pura que se perdió en algún punto de la historia nacional. Siempre el PE ha primado sobre el PL en esta materia. Tampoco nos debería hacer creer que la solución está en reducir al mínimo las facultades presidenciales mediante más leyes. Es clarísimo que una legislación que promueva las consultas entre el PE y el PL (o, al menos, con las comisiones del Congreso encargadas del tema) sería positiva. Pero si este trabajo prueba algo es justamente la impotencia

de esta legislación para frenar el poder presidencial si éste se propone avanzar sobre ella. Además, si por hipótesis pudiese lograrse, en situaciones de emergencia real, la historia demuestra que el público exige medidas presidenciales eficaces y rápidas, que no podrían tomarse si la limitación fuera real, por lo que las consecuencias serían desastrosas.

¿Cómo pueden, entonces, evitarse las violaciones a la legalidad y a la CN en asuntos de defensa nacional? La clave está en algo que la teoría jurídica (y también política) ha olvidado y que es fundamental: la preparación y formación del político, en este caso, en asuntos de defensa nacional.

La formación política de la clase dirigente ha sido tradicionalmente relegada (Ghiretti, 2014: 325-347). Una dirigencia política poco formada puede pensar que la solución para asuntos como el narcotráfico o las (muy menores) amenazas terroristas está en el involucramiento de las FFAA. Aunque el Congreso no quiera modificar la legislación, el único escollo ante la voluntad de superarla lo tendrá en la opinión pública. Sin embargo, ésta puede cambiar. Acicateada por la idea de una emergencia o incluso ante un reclamo social genuino, una dirigencia sin formación (ni escrúpulos) no tendrá el límite de la ciudadanía para imponerse sobre un Congreso que se muestra impotente en la materia.

Por tanto, se necesitan dirigentes a la altura del desafío. Y no sólo con formación intelectual, sino también éticamente aptos. Como señala Baker (2007) específicamente para ámbitos de la defensa nacional, estamos a merced de seres humanos (y no de leyes) mucho más de lo que quisiéramos admitir. Ante la imposibilidad de controlar el secreto, la rapidez y la unidad de mando del ejecutivo en asuntos de defensa nacional, ésta se vuelve una de las áreas del gobierno que más depende de la integridad moral de quienes ocupan puestos públicos (Baker, 2007: 11).

Formación intelectual e integridad moral son la base que informa la virtud central del político, esto es, la prudencia. Estas consideraciones son ajenas a las que usualmente se hacen desde la ciencia jurídica, siempre propensa a buscar soluciones a todos los problemas políticos y déficits del sistema en normas generales. Sin embargo, la letra de una nueva ley, al menos en el ámbito de la defensa nacional y los poderes militares, es siempre factible de ser sobrepasada por los poderes del PE. Como afirma Palacio (1973: 55) más en general, “la menor o mayor suma del poder no depende del sistema que se practique o se proclame, sino de la persona que lo ejerza y sus dotes de inteligencia y voluntad”.

Si esto es cierto, la clave está en volver la mirada hacia las personas que ejercen el poder. Esto no significa, en lo absoluto, ignorar la ley. Implica entender cómo se ejerce realmente el poder, al menos en este particular campo que es la defensa nacional. Incluso Aristóteles, que sostenía la necesidad de que no mande un hombre “sino la razón, porque el hombre manda en interés propio y se convierte en tirano” (Aristóteles, 2007: 113 [1134a]), entendía que el gobierno pasa, en definitiva, por los hombres. “Por más que Aristóteles sitúe en la cumbre de su teoría política a la ley, aparece por encima la figura semioculta del hombre de gobierno, que es el que le da, en última instancia, su fuerza coactiva” (Ghiretti, 2011: 111).

La ley otorga marcos de actuación que permiten anticipar las decisiones, pero solo en el supuesto en que exista voluntad y sabiduría por parte del gobernante para cumplirlas. La ley, como también pensaba Aristóteles, permite educar a los magistrados (Aristóteles, 2007: 142 [1287a]). Sin embargo, no puede sustituir la prudencia necesaria del gobernante, que debe tomar las decisiones que están fuera del alcance de la ley (Aristóteles, 2007: 139 [1286a]). La ciencia jurídica debe hacerse cargo también de aquellas áreas en donde, al menos hasta ahora, la arquitectura jurídico-constitucional se revela incapaz de poner freno al poder. La defensa nacional es una de ellas.

#### VIII. FUENTES CONSULTADAS

- ARISTÓTELES (2007). *Ética Nicomáque* (trad. de Julio Pallí Bonet y Tomás Calvo Martínez). Madrid: Gredos.
- BAKER, J.E. (2007). *In the common defense. National Security Law for perilous times*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BERGEN, P. L., *The longest war. The enduring conflict between America and Al-Qaeda*. Nueva York: Free Press.
- BIDART CAMPOS, G. (1999). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- BOOT, M. (2003, 19 de febrero). “America’s destiny is to police the world”, *Financial Times*. Disponible: [http://www.pennsylvaniacrier.com/filemgmt\\_data/files/Americas%20Destiny%20Is%20to%20Police%20the%20World.pdf](http://www.pennsylvaniacrier.com/filemgmt_data/files/Americas%20Destiny%20Is%20to%20Police%20the%20World.pdf).

- BUIS, E. (2008). The implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: the example of the Inter-American Human Rights System. En R. Arnold y N. Quéivet (ed.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: towards new merger in International Law* (pp. 269-293). Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- CALDERÓN, E. (2017). El perfil doméstico de la política de defensa macrista: más continuidades que cambios. Algunas notas sobre su impacto en términos de inserción. *Cuadernos de política exterior argentina* 125, pp. 18-28.
- Casa Rosada (2018, 23 de julio). El presidente Mauricio Macri anunció la reforma del Sistema de Defensa Nacional. disponible: <https://www.caserosada.gob.ar/informacion/discursos/43216-el-presidente-mauricio-macri-anuncio-la-reforma-del-sistema-de-defensa-nacional>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997, 18 de noviembre). Informe N° 55/97, caso 11.137, *Juan Carlos Abella Argentina*.
- DERGHOGASSIAN, K. (2012). Evolución de la política de defensa. En K. DerGhougassian (comp.), *La defensa en el siglo XXI. Argentina y la seguridad regional* (pp. 13-46) Buenos Aires: Capital Intelectual.
- DERGHOGASSIAN, K. (2010). Prólogo. En N. Garré (ed.), *Colección debates parlamentarios de la defensa: ley de defensa nacional*. Buenos Aires: Ministerio de Defensa.
- DIAMINT, R. (2014). *Sin gloria. La política de defensa en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Eudeba.
- EKMEKDJIAN, M. Á. (1997). *Tratado de derecho constitucional. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.
- EKMEKDJIAN, M. Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- ESCOLAR, D. (2017). *Gendarmería. Los límites de la obediencia*. Buenos Aires: SB editorial.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. y SANSÓ-RUPERT, P. D. (2010). El recurso constitucional a las fuerzas armadas para el mantenimiento de la seguridad interior: el caso de Iberoamérica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLIII (128). Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4625>.

- GHIRETTI, H. (2014). La madurez del político. La relación entre juventud y responsabilidad de gobierno. En: AAVV, *Escribir en las almas. Estudios en honor a Rafael Alvira* (pp. 325-347). Pamplona: EUNSA.
- GHIRETTI, H. (2013). Una presencia revelada. El gobernante en la filosofía práctica aristotélica. En R. Lázaro Cantero (ed.), *De ética y política. Conceptos, historia, instituciones* (pp. 103-146). Madrid: Tecnos.
- HUNTINGTON, S. (2002). *The soldier and the State. Theory and politics of civil-military relations*. Cambridge: Harvard University Press.
- IGNATIEFF, M. (2005). *El mal menor. Ética política en una era de terror* (trad. María José Delgado), Madrid: Taurus.
- JASTREBLANSKY, M. (2011, 5 de septiembre). Cristina legisladora: 10 recuerdos de una opositora mediática y rebelde. *La Nación*. Disponible: <https://www.lanacion.com.ar/1403365-cristina-legisladora-10-recuerdos-de-una-opositora-mediatica-y-rebelde>.
- KANT, I. (2010). *Hacia la paz perpetua* (trad. Maximiliano Hernández). Madrid: Gredos.
- KOH, H. (1990). *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*. Londres y New Haven: Yale University Press.
- LAFFERRIERE, G. y SOPRANO, G. (2015) *El Ejército y la política de defensa en la Argentina del siglo XXI*. Rosario: Prohistoria.
- LARRAQUY, M. (2017). *Argentina. Un siglo de violencia política, 1890-1990: de Roca a Menem. La historia de un país*. Buenos Aires: Sudamericana.
- LÓPEZ, E. (1995). *Ni la ceniza ni la gloria. Actores, sistema político y cuestión militar en los años de Alfonsín*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- MACÍAS, F. y SABATO, H. (2013). La Guardia Nacional: Estado, política y uso de la fuerza en la Argentina de la segunda mitad del siglo XIX-*PolHis* 6 (11), pp. 70-81. Disponible: [http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis11\\_MACIASSABATO.pdf](http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis11_MACIASSABATO.pdf).
- MONTENEGRO, G. (2013). Más vale pájaro en mano que cien volando. La implementación del control político civil sobre las Fuerzas Armadas. La experiencia argentina 2005-2010. Entre la voluntad política y las limitaciones prácticas. En D. Pion-Berlin y J.M. Ugarte (coord.), *Organización de la defensa nacional y control civil de las fuerzas ar-*

- madras en América Latina* (pp. 196-199). Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones.
- PALACIO, E. (1973). *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Eudeba.
- PALAZZO, E. (2010). Competencias del Congreso en materia de defensa nacional. En D. Sabsay (dir.) y P.L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Volumen 3* (pp. 816-840). Buenos Aires: Hammurabi.
- PIÑEIRO, L. (2013). Lo que Croacia se llevó de la Argentina. *Defensa.info*. Disponible: <https://www.defensa.com/reportajes/que-croacia-se-llevo-argentina>.
- POSNER, R. y VERMEULE, A. (2007). *Terror in balance. Security, liberty and the courts*. Nueva York: Oxford University Press.
- POSNER, R. y VERMEULE, A. (2011). *The Executive unbound. After the Madisonian Republic*. Nueva York: Oxford University Press.
- QUIROGA LAVIÉ, H., Benedetti, M.Á. y Cenicacelaya, M.N. (2009). *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- RAPOPORT, M. (2017). *Política internacional argentina. Desde la formación nacional hasta nuestros días*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- SAIN, M.F. (2018). Las Fuerzas Armadas y la “guerra contra las drogas” en Argentina (2011-2018). En: J.G. TOKATLIAN, M.F. SAIN y G. MONTENEGRO, *De militares a policías. La “guerra contra las drogas” y la militarización de Argentina* (pp. 89-197). Buenos Aires: Capital Intelectual.
- SANTORO, D. (2013, 8 de marzo). Los vaivenes de la causa por la venta ilegal de armas a Ecuador y Croacia. *Clarín*. Disponible: [https://www.clarin.com/politica/menem-causa\\_armas\\_0\\_Hk7SEI9jw7l.html](https://www.clarin.com/politica/menem-causa_armas_0_Hk7SEI9jw7l.html).
- SCHMITT, C. (2005). Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff. En C. SCHMITT, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*. Berlín: Duncker & Humblot.
- SIMONOF, A. C. (2005). Envíos de tropas y política exterior (1989-2005). *Relaciones internacionales* 28, pp. 127-159.
- SINÓPOLI, S. M. (2003). *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- SMITH, J.E. (2016). *Bush*. Nueva York: Simon & Shuster.

- STARR-DEELEN, D. G. (2014). *Presidential policies on terrorism. From Ronald Reagan to Barack Obama*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- TRIPOLONE, G. (2018a). Constitución y Fuerzas Armadas en el Siglo XXI. En *Letra* 5(10).
- TRIPOLONE, G. (2018b). Nuevo panorama para las Fuerzas Armadas Argentinas. *Ejércitos*. Revista Digital sobre Armamento, Defensa y Fuerzas Armadas. Publicado el 19 de octubre de 2018.
- UGARTE, J. M. (2013). Una visión desde Latinoamérica de la organización de la defensa y las relaciones civiles-militares. En PION-BERLIN, D. y UGARTE, J. M. (coords.), *Organización de la defensa nacional y control civil de las fuerzas armadas en América Latina* (pp. 53-98). Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones.
- YOO, J. (2006). *War by other means. An insider's account of the war on terror*, Nueva York: Atlantic Monthly Press.
- YOO, J. (2009). *Crisis and Command. The history of Executive Power from George Washington to George W. Bush*. Nueva York: Kaplan.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado?

### The restrictions to the judicial review and the constitutional paradigm in Mexico: Back to the past?

Recepción: 13 de abril de 2020

Aceptación: 25 de agosto de 2020

Omar VÁZQUEZ SÁNCHEZ\*

**RESUMEN:** Las restricciones al control difuso que recientemente ha delineado la jurisprudencia mexicana suponen un retroceso en la consolidación del paradigma constitucionalista. Particularmente, los criterios jurisprudenciales analizados muestran un debilitamiento del imperativo de fundar y motivar y un desprecio por la interpretación directa del texto constitucional. En este trabajo se critica esta vuelta al pasado. Para lograrlo, primero, se expone la evolución jurisprudencial del control difuso. Después, se reflexiona sobre las implicaciones de esta figura en el proceso de constitucionalización; con ello se muestra el impacto positivo y negativo que dicho control tiene en este proceso; además, en su oportunidad, se rechaza la idea según la cual este tipo de control pro-

**ABSTRACT:** The restrictions that Mexican jurisprudence has recently defined on to the judicial review can be interpreted as a throwback to the consolidation of the constitutional paradigm. In particular, the jurisprudential criteria analyzed show that the imperative to found and motivate is weakened and the direct interpretation of the Constitution is despised. This return to the past is criticized in this paper. To achieve this, first, the jurisprudential evolution of the judicial review is explained. Afterwards, we reflect on the implications of this control in the constitutionalizing process; this shows the positive and negative impact that this control has on that process; furthermore, in this context, the idea according to which this type of control fosters a “chaotic interpretivism” and encourages “unbridled

---

\* Doctor en derecho por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Profesor del Centro de Investigaciones Jurídico Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. México. Correo electrónico: [o.vazquez@uatx.mx](mailto:o.vazquez@uatx.mx). ORCID: 0000-0002-6971-1754

picia un “caótico interpretativismo” e impulsa un “desbocado activismo judicial”. Finalmente, se remarca la crítica al debilitamiento de fundar y motivar porque con ello no sólo se afecta el ejercicio del control difuso, también se condiciona la viabilidad del paradigma constitucionalista.

**Palabras clave:** constitucionalismo mexicano, constitucionalización, control difuso e interpretación constitucional

*judicial activism” is rejected. Finally, the criticism to the weakening of the imperative to found and motivate is highlighted because this practice not only affects the exercise of judicial review, it also conditions the viability of the constitutional paradigm.*

**Keywords:** Mexican constitutionalism, constitutionalizing, judicial review and constitutional interpretation

SUMARIO: I. *Introducción. ¿El huevo o la gallina?: el nuevo paradigma constitucional mexicano, la SCJN y la reforma de junio de 2011.* II. *El control difuso: ¿crónica de una muerte anunciada?* III. *Luces y sombras del proceso de constitucionalización en México: la interpretación directa de la Constitución y el control difuso.* IV. *Rescatando al control difuso: la importancia de los “mundos constitucionalmente posibles” y la estructura institucional de aplicación del derecho.* V. *El deber de fundamentación y motivación en el paradigma argumentativo del derecho y su desprecio a propósito de los límites al control difuso.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes consultadas.*

## I. INTRODUCCIÓN. ¿EL HUEVO O LA GALLINA?: EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL MEXICANO, LA SCJN Y LA REFORMA DE JUNIO DE 2011

De acuerdo con algunos autores,<sup>1</sup> uno de los factores —quizás *el* factor— que determinó la conformación del nuevo paradigma constitucional mexicano fue la reforma del artículo primero constitucional en junio de 2011;<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ésta es la idea que transmiten Miguel Carbonell y Pedro Salazar en el libro que coordinaron en 2011 a propósito de las reformas constitucionales en derechos humanos promulgadas ese año; el título de dicho libro es por demás sugerente: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*.

<sup>2</sup> Tras la reforma de 10 de junio de 2011, el párrafo primero y segundo del artículo 1o. de la Constitución mexicana dispone: “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

sin embargo, para otros autores,<sup>3</sup> los factores que realmente han configurado dicho paradigma son los cambios políticos, sociales, económicos y, por supuesto, jurídicos acontecidos en México, al menos, en los últimos quince años. Ahora bien, más allá de determinar qué circunstancias en estricto sentido definieron este nuevo paradigma, es importante destacar el rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la definición del nuevo constitucionalismo mexicano.

En efecto, la SCJN ha jugado un papel crucial en la conformación del paradigma constitucionalista, sobre todo después de la reforma constitucional de junio de 2011. A través de su labor interpretativa, la Suprema Corte, caso por caso, ha transformado nuestro sistema jurídico insistiendo en la importancia de los derechos humanos, lo que, en definitiva, supone un cambio de paradigma.<sup>4</sup> Este nuevo paradigma implica un gran reto para la cultura jurídica mexicana, pues los cambios que trae consigo no son me-

---

para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Además, otras modificaciones importantes al texto constitucional mexicano serían estas: 1) La nueva denominación del capítulo I del título primero de la Constitución, ya que anteriormente dicho título era este: “De las garantías individuales”, sin embargo, tras la reforma quedó así: “De los derechos humanos y sus garantías”; 2) En el artículo primero constitucional ya no se “otorgan” los derechos, más bien se “reconocen”; en el nuevo texto constitucional, toda persona “goza” de los derechos y mecanismos de garantía reconocidos no sólo por la Constitución, sino también por los tratados internacionales que reconozca el Estado mexicano; 3) Se establece, en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, la obligación del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar, en todos sus niveles de gobierno, los derechos humanos; 4) Estas obligaciones de las autoridades mexicanas frente a los derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de estos derechos; 5) En este sentido, el Estado mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos; 6) Una de las finalidades de la educación, se determina en el artículo 3º, deberá ser el respeto a los derechos humanos; entre otras.

<sup>3</sup> Un análisis general de todos estos cambios en los últimos quince años puede verse en Casar & Marván, 2014. También, los trabajos de José Ramón Cossío (1998, 2001 y 2002) sobre estas cuestiones son muy significativos. Finalmente, desde una perspectiva sociológica, sobre los distintos cambios que México ha experimentado en los últimos años, véase López-Ayllón y Fix-Fierro (2003).

<sup>4</sup> Para un análisis tanto del “viejo” como del “nuevo” constitucionalismo mexicano, así como una serie de comentarios críticos a la dinámica de cambio constitucional en el México contemporáneo y algunas tesis sugerentes para que el constitucionalismo mexicano sea una “historia de éxito constitucional”, véase Pou Giménez (2016).

nores. La rehabilitación del control difuso por parte de la SCJN es uno de estos cambios.

En este documento me referiré a esta figura. Concretamente, tras un repaso de la evolución jurisprudencial del control difuso, analizaré (en el apartado II) el papel de la SCJN al permitirlo y, posteriormente, limitarlo. En efecto, como se sabe, en la famosa resolución del expediente Varios 912/2010, el máximo órgano de justicia mexicano posibilitó el cambio de paradigma del control constitucional, pues en esa resolución se autorizó la práctica del control difuso por parte de todos los jueces del país,<sup>5</sup> sin embargo, más tarde, a través de una serie de decisiones, la SCJN —aunque no sólo ésta, como veremos— definió una línea jurisprudencial restrictiva de dicho control.

En este sentido, resultará interesante observar (en el apartado III) cómo la interpretación de la SCJN posibilitó el cambio de paradigma tanto del control constitucional, como del sistema jurídico mexicano, pero, paradójicamente, también la labor interpretativa de la Suprema Corte está dando marcha atrás a un proceso de transformación muy importante para la defensa y protección de los derechos humanos. Más específicamente, explicaré que las limitaciones al control difuso cambiaron la visión optimista del papel transformador de la SCJN en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, pues al limitar el ejercicio del control difuso se desvaneció la idea que en su momento la Suprema Corte había autorizado: la nueva época del constitucionalismo mexicano requiere de la interpretación y aplicación directa del texto constitucional

---

<sup>5</sup> Es importante aclarar que la resolución del expediente 912/2010 no sólo autorizó el control difuso de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad (sobre esto, véase Ferrer Mac-Gregor, 2011). Sin embargo, en este documento, fundamentalmente, me referiré al control difuso de constitucionalidad. No deseo entrar en un debate sobre si los jueces mexicanos pueden o no realizar el control difuso de convencionalidad (al respecto, véase Castilla Juárez, 2016, quien claramente afirma que no, que los jueces mexicanos no pueden realizar el denominado control difuso de convencionalidad, entre otras razones, porque ésta es una facultad de los tribunales internacionales); me interesaré, en todo caso, afirmar que los jueces mexicanos pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad en materia de derechos humanos, esto es, que los jueces mexicanos, en el ámbito de sus competencias, tienen la facultad de inaplicar una disposición jurídica por considerarla contraria al texto constitucional o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, por considerarlas incompatibles con el denominado bloque o parámetro de regularidad constitucional. Sobre el bloque o parámetro, véase Astudillo Reyes (2015).

por parte de todas las autoridades jurisdiccionales; así, en relación con el control difuso y el proceso de constitucionalización, se afirmará que pasamos de una deslumbrante a una deslucida función constitucionalizadora de la SCJN.

Además, en este contexto, examinaré (en el apartado IV) dos críticas formuladas al control difuso, es decir, dado que este tipo de control es desacreditado porque eventualmente impulsaría y favorecería un caótico interpretativismo y un desbocado activismo judicial al permitir que los jueces inapliquen disposiciones jurídicas que consideren contrarias a los derechos humanos, no obstante, se intentará mostrar que el control difuso no sólo no genera estos peligros, pues tanto la diversidad interpretativa como un cierto activismo judicial son compatibles con el paradigma de los derechos humanos configurado a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, sino que también dichas consecuencias perniciosas se pueden desactivar si se tienen en cuenta determinados mecanismos institucionales y teórico-doctrinales.

Asimismo, criticaré (en el apartado V) el debilitamiento del imperativo de fundar y motivar que ha permitido la SCJN en el ejercicio del control difuso.

Al finalizar este documento, ofreceré (en el apartado VI) algunas conclusiones.

## II. EL CONTROL DIFUSO: ¿CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA?

En la cultura jurídica mexicana, el estudio del control difuso tiene un pasado y, desafortunadamente, un presente muy controvertido. Es un tema que, como afirma el antiguo ministro de la SCJN, José de Jesús Gudiño Pelayo (2005: 79), se ha discutido con “pasión y vehemencia”. Así, pese a los esfuerzos tanto jurisprudenciales como doctrinales por aclarar lo “confuso del control difuso”, éste es un tema abierto y en constante evolución, pues la polémica y, sobre todo, las dudas que gravitan entorno a dicho control son permanentes.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> El carácter cambiante del control difuso, por cierto, como apunta otro ex ministro de la SCJN, José Ramón Cossío (2012: 45), es inevitable, considerando su desarrollo exclusivamente jurisprudencial.

Aunque el control difuso fue contemplado en la Constitución mexicana de 1917 en su artículo 133, su concepción y aplicación han variado significativamente a lo largo del tiempo. Sin embargo, contemporáneamente,<sup>7</sup> su evolución jurisprudencial se puede, no sin una simplificación extrema, describir en cuatro etapas.

En la primera, enmarcada desde la entrada en vigor de la Constitución de 1917 hasta los años treinta del siglo pasado, la SCJN asumió una postura a favor del control difuso, pues interpretó literalmente lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, de modo que todos los jueces tenían la obligación de sujetar sus fallos a la Constitución, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir.

En una segunda etapa, a partir de la segunda mitad de la década de 1930 y hasta el 14 de julio de 2011, fecha en la que la SCJN resolvió el expediente Varios 912/2010, se fue consolidando, no sin contradicciones,<sup>8</sup> la idea de que no es posible el control difuso; de hecho, es en este tiempo que se afianzó el monopolio del control de constitucionalidad a favor del Poder Judicial Federal (Sánchez Cordero de García Villegas, 2008: 765 y 766).

El tercer episodio del control difuso en México está relacionado con la resolución del expediente varios 912/2010, pues a partir de este caso se emitieron distintos criterios jurisprudenciales sobre dicha figura;<sup>9</sup> pero, con-

---

<sup>7</sup> Una reconstrucción más detallada sobre el desarrollo del control difuso en la cultura jurídica mexicana, por supuesto, debe considerar los antecedentes constitucionales del artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917, pues éste, en efecto, tiene su antecedente en el artículo 126 de la Constitución de 1857, disposición constitucional que, a su vez, tuvo una fuerte inspiración en el contenido del artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América. Sobre estas cuestiones, véase Rabasa (2002) y Soberanes Fernández (2019). Y, evidentemente, los antecedentes jurisprudenciales que sobre el particular se han pronunciado; especialmente, el famoso “Amparo Justo Prieto”. Sobre este caso, véase Manuel Acuña (2018) y González Oropeza (2017). Para una reconstrucción muy puntual de los diferentes criterios jurisprudenciales sobre el control difuso pronunciados desde 1917 hasta la fecha, véase el pie de página número 3 de la resolución del expediente varios 912/2010.

<sup>8</sup> Por supuesto, existieron voces a favor del control difuso (al respecto, véase Carpizo, 1969) y en contra del monopolio del control constitucional por parte del Poder Judicial de la Federación (sobre esto, véase Martínez Báez, 2016 y Cossío Díaz, 2003).

<sup>9</sup> Del expediente varios 912/2010, se expidieron los criterios jurisprudenciales siguientes: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. (Registro: 160480); CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. (Registro: 160589); PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS

cretamente, el 29 de noviembre de 2011, el Pleno de la SCJN votó la tesis aislada I/2011 (10a) de rubro “CONTROL DIFUSO”,<sup>10</sup> a través de la cual cambió el paradigma del control constitucional, ya que dejó sin efectos las jurisprudencias 73/99 y 74/99, que prohibían a los jueces y tribunales ordinarios realizar el control difuso. En términos generales, se estableció que, de conformidad con lo previsto en el artículo primero de la Constitución, reformado en junio de 2011, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en el texto constitucional, sino también por aquellos establecidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, además se estableció que las autoridades jurisdiccionales no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez ni expulsar del ordenamiento jurídico las normas que se consideren contrarias a los derechos humanos, pero, considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes, sí están obligadas a dejar de aplicar tales normas inferiores dando preferencia a los contenidos normativos de la Constitución y de los tratados.

Finalmente, la última etapa de evolución jurisprudencial del control difuso se corresponde con los criterios emitidos por la SCJN y los tribunales colegiados después del 2011, si bien estos pronunciamientos han tratado de concretizar la práctica del control difuso, particularmente, algunos de ellos, con meridiana claridad, han definido el concepto, facultades y obligaciones implicadas en el ejercicio de dicho control,<sup>11</sup> otros sin embargo

---

HUMANOS. (Registro: 160526); PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. (Registro: 160525).

<sup>10</sup> CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN” (Registro: 2000008).

<sup>11</sup> En este sentido, por ejemplo, CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA (Registro: 2005057); CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO (Registro: 2004188).

generan confusión entre los jueces federales y locales, pues los criterios son contradictorios<sup>12</sup> y tienen una marcada línea hacia la restricción del control difuso,<sup>13</sup> además de disuadir la tarea interpretativa de los tribunales locales, así como debilitar el imperativo de fundar y motivar.

---

<sup>12</sup> La relación entre el control difuso y el juicio de amparo representa no sólo un reto para el ejercicio de dicho control, sino que también algunos criterios que se han pronunciado al respecto son contradictorios. Dada la extensión de este trabajo y la complejidad de este problema, no podemos analizarlo con cierto detalle. Pero, por ejemplo, es importante advertir la contradicción existente entre lo resuelto en el expediente varios 912/2010 y criterios como estos: CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN (Registro: 2009817); y CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA (Registro: 2009816). En estos criterios, el Pleno de la SCJN además de limitar el ejercicio del control difuso, también cambia la concepción de dicho control, pues afirma que éste no es un sistema de defensa constitucional, tan sólo es un “técnica al alcance del juez” para determinar la contradicción de una norma inferior frente a la Constitución. Al respecto, también véase Márquez Martínez (2017: 262).

<sup>13</sup> En este sentido, véase 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. (Registro: 2010960); sin embargo, sobre este punto, son relevantes las contradicciones de tesis 293/2011 y 299/2013, pues en ambas se analizaron aspectos relacionados con el ejercicio del control difuso. Si bien la SCJN al decidir la 293/2011 declinó analizar con profundidad el control (difuso) de convencionalidad, pues sobre este tópico no encontró contradicción entre los criterios de los tribunales contendientes, sin embargo, como se sabe, la Suprema Corte sí analizó lo relativo a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución y el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de este análisis se emitieron estos criterios: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL (Registro: 2006224), y JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA (Registro: 2006225); así, se puede concluir que todos los jueces en el ejercicio del control difuso de convencionalidad deberán atender las restricciones constitucionales contenidas en el texto constitucional, además de observar de manera obligatoria toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por otro lado, en la contradicción 299/2013, la SCJN analizó esta cuestión: ¿la jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control difuso de constitucionalidad-convencionalidad? La respuesta fue en sentido negativo, pues la SCJN argumentó, entre otras cosas, que su jurisprudencia

## 1. ¿Todos pueden interpretar la Constitución?

En el análisis y discusión del expediente Varios 912/2010, los ministros de la SCJN manifestaron su preocupación sobre diversos temas,<sup>14</sup> pero particularmente se discutió el problema de la incerteza jurídica que provocaría el control difuso, pues con él se generaría una “multiplicidad de interpretaciones constitucionales”; así, aunque existió un consenso sobre la práctica y la obligatoriedad del control difuso por parte del Poder Judicial, sea local o federal, la verdad es que, desde su reincorporación a la cultura jurídica mexicana en 2011, el control difuso generó más dudas que certezas,<sup>15</sup> como la cuestión de la descentralización de la interpretación constitucional.

Desafortunadamente, las respuestas a este problema se han centrado en limitar el control difuso con el objetivo de evitar que los jueces mexicanos interpreten el texto constitucional. En efecto, algunos criterios jurisprudenciales envían un mensaje claro sobre esta cuestión: es irrelevante la labor interpretativa del texto constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales distintos a los federales, pues sus pronunciamientos al respecto no “condicionan”, ni “limitan” el actuar de los órganos del Poder Judicial de la Federación.<sup>16</sup>

---

es obligatoria para todos los jueces y no están autorizados para inaplicarla como supone el ejercicio del control difuso. De este análisis, la SCJN emitió esta jurisprudencia: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA (Registro: 2008148).

<sup>14</sup> Entre otros, se observó el problema que supondría la falta de medios de defensa frente a una eventual inaplicación de una disposición jurídica, particularmente, en los ámbitos penal y administrativo. Al respecto, véase las versiones taquigráficas de las sesiones públicas del Pleno de la SCJN, de fechas 11, 12 y 14 de julio de 2011. También, sobre este problema, véase Márquez Martínez, 2017: 231. Para el ex ministro de la SCJN, José Ramón Cossío (2012: 32-33), la resolución del expediente varios 912/2010 “enfrentó otros elementos importantes... El primero de ellos tiene que ver con la manera en la que se determinó el modo de llevar a cabo diversas operaciones jurídicas (de control o de interpretación), cómo debían relacionarse los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional. El segundo, tiene que ver con la manera en la que la propia SCJN y en general los tribunales nacionales debían considerar, tanto para efectos de control difuso como concentrado, las resoluciones dictadas por la propia CoIDH en los casos en los que el Estado mexicano no hubiera sido parte”.

<sup>15</sup> Castilla Juárez, 2016: 369-375.

<sup>16</sup> CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD O CONVENCIONALIDAD DE

Incluso, si los órganos jurisdiccionales no se pronuncian sobre el ejercicio del control difuso respecto de una disposición normativa, de acuerdo con la jurisprudencia, esto no es obstáculo para que los órganos revisores pueden corregir esa omisión, de modo que, una vez más, el mensaje es claro: el ejercicio del control difuso que realizan determinados órganos jurisdiccionales es irrelevante.<sup>17</sup> Además, en algunos casos se asume una jerarquización interpretativa, es decir, se acepta que la interpretación constitucional de los tribunales inferiores no es tan importante como lo es la realizada por los tribunales superiores, pues “así como un juez de primer grado en ejercicio oficioso de control puede concluir equivocadamente que una norma general es inconstitucional, el tribunal de segunda instancia también le puede regresar la regularidad constitucional a la norma oficiosamente, pues de otra manera se permitirá la inaplicación de una norma que sí era constitucional”.<sup>18</sup>

En fin, ante este panorama, algunas dudas saltan a la vista: ¿para qué permitir el control difuso si, en la mayoría de los casos —por no decir en todos—, “el control concentrado rige [condiciona, limita, restringe] al control difuso”?<sup>19</sup> ¿qué incentivos tiene un juez para interpretar el texto constitucional si su labor en este ámbito no es relevante o, peor aún, no es necesaria?, ¿si los únicos y verdaderos intérpretes del texto constitucional son los órganos jurisdiccionales de la federación, entonces, para qué interpretar?

Dadas las expectativas generadas en su implementación, para algunos autores,<sup>20</sup> es muy lamentable la línea restrictiva que ha delineado la jurisprudencia mexicana a propósito del control difuso, pues no sólo se desva-

---

NORMAS GENERALES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SU EJERCICIO EN AMPARO DIRECTO NO SE LIMITA NI CONDICIONA CON LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE REALICE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO (Registro: 2006391).

<sup>17</sup> CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES CUANDO ALEGAN LA OMISIÓN DE ANÁLISIS DE CONTROL DIFUSO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO (Registro: 2011498).

<sup>18</sup> CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO (Registro: 2004188).

<sup>19</sup> CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA (Registro: 2005057).

<sup>20</sup> Especialmente, véase Márquez Martínez, 2017; pero, entre otros, véase Samaniego Santamaría (2017) y Del Rosario Rodríguez (2015).

nece la idea de mejorar el derecho de acceso a la justicia y de lograr una mayor autonomía de los tribunales locales, puesto que el control difuso es un sistema que posibilita la descentralización del control constitucional y permite la cercanía de los tribunales con la sociedad (Márquez Martínez, 2017: 299-340), sino que también se afecta el “diálogo judicial” que eventualmente realizarían los tribunales locales, federales e internacionales,<sup>21</sup> además de abandonar la oportunidad de constituir una “comunidad de intérpretes”<sup>22</sup> constitucionales; en definitiva, de algún modo, para estos autores, se menoscaba la viabilidad del nuevo paradigma de protección de los derechos humanos configurado en 2011.

Tal vez, este enfoque restrictivo sea una respuesta al cambio que supone el nuevo paradigma del control constitucional, pues éste no es más una facultad exclusiva del Poder Judicial Federal,<sup>23</sup> o, por otro lado, a las dificultades que tienen los juzgadores locales en materia de interpretación constitucional,<sup>24</sup> pero, más allá de si el Poder Judicial de la Federación añora el “monopolio del control constitucional” (Cossío Díaz, 2003: 117), o si la jurisdicción de los derechos humanos requiere del modelo dworkiniano del “juez Hércules”,<sup>25</sup> lo cierto es que, a partir del histórico varios

---

<sup>21</sup> En los últimos años, sobre este tópico, se ha desarrollado una literatura amplísima; sin embargo, entre otros, véase Vergottini (2010); Brito Melgarejo (2011); Sáiz Arnaiz (1999); Gómez Pérez (2015).

<sup>22</sup> Éste, como se sabe, es un concepto acuñado por Calogero Pizzolo (2017) en su obra *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*.

<sup>23</sup> Aunque algunos Tribunales Colegiados de Circuito tienen claro esto (por ejemplo, lo dispuesto en este criterio jurisprudencial: CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. AL NO SER UNA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL DEJÓ DE SER OPTATIVA LA IMPUGNACIÓN DE LEYES CONFORME A LA FRACCIÓN XIV, TERCER PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE AMPARO. Registro: 2021457); sin embargo, para la Primera Sala de la SCJN, esto no es así, pues las violaciones a la Constitución son de conocimiento exclusivo del Poder Judicial de la Federación (por ejemplo, lo establecido en este criterio 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 Registro: 2010960).

<sup>24</sup> Esa era la denuncia de Miguel Carbonell (1999) en la “Presentación” que realizó a la compilación de ensayos sobre esta temática del profesor italiano Riccardo Guastini que publicó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM hace ya varios años.

<sup>25</sup> El “juez Hércules”, como se sabe, es un modelo de juez idealizado por Ronald Dworkin (1988: 249 y 250), para mostrar que, entre otras cuestiones, es posible ofrecer

912/2010, cambiaron los deberes de los jueces ordinarios: ahora, dada la facultad que tienen de inaplicar algún dispositivo jurídico que consideren contrario al texto constitucional, necesariamente deberán establecer un diálogo hermenéutico con la Constitución, interpretando sus principios expresados como derechos humanos y, por supuesto, deberán fundar y motivar sus decisiones desde un paradigma argumentativo, de tal suerte que legitimen su función no sólo como jueces de legalidad, sino también de constitucionalidad. Por esta razón, no es comprensible que la línea jurisprudencial que restringe el control difuso se base en disuadir la labor interpretativa de los jueces mexicanos, pues dicha labor, en realidad, es un elemento prioritario y, además, es una condición para la viabilidad del control difuso y del nuevo paradigma constitucional mexicano (Márquez Martínez, 2017: 341-352).

A continuación, como anunciábamos, teniendo en cuenta el proceso de constitucionalización descrito por Riccardo Guastini (2003), analizaremos el control difuso y su relación con la interpretación directa de la Constitución, que es la condición número 5 del modelo descrito por Guastini; en este sentido, será interesante mostrar el papel de la SCJN en el avance, pero también en el retroceso del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, pues al permitir y, posteriormente, limitar el ejercicio del control difuso, aparentemente, la SCJN está replegándose en dicho proceso.

Después, nos ocuparemos del problema interpretativo imputado al control difuso, esto es, si bien una de las razones que suelen esgrimirse en contra del control difuso se refiere a la cuestión de la pluralidad de intérpretes del texto constitucional, lo que conllevaría no sólo un sinnúmero de criterios interpretativos de la Constitución, sino que, como resultado de todos esos “mundos constitucionalmente posibles”,<sup>26</sup> también el control difuso estaría en contra del principio de seguridad jurídica y de la certeza del derecho, sin embargo, observaremos por qué las restricciones al control difuso justificadas en estas razones no son adecuadas, pues no sólo la

---

una respuesta correcta para cualquier caso. Para otros modelos de jueces, sin embargo, véase Ost (2007).

<sup>26</sup> Ésta es una expresión de José Juan Moreso (1998: 144-146); básicamente, con ella pretende mostrar que, cuando se interpreta la Constitución, el intérprete tiene ante sí varios mundos constitucionalmente posibles; él lo dice así: “Denominaré *mundos constitucionalmente posibles* a aquellos mundos que pueden generarse a partir de la Constitución”.

diversidad de criterios interpretativos es una consecuencia del carácter invasivo de la Constitución, sino que además existen mecanismo tanto institucionales —por ejemplo, la unificación de criterios por contradicción y la propia estructura institucional de aplicación del derecho— como teórico-doctrinales —por ejemplo, el uso de las diversas teorías de la interpretación y argumentación constitucional— para controlar un posible caos originado por la pluralidad interpretativa del texto constitucional.

### III. LUCES Y SOMBRAS DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN EN MÉXICO: LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DIFUSO

En el lenguaje iusfilosófico —aunque no sólo en éste—<sup>27</sup> de la cultura jurídica latina, al proceso y al resultado de la transformación de un ordenamiento jurídico originado por la Constitución suele denominársele “constitucionalización”. La caracterización más difundida de ésta es, sin duda, la expuesta por Riccardo Guastini (2003).

De acuerdo con este autor, la constitucionalización es un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual dicho ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por la Constitución: un ordenamiento constitucionalizado, afirma Guastini (2003: 49), “se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

La constitucionalización se da mediante un proceso gradual (Guastini, 2003: 50 y ss.): “en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordena-

---

<sup>27</sup> Dado que la constitucionalización suele ser asociada a los procesos de cambios políticos y constitucionales de algunas de las democracias constitucionales contemporáneas, entonces, dicho fenómeno es objeto de estudio tanto de la filosofía política (por ejemplo, Gargarella, 2013) como de la teoría constitucional (por ejemplo, Favoreu, 2001). No obstante, recientemente, también la constitucionalización es un campo de estudio para los comparativistas e internacionalistas, de modo que ahora suele hablarse de la “constitucionalización del derecho internacional” o de la “internacionalización del derecho constitucional”. Para un análisis de estas etiquetas, véase Bayón (2013: 58 y 59).

miento”. Las principales condiciones de constitucionalización son estas:<sup>28</sup> 1) la existencia de una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución en el debate político.

Muy pocos autores niegan la caracterización que Guastini ha hecho del fenómeno de la constitucionalización.<sup>29</sup> En realidad, se trata de una caracterización que es más o menos coincidente con otras al dar cuenta del constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda mitad del Siglo XX y hasta nuestros días.<sup>30</sup> Así, la constitucionalización sería un hecho histórico verificable desde distintas perspectivas, ya que se trata de un fenómeno efectivamente vigente en algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos. Uno de ellos sería el ordenamiento jurídico mexicano.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Es importante hacer notar, sin embargo, que de acuerdo con otros autores si bien la constitucionalización también puede explicarse en términos del reemplazo de una Constitución por otra, pues éste es efectivamente el patrón típico de cambio de la mayoría de los ordenamientos referidos para explicar dicho fenómeno -así, suelen ser citados países como Alemania, Italia, España, Portugal, entre otros, como ejemplos de este caso; estos países efectivamente después de la Segunda Guerra Mundial decidieron otorgarse nuevos textos constitucionales-, sin embargo, ésta no es la única, ni quizá la más interesante, forma de constitucionalización. En efecto, para Negretto (2012) y Pou Giménez (2014) existen tres tipos de cambios políticos y constitucionales que pueden transformar un sistema jurídico hacia un sistema jurídico constitucionalizado: primero, el reemplazo de una Constitución por otra; segundo, la reforma permanente o continua al texto constitucional vigente; y tercero, la interpretación a dicho texto.

<sup>29</sup> *Cfr.* Cruz, 2006: 4; para este autor, esta caracterización del constitucionalismo contemporáneo “aun siendo correcta, resulta... insatisfactoria, ya que no permite dar cuenta de algunos elementos específicos y singularmente propios del proceso que se pretende caracterizar, como son la limitación de los contenidos del derecho ordinario, la determinación material de lo exigido constitucionalmente, la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales, o la apertura del sistema jurídico a la moral”.

<sup>30</sup> Nos referimos, por ejemplo, a la caracterización de Prieto Sanchis (1997: 7 y ss.), pero también puede verse: Fioravanti (1996 y 2001); Guibourg y Mendonca (2004); Nino (1997); Zagrebelsky (1995); entre otros.

<sup>31</sup> Por su parte, Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil (2011), desde una perspectiva más normativa que analítica, afirman que “estamos muy lejos de hablar de un ordenamiento “constitucionalizado” en México”, ya que, de acuerdo con estos autores, si se consideran aspectos tanto políticos, como estrictamente jurídicos, se encontrarán ciertos “avances”, pero también “retrocesos” en relación con este proceso.

En efecto, como mencionamos, para algunos autores, dado que la mayoría de las condiciones descritas en el modelo de Guastini se han incorporado al artículo primero de la Constitución a partir de junio de 2011, entonces el ordenamiento jurídico mexicano puede considerarse como un caso más de constitucionalización. Concretamente, para Ramón Ortega (2013), en dicho dispositivo constitucional se incluyeron expresamente la interpretación conforme de las leyes, la sobreinterpretación constitucional y la aplicación directa de las normas constitucionales —o sea, las condiciones cuatro, cinco y seis—. Además de que, en la nota número 10, Ramón Ortega, sugiere que la fuerza vinculante de la Constitución —la condición número tres— está implícita en el artículo primero constitucional. De este modo, para el autor referido, el ordenamiento jurídico mexicano tendría seis de siete condiciones de constitucionalización, puesto que las dos primeras —por un lado, la existencia de una Constitución rígida y, por otro, la garantía jurisdiccional del texto constitucional—, son condiciones que deben darse “por descontadas” pues éstas son “*sine qua non*” en el sentido de que son necesarias, ya que, sin ellas, el proceso de constitucionalización no existiría. Incluso, esto mismo se podría decir de la condición número siete —la influencia de la Constitución en el debate político—, ya que, en muchos sentidos, la Constitución forma parte de los asuntos públicos de la sociedad mexicana y de sus actores políticos.

Ahora, si bien es posible afirmar que el sistema jurídico mexicano se constitucionalizó con mayor intensidad a partir de la reforma del artículo primero constitucional, pues éste efectivamente incorporó algunas de las condiciones de constitucionalización, sin embargo, es importante observar que, de algún modo, dicho proceso ha estado condicionado a la labor interpretativa de la SCJN; es decir, para hacer efectivas algunas de las condiciones de constitucionalización, ha sido indispensable la interpretación del máximo tribunal mexicano;<sup>32</sup> en pocas palabras, la “verdadera”

---

<sup>32</sup> Susanna Pozzolo (2010: 166) afirma, por ejemplo, que no es claro si con la presencia de una Constitución rígida y garantizada se puede determinar la constitucionalización de un ordenamiento, ya que además de estos dos elementos, es necesario considerar determinadas exigencias doctrinales a propósito de la interpretación del texto constitucional. Incluso, también se puede argumentar en el sentido de que no se puede comprender la constitucionalización de un ordenamiento, sin el despliegue integral del proceso de constitucionalización, o sea, para que un ordenamiento se constitucionalice es necesario que concurran todas las condiciones de constitucionalización, no sólo las dos primeras. En este sentido, también véase Aguiló Regla (2010).

constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano ha dependido, en gran medida, del quehacer interpretativo de la SCJN.

Esta labor constitucionalizadora de la SCJN es evidente en la condición número cinco de Guastini (2003: 55): “la aplicación directa de las normas constitucionales”, pues, de acuerdo con este autor, esta condición se proyecta hacia dos ámbitos que, en los últimos años, en la cultura jurídica mexicana, se han transformado, a saber: por un lado, la llamada eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la *drittwirkung*, como se dice en lengua alemana) y, por otro lado, aunque como derivación de la anterior idea, la actitud de todos los jueces frente a las normas constitucionales.

La aplicación de la Constitución, por supuesto, es una cuestión sumamente compleja, pero si analizamos la descripción de Guastini y examinamos la práctica jurídica mexicana contemporánea, se podría afirmar que las disposiciones del texto constitucional mexicano producen efectos jurídicos también en las relaciones entre particulares.<sup>33</sup> Efectivamente, según la actual jurisprudencia mexicana,<sup>34</sup> las normas constitucionales son susceptibles de aplicación directa y pueden producir efectos jurídicos en las controversias que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas. Asimismo, es importante señalar que no sólo la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido indicado, también los estudiosos del texto constitucional mexicano han estimado que contemporáneamente existe una eficacia horizontal de los derechos fundamentales en México.<sup>35</sup>

Por otro lado, para el autor de referencia, la aplicación directa de las normas constitucionales no sólo se refiere a la eficacia de las normas constitucionales en el tráfico jurídico *inter privatos*, también se refiere a la posibilidad de que todos los jueces apliquen en cualquier controversia las disposiciones constitucionales. En otras palabras, la aplicación de la Cons-

---

<sup>33</sup> Ésta es una idea que ha sido reiterada en distintos criterios jurisprudenciales. Algunos de estos criterios son los siguientes: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Registro IUS: 159936); DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE COMO PERSONAS POSEEN LOS TRABAJADORES (Registro IUS: 2008088); entre otros.

<sup>34</sup> Sin embargo, históricamente, como han apuntado algunos autores (por ejemplo, Carbonell, 2009, y especialmente Mijangos y González, 2004 y 2007), la jurisprudencia mexicana había negado que las disposiciones constitucionales se aplicaran frente a particulares.

<sup>35</sup> Especialmente, véase Valadés (2010).

titución supone que cualquier órgano jurisdiccional aplique directamente las disposiciones constitucionales, incluidos, por supuesto, los casos en los que se analice la legitimidad constitucional de las leyes.

Pues bien, como se ha señalado, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas, fundamentalmente, a partir de la resolución del expediente varios 912/2010 y la reforma de 2011 al artículo primero constitucional, han afirmado que todos los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar directamente las disposiciones constitucionales cuando ejercen en el ámbito de sus competencias tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad.<sup>36</sup> Así, más allá de las peculiaridades que implican dichos controles en el sistema jurídico mexicano,<sup>37</sup> es importante observar que, como sugiere Guastini (2003: 55), “en el constitucionalismo de nuestros días”, el uso directo de la Constitución por parte de todos los jueces es una práctica común, “en ocasión de cualquier controversia”.

Con todo, si bien es cierto que no todos valoran positivamente el proceso y, sobre todo, el resultado de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, porque dicho proceso es “un retroceso para la cultura jurídica” (Chiassoni, 2012: 98) por sus implicaciones peligrosas y perniciosas en relación con el debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución y el activismo judicial,<sup>38</sup> sin embargo, me parece que, si aceptamos que uno de los objetivos más importantes del “constitucionalismo de los derechos humanos” —que es otra forma de referirse a la forma de organización jurídica y política que resulta del proceso de constitucionalización— (Prieto Sanchís, 2013: 225) es precisamente garantizar la efectiva aplicación de los derechos incorporados al texto constitucional, entonces es difícil negar que la viabilidad de dicho paradigma no pase por el ejercicio del control difuso,<sup>39</sup> pues a través de éste los jueces ordinarios interpretan directamente los preceptos constitucionales con el fin de proteger los derechos establecidos en la Constitución; en definitiva, el proceso de constituciona-

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo: Ferrer Mac-Gregor (2011: 339-429).

<sup>37</sup> Sobre estas “peculiaridades”, véase Castilla Juárez (2011).

<sup>38</sup> Éstas son algunas de las conclusiones negativas que, según Francisco Laporta (2007), nos ha dejado el denominado paradigma (neo)constitucionalista.

<sup>39</sup> Para Luis Prieto Sanchís (2012: 242), de hecho, el nuevo paradigma constitucionalista abraza el control difuso de constitucionalidad; él lo expresa así: “...el llamado modelo difuso de justicia constitucional, que es, por su carácter de juicio concreto o a la vista de las circunstancias del caso, seguramente el más acorde con los esquemas neoconstitucionalistas”.

lización en México ha tenido avances, pero también retrocesos, como las restricciones que la SCJN ha delineado en relación con el control difuso.

#### IV. RESCATANDO AL CONTROL DIFUSO: LA IMPORTANCIA DE LOS “MUNDOS CONSTITUCIONALMENTE POSIBLES” Y LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO

El hecho de que el control difuso faculte a los distintos órganos jurisdiccionales a interpretar y aplicar directamente el texto constitucional ha supuesto que se dude de su funcionalidad; para arribar a esta conclusión, fundamentalmente, suelen esgrimirse estas razones: la existencia de una pluralidad de interpretaciones constitucionales y, con esto, un menoscabo al principio de seguridad jurídica y certeza del derecho; sin embargo, como se mencionó, éstas no son buenas razones para condicionar la práctica del control difuso, como tampoco lo son para desincentivar la tarea interpretativa de los jueces ordinarios.

Por un lado, efectivamente, la diversidad de criterios interpretativos no sólo es una consecuencia natural del llamado efecto irradiación de la Constitución en la labor jurisdiccional, ya que cualquier caso puede constitucionalizarse mediante su transformación en un conflicto de derechos fundamentales (Guastini, 2003: 50), sino que además la existencia de una pluralidad de “mundos constitucionalmente posibles” puede ser un factor que impulse una mayor y mejor protección de los derechos humanos, pues la deliberación será más amplia y democrática si se nutre de diferentes visiones y no sólo de unas cuantas, pero, por otro lado, como se afirmó, existen mecanismos tanto institucionales —por ejemplo, la unificación de criterios por contradicción y la propia estructura institucional de aplicación del derecho— como teórico-doctrinales —por ejemplo, el uso de las diferentes teorías de la interpretación y argumentación constitucional—<sup>40</sup> para controlar un posible caos jurídico originado por la pluralidad interpretativa del texto constitucional, pero sobre todo por los desacuerdos que esto puede causar.

Así, a pesar de la complejidad que supone interpretar y aplicar disposiciones jurídicas que contienen derechos humanos (Atienza, 1997: 7-8), pues en la mayoría de los casos estas disposiciones incorporan términos

<sup>40</sup> Al respecto, véase, por ejemplo, Moreso (2014).

abstractos y valorativos (Moreso, 2012: 119) —por ejemplo, “dignidad humana”, “igualdad” “prohibición de penas inhumanas o degradantes”, “debido proceso”, entre otros—, lo cierto es que tanto el sistema jurídico mexicano como la teoría interpretativa de los derechos humanos han desarrollado mecanismos para enfrentar este tipo de casos.

En cuanto al modo de interpretar los derechos, la teoría jurídico-interpretativa, en efecto, nos ofrece distintas respuestas.<sup>41</sup> Así, en primer lugar, se podría afirmar que, para determinar el contenido de expresiones como “tratos degradantes”, se debe acudir a aquello que deliberadamente consideraron los autores de la Constitución, recuperando de este modo sus intenciones al redactar dicha expresión. Otra forma, sin embargo, consiste en apelar al modo en el que dicha expresión es entendida y usada en un contexto social, político y cultural determinado. Una forma diferente a las anteriores consiste en averiguar el (o los) objetivo(s) al que un sistema jurídico determinado sirve y, con esta información, determinar si los posibles significados de la expresión de referencia contribuyen (o no) a la satisfacción de dicho(s) objetivo(s). En cuarto lugar, dado que expresiones como “trato inhumano y degradante” son indeterminadas, entonces los jueces gozan de discreción cuando interpretan y aplican este tipo de expresiones. Finalmente, también se puede argumentar que, en los casos en los que las declaraciones de derechos remitan a conceptos y juicios de valor, los jueces pueden involucrarse en un razonamiento de moral sustantiva, ya que dichos conceptos son morales y, en consecuencia, su aplicación e interpretación requieren no sólo de argumentación jurídica, sino también de argumentación moral.

No es el momento de recordar ni los pormenores de las teorías que acompañan a cada una de las posiciones descritas,<sup>42</sup> ni los argumentos que nos permitan conocer sus posibles ventajas<sup>43</sup> o desventajas,<sup>44</sup> pero sí ad-

---

<sup>41</sup> Aquí sigo fundamentalmente a Moreso (2009: 33).

<sup>42</sup> Por ejemplo, la cuarta concepción estaría de acuerdo con algunas versiones iuspositivistas, particularmente, con la concepción jurídica de Hans Kelsen (1982), quien, como se sabe, estaba en contra de la incorporación de conceptos valorativos como “justicia” o “igualdad” al texto constitucional. Para las otras concepciones, véase Guastini (2011).

<sup>43</sup> Para una defensa de la última concepción, que está vinculada al denominado positivismo jurídico incluyente, véase Moreso (2012) y Waluchow (2007).

<sup>44</sup> Por ejemplo, suele ser criticada con los mismos argumentos con los que se refuta la “interpretación subjetiva” aquella interpretación que apela a “las intenciones del constituyente”, esto es, ¿cómo determinamos las intenciones reales de los constituyentes

vertir qué podemos aprender de ellas en términos generales y qué medidas deberíamos tratar de aplicar en relación con el control difuso, pero más específicamente sobre la pluralidad de interpretaciones que su ejercicio conlleva.

Pues bien, en extremada síntesis, estas teorías pueden caracterizarse por un objetivo común: disciplinar la actividad de los juzgadores y, en alguna medida, reducir el ámbito de la discrepancia interpretativa de los textos constitucionales cuando incorporan, en sus declaraciones de derechos, una gran cantidad de expresiones valorativas (Moreso, 2012: 40). Así, a pesar de no tener una –o tal vez *la*– teoría interpretativa correcta de la Constitución y de los tratados internacionales, en materia de derechos humanos,<sup>45</sup> estos esfuerzos pueden ser compartidos en la medida en que, como se ha dicho, tratan de controlar racionalmente la actividad de los jueces,<sup>46</sup> pero más específicamente porque dotan de herramientas a los juzgadores para que sus decisiones se justifiquen con argumentos completos, informados y de calidad; en este sentido, parafraseando a José Juan Moreso (2012: 119), se puede afirmar que sólo las buenas razones que los jueces sean capaces de ofrecer a favor de una interpretación de los derechos humanos determinan su aceptación o rechazo.

Con todo, la práctica del control difuso, que en gran medida es la práctica de resolver cuestiones constitucionales con base en los derechos humanos, nos ofrece una oportunidad no sólo para reconocer que, en el ejercicio de dicho control constitucional, pueden existir múltiples formas de argumentar e interpretar, sino que, en un ámbito especialmente protegido como el de los derechos humanos, la pluralidad de opiniones no es en sí mismo un problema grave, pues, más bien, sería preocupante que, en una sociedad plural, los jueces hablaran en una sola voz (Ordóñez Solís,

---

cuando redactaron esa disposición? ¿cuál es la voluntad que debe considerarse al momento de interpretar alguna disposición jurídica, es decir, se debe considerar la voluntad de quien votó a favor o en contra de ella? ¿existen otras intenciones además de las del constituyente?, etcétera. Y así, respectivamente, se pueden refutar otros argumentos interpretativos. Al respecto, véase Ezquiaga Ganuzas (2006: 177-228).

<sup>45</sup> Sobre desacuerdos interpretativos, véase Moreso (2010).

<sup>46</sup> En este contexto, sin embargo, como se sabe, el método de la ponderación desarrollado fundamentalmente por Robert Alexy (1993 y 2008) ha tenido una aceptación bastante exitosa en el ámbito de la adjudicación constitucional. Sobre argumentación, derechos fundamentales y Alexy, véase Menéndez y Eriksen (2010). Sin embargo, como se sabe, la ponderación no es aceptada sin más, al respecto, véase, por ejemplo: Guastini, (1999: 167-171).

2004: 99-102). En este marco, es cierto que las limitaciones al control difuso revelan una cierta desconfianza hacia los jueces ordinarios en su labor interpretativa de los derechos humanos (Márquez Martínez, 2017: 298), pero también es cierto que ello no anula las obligaciones que contemporáneamente tienen todos los jueces del país: proteger precisamente los derechos humanos mediante un diálogo interpretativo con el texto constitucional y los tratados internacionales, de modo que, en definitiva, no veo por qué debemos limitar el ejercicio del control difuso, ni mucho menos abandonar la idea de que los jueces interpreten el texto constitucional con el objetivo de proteger los derechos humanos.

Por otro lado, además de las respuestas teórico-doctrinales, también existen respuestas institucionales para enfrentar los problemas de inseguridad e incerteza aparentemente implicados en el ejercicio del control difuso. En tal sentido, la unificación de criterios por contradicción puede contar como un mecanismo que formalmente establece el sistema jurídico mexicano para resolver un problema relacionado con la diversidad de criterios interpretativos:<sup>47</sup> su divergencia o discrepancia.<sup>48</sup> En efecto, la jurisprudencia por unificación es una de las formas de creación de jurisprudencia en México —las otras serían por reiteración,<sup>49</sup> por sustitución<sup>50</sup> y por precedente constitucional—<sup>51</sup> y, de acuerdo con la legislación en la

---

<sup>47</sup> No escapa a nuestro análisis que también existen otras formas de cambiar algún criterio jurisprudencial por parte de la SCJN; de hecho, como afirma Alejandra Martínez Verástegui (2018: 158), la SCJN puede modificar los precedentes en concreto y en abstracto, es decir, dado que la SCJN es el tribunal de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento, entonces “tiene facultades de establecer precedentes, apartarse de los mismos y revocar los precedentes sentados por los órganos inferiores. De esta manera, al resolver un caso *concreto* -por ejemplo, un juicio de amparo atraído o algún recurso que tenga competencia para conocer-, puede cambiar un precedente constitucional cuando de manera implícita o explícita se aparte de alguno de sus propios criterios o revoque un precedente sentado por algún órgano jurisdiccional inferior. Adicionalmente, es importante señalar que la Ley de Amparo contiene dos mecanismos que regulan la forma en que este Alto Tribunal puede modificar en *abstracto* los precedentes sentados por los órganos inferiores: la contradicción de tesis y la sustitución”.

<sup>48</sup> La Ley de Amparo (artículo 225) utiliza el término “discrepantes” para referirse básicamente a los desacuerdos interpretativos que se originen entre los órganos del Poder Judicial de la Federación y cuya resolución última se plantea ante el Pleno o las Salas de la SCJN.

<sup>49</sup> Artículos 222-224 de la Ley de Amparo.

<sup>50</sup> Artículo 230 de la Ley de Amparo.

<sup>51</sup> Ésta es una forma de creación jurisprudencial vinculada con las resoluciones que

materia, tiene como objetivo “dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia”.<sup>52</sup> Más específicamente, el Pleno de la SCJN, por un lado, resuelve las contradicciones de tesis de las Salas; éstas (o, en su caso, el Pleno), por otro lado, resuelven las contradicciones de tesis de los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados; y los Plenos de Circuito resuelven las contradicciones de tesis de los Tribunales Colegiados del circuito correspondiente. De este modo, a través de la jurisprudencia por unificación, especialmente, la SCJN, como órgano vértice del Poder Judicial Federal, puede unificar criterios interpretativos que sean divergentes, pero que, una vez fijado el contenido del derecho que motivó el desacuerdo, posteriormente, sean vinculantes para todos los tribunales del país.

Aunque en los distintos ámbitos de aplicación del derecho, el uso de la jurisprudencia es muy importante (Taruffo, 2007: 86); sin embargo, en los últimos años, en la cultura jurídica mexicana, los estudios sobre este tópico suelen ser críticos en relación con su conceptualización,<sup>53</sup> creación<sup>54</sup> y, por supuesto, práctica.<sup>55</sup> También, la jurisprudencia por unificación se ha examinado críticamente en correspondencia con esos tres aspectos (Camarena González, 2018: 122-133). Aquí, por supuesto, no podemos referirnos a todas estas cuestiones, pero sí me parece importante destacar que el procedimiento de unificación es un mecanismo institucional cuyo objetivo fundamental es minimizar los desacuerdos interpretativos entre los juzgadores mexicanos. De este modo, aunque sea muy difícil obtener una respuesta correcta para cada desacuerdo interpretativo, me parece, sin embargo, que este hecho también puede ser una razón para que los jueces argumenten sus decisiones correctamente, pues a mayor número

---

dicta la SCJN en relación con las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, pues en estos casos las razones contenidas en dichas resoluciones son jurisprudencia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país, siempre que existan ocho votos de once a su favor, tal como lo dispone el artículo 105, fracción I, de la Constitución.

<sup>52</sup> Artículo 225 de la Ley de Amparo.

<sup>53</sup> En este sentido, véase Saavedra Herrera (2018: 296-322).

<sup>54</sup> Véase Martínez Verástegui (2018); Camarena González (2018: 103-142) y Bernal Pulido (2018: 355-363).

<sup>55</sup> Al respecto, véase Magaloni (2011).

de argumentos, más fácil será determinar qué criterio discrepante deberá prevalecer.<sup>56</sup>

Es verdad que la pluralidad de interpretaciones que conlleva el ejercicio del control difuso puede generar incertidumbre, ya que idealmente se espera que los jueces interpreten uniformemente el derecho,<sup>57</sup> pero también es verdad que tanto la seguridad jurídica como la certeza del derecho son ideales que conviven con otros ideales a propósito de la resolución de controversias que involucran derechos humanos, me refiero a los principios de igualdad, coherencia, universalidad, control de arbitrariedad judicial, etcétera.<sup>58</sup> Así, es indiscutible que la certeza y seguridad jurídicas cuentan como ideales de toda decisión judicial, pero su importancia deberá determinarse a partir de los argumentos que cuenten a su favor, pues es muy probable que, en algunos casos, se sacrifique, en alguna medida, la seguridad y certeza jurídicas con el objetivo de salvaguardar otros principios tan valiosos como estos (Moreso, 2012b: 192).

Pero, además, el peligro de la incertidumbre jurídica que, aparentemente, produce el control difuso al permitir no sólo un interpretativismo judicial caótico, sino más específicamente un “activismo judicial desbocado”<sup>59</sup> que implique un flujo incesante de inaplicaciones de leyes contrarias a la Constitución, puede ser desactivado si, como afirma José Juan Moreso (2012c: 136), se tiene en cuenta el diseño institucional de aplicación del derecho. En efecto, como se sabe, antes de inaplicar una disposición

---

<sup>56</sup> O, en su caso, se fijará un tercer criterio que sustituya a los discrepantes, tal como establece la Ley de Amparo en su artículo 126. Al respecto, véase Camarena González (2018: 125).

<sup>57</sup> Camarena González, 2018: 122-133; para este autor, sin embargo, la uniformidad en la interpretación debe estar guiada por el idea de la coherencia que está conformada por cuatro elementos, a saber: 1) aspira a que una determinada regla (norma adscrita) sea compatible con otras reglas y encuentre fundamento en principios constitucionales tanto formales —como el de seguridad jurídica- como sustantivos -como cualquier derecho constitucional—; 2) es un ideal al menos moderadamente holístico, es decir, los jueces aspiran a formar conjuntos de normas compatibles y vinculadas entre sí por principios; 3) es un ideal que aplica tanto vertical como horizontalmente. Los tribunales inferiores se encuentran vinculados por las normas del superior, pero este también se encuentra vinculado por sus propias normas adscritas; y 4) los conflictos entre normas se tratan de evitar preferencialmente mediante la reconciliación y en caso de no ser posible, el conflicto se resuelve a favor de la interpretación que sea compatible con más normas y de mayor jerarquía.

<sup>58</sup> Al respecto, véase Martínez Verástegui (2018: 174).

<sup>59</sup> La expresión es de Gascón Abellán y García Figueroa (2003: 42).

jurídica, los jueces de todo el país para salvaguardar el texto constitucional deberán interpretar dicha disposición de modo que sea posible su conformidad con la Constitución, pero sólo en el caso de que esto último no se logre, entonces procederán a la inaplicación de la disposición jurídica de referencia.

Esto supone que la facultad de inaplicación de una disposición jurídica por los juzgadores mexicanos es limitada y no conduce a que siempre que esto ocurra el juez no tenga otras opciones, pues además de la interpretación conforme y de la interpretación pro persona, el juzgador deberá atender el principio de “presunción de constitucionalidad de la ley” (Ferrerres, 2007: 131-270) a efecto de establecer si dicha norma es contraria o no a los derechos humanos contenidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

Además, es importante observar que, tal como está diseñado nuestro sistema de justicia, los casos de inaplicación pueden ser revisados en diferentes instancias hasta que finalmente sea la SCJN la que determine si fue correcto o no el acto impugnado. Ahora, es verdad que esto no es lo deseable, pues se espera que los criterios adoptados por los jueces ordinarios prevalezcan y sólo eventualmente algunos de ellos fluyan hacia la SCJN, pero la realidad nos ha demostrado que, en la mayoría de los casos (Márquez Martínez, 2017: 296), el ejercicio del control difuso es susceptible de ser revisado por el Poder Judicial de la Federación. Con todo, aunque pudiera pensarse que esto nos coloca en una disyuntiva: debe o no revisarse el control difuso, me parece que, si otorgamos un mayor grado de confianza a los jueces locales, de modo que no se limite su actividad interpretativa al ejercer el control difuso, sus sentencias deberían revisarse en el menor de los casos, pues de esta forma se consolida la idea de que todas las autoridades deben velar por los derechos humanos.

#### V. EL DEBER DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN EL PARADIGMA ARGUMENTATIVO DEL DERECHO Y SU DESPRECIO A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES AL CONTROL DIFUSO

A lo largo de estas páginas, he destacado la importancia que, para el ejercicio del control difuso, tienen la interpretación y la argumentación jurídicas. En los últimos años, estos temas han recibido una atención considerable, pues se trata de dos tópicos muy relevantes tanto para la teoría

como para la práctica del derecho.<sup>60</sup> Es tal la importancia de estos temas que, incluso, hay quienes afirman que, contemporáneamente, el derecho es argumentación,<sup>61</sup> pues la actividad de todo jurista consiste fundamentalmente en argumentar: así, se argumenta cuando se crea una disposición jurídica, cuando se trata de explicar un fenómeno jurídico, cuando se dicta una decisión, etcétera; en pocas palabras, la argumentación es un ingrediente muy importante en el derecho y, particularmente, es una herramienta fundamental para legitimar las decisiones de los operadores jurídicos.<sup>62</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia mexicana ha desestimado la importancia de la argumentación jurídica, pues, al menos, en el ejercicio del control difuso en materia administrativa, consideró que la autoridad jurisdiccional ordinaria no necesita desarrollar “una justificación jurídica exhaustiva” si advierte que la norma en cuestión no tiene méritos para ser inaplicada, pues “basta con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias”.<sup>63</sup>

Además de despreciar el ejercicio del control difuso por parte de los juzgadores ordinarios, también el criterio CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEBILITA EL IMPERATIVO DE FUNDAR Y MOTIVAR.<sup>64</sup> En efecto, si bien afirma que las autoridades jurisdiccionales en materia administrativa pueden ejercer un control di-

---

<sup>60</sup> Sin ánimo exhaustivo, véase Cárdenas Gracia (2007).

<sup>61</sup> Me refiero por supuesto a la obra de Manuel Atienza (2006) titulada precisamente “El derecho como argumentación”.

<sup>62</sup> Sobre esta función de la (teoría de la) argumentación jurídica, véase García Figueroa (2017: 11).

<sup>63</sup> CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Registro: 2006186.

<sup>64</sup> Este debilitamiento del imperativo de fundar y motivar se puede observar, sin embargo, en otros criterios. Por ejemplo, estos: CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO NO LIMITA NI CONDICIONA EL DEL CONTROL CONCENTRADO (Registro: 2010144); CONTROL DIFUSO. AL EJERCERLO, EL JUEZ ORDINARIO NO PUEDE REALIZAR EL ESTUDIO DE INCONSTITUCIONALIDAD O INCONVENCIÓN DE UNA NORMA, VÍA INCIDENTAL, BAJO PRETEXTO DE SU INAPLICACIÓN EX OFFICIO. (Registro: 2017613); CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES CUANDO ALEGAN LA OMISIÓN DE ANÁLISIS DE CONTROL DIFUSO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. (Registro: 2011498); CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. LOS JUZGADORES, AL EJERCERLO, NO ESTÁN OBLIGADOS A CONTESTAR LOS CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN QUE AL RESPECTO FORMULEN LAS PARTES EN LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS RESPECTIVOS, DIRIGIDOS A CONTROVERTIR LA CON-

fuso respecto de alguna disposición normativa, sin embargo, si el actor solicita expresamente este ejercicio, la autoridad jurisdiccional puede, por un lado, efectivamente, inaplicar la disposición de referencia, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero, por otro lado, en el caso de no coincidir con el peticionario, podrá aplicar la disposición cuestionada y, en tal sentido, será suficiente una “mención” que indique “que no advirtió violación alguna de derechos humanos”, de este modo, se entenderá que la autoridad “ejerció” el control difuso y “cumplió” con el imperativo de fundar y motivar.

Entre las patologías más importantes que flagelan el deber de fundar y motivar está, sin duda, la fundamentación y motivación insuficiente. De acuerdo con Juan Igartua (2003: 207), esto ocurre cuando el juez no aporta razones necesarias para ofrecer una justificación adecuada de su decisión. Pues bien, me parece que la tesis citada crea “una patente de corso” de este vicio, pues el juez podrá afirmar que practicó control difuso de una disposición jurídica haciendo una simple “mención” de que no advirtió ninguna violación a los derechos humanos, sin aportar otras razones que justifiquen su decisión, en otras palabras, para la Segunda Sala de la SCJN, el juzgador ordinario cumple con el imperativo de fundar y motivar sin la necesidad de aducir una “justificación jurídica exhaustiva”, pues, “obligarlo —se afirma— a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica”.

Todo esto, sin embargo, contrasta con la importancia de la argumentación en las decisiones judiciales en un Estado constitucional (Atienza, 2006: 29). Como afirma Aulis Aarnio (1990: 26),

en los Estados modernos... los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad *justificando* las decisiones de una forma bien conocida. Esta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a *aquella* cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso, en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico.

---

FORMIDAD DE UNA NORMA CON LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES (Registro: 2001607).

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN: 2448-4881

Así, siguiendo ahora a Luigi Ferrajoli (1997: 29), la motivación de las resoluciones judiciales debe ser el parámetro tanto de la “legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática” del funcionamiento de los tribunales en el constitucionalismo. Esto es así, puesto que el auditorio que observe, analice y, en su caso, critique las decisiones de los jueces será mayor. Como dice Chaïm Perelman (1988: 228) —en su teorizado “auditorio universal”—: “no hay que olvidar que las decisiones de justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes en litigio; después, los profesionales del derecho y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales”.

## VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

- 1) La SCJN, en el expediente varios 912/2010, resolvió cambiar el paradigma del control constitucional al permitir que todos los jueces del país practiquen, en el ámbito de sus competencias, el control difuso. Así, considerando la reforma del artículo primero de la Constitución de junio de 2011, el Máximo Tribunal mexicano fundamentalmente determinó que todas las autoridades jurisdiccionales están obligadas a dejar de aplicar las normas que consideren contrarias a los derechos humanos establecidos en el texto constitucional y los tratados internacionales. Sin embargo, después del 2011, la SCJN y los Tribunales Colegiados han emitido criterios jurisprudenciales con el objetivo de limitar el ejercicio del control difuso.
- 2) Las limitaciones al control difuso cambiaron la visión optimista del papel transformador de la SCJN en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, pues al limitar el ejercicio del control difuso se desvaneció la idea que en su momento la Suprema Corte había autorizado: interpretar y aplicar directamente el texto constitucional por parte de todas las autoridades jurisdiccionales; así, en relación con el control difuso y el proceso de constitucionalización, pasamos de una deslumbrante a una deslucida función constitucionalizadora de la SCJN.
- 3) La existencia de un caótico interpretativismo y un desbocado ac-

tivismo judicial son dos razones que se han esgrimido en contra del ejercicio del control difuso. Sin embargo, éstas no son buenas razones para condicionar la práctica de dicho control, como tampoco lo son para desincentivar la tarea interpretativa de los jueces ordinarios. El control difuso no genera las consecuencias perniciosas referidas, pues tanto la diversidad interpretativa como un cierto activismo judicial son condiciones que, en alguna medida, favorecen el desarrollo y la consolidación del paradigma de los derechos humanos configurado a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. Pero además estos peligros se pueden contener si se tienen en cuenta determinados mecanismos institucionales y teórico-doctrinales; particularmente, la práctica del control difuso se puede favorecer mediante un adecuado uso de las teorías interpretativas y argumentativas del derecho.

- 4) Finalmente, en el constitucionalismo de los derechos humanos, no es una buena estrategia debilitar el imperativo de fundar y motivar, pues en un ámbito especialmente protegido, como el de los derechos humanos, este deber no sólo es una garantía para la adecuada protección de nuestros derechos, sino que también es un requisito necesario para legitimar la función de todas las autoridades, incluidas por supuesto las jurisdiccionales.<sup>65</sup>

## VII. FUENTES CONSULTADAS

- AARNIO, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *DOXA*.
- AGUILÓ REGLA, J. (2010). Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. En Carbonell, M. & García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucionalista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.

---

<sup>65</sup> Agradezco a los dos dictaminadores designados por la revista *Cuestiones Constitucionales* por sus sugerencias y observaciones durante el proceso de evaluación de este trabajo; también estoy en deuda con el maestro Rafael Yubid Rodríguez por haber leído una versión preliminar de este trabajo. Si bien he tratado de atender todos los comentarios, los errores que, sin embargo, pudieran subsistir son responsabilidad mía.

- ALEXY, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: CEPyC.
- ASTUDILLO REYES, C. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Carbonell, M., et al., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ATIENZA, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*.
- ATIENZA, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- BAYÓN, J. C. (2013). El constitucionalismo en la esfera pública global. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- BERNAL PULIDO, C. et al. (2018). Hallazgos y propuesta para el sistema de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En BERNAL PULIDO, C. et al. *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN-CEC.
- BRITO MELGAREJO, R. (2011). *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*. México: Porrúa.
- CAMARENA GONZÁLEZ, R. (2018). La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Bernal Pulido, C., et. al. *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN-CEC.
- CARBONELL, M. (1999). Presentación. En GUASTINI, R. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARBONELL, M. (2009). *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa-CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARBONELL, M. Y SÁNCHEZ GIL, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*.
- CARBONELL, M. Y SALAZAR, P. (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2007). *La argumentación como derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- CARPIZO, J. (1969). La interpretación del artículo 133 constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- CASAR, M. A. & MARVÁN, I. (2014). *La dinámica del cambio constitucional en México, 1997-2012*. México: Taurus.
- CASTILLA JUÁREZ, K. (2011). El control de convencionalidad, un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- CASTILLA JUÁREZ, K. A. (2016). Poder Judicial y tratados de derechos humanos ¿control difuso, interpretación o aplicación? En GONZÁLEZ OROPEZA, M. y BÁEZ SILVA, C. *El "Amparo Justo Prieto": el control desconcentrado de la constitucionalidad. Homenaje al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo* (págs. 355-381). México: SCJN.
- CHIASSONI, P. (2012). Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. En FERRAJOLI, L. *et al. Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (1998). *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2001). *Cambio social y cambio jurídico*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2002). *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México: Fontamara.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2003). El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia. En OROZCO HENRÍQUEZ, J. *et al. La función judicial: ética y democracia*. Barcelona: Gedisa.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2012). Primeras implicaciones del Caso Radilla. *Cuestiones Constitucionales*.
- CRUZ, L. M. (2006). *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa.
- DWORKIN, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (2006). *La argumentación de la justificación constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. México: TEPJF.
- FAVOREU, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista derecho Valdivia*.

- FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En CARBONELL, M. y SALAZAR, P. *La reforma constitucional de derechos humanos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRERES, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEP-yC.
- FIORAVANTI, M. (1996). *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2017). Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*.
- GARGARELLA, R. (2013). *Latin American constitutionalism, 1810-2010 the engine room of the constitution*. New York: OUP.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- GÓMEZ PÉREZ, M. et al. (2015). *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*. México: SCJN.
- González Oropeza, M. (2017). El amparo concedido por la SCJN a Justo Prieto en 1881: aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México. En Ferrer Mac-Gregor, E. *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro (Tomo I)* (págs. 81-114). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2011). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- GUDIÑO PELAYO, J. (2005). Lo confuso del control difuso de la Constitución, propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de México*.
- GUIBOURG, R. Y MENDONCA, D. (2004). *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Madrid: Marcial Pons.
- IGARTUA, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: CEPyC.
- KELSEN, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LAPORTA, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- LÓPEZ-AYLLÓN, S. &.-F. (2003). ¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México 1970-2000. En FIX-FIERRO, H. *et al. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (págs. 503-603). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MAGALONI, A. L. (2011). *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*. México: CIDE.
- MANUEL ACUÑA, J. (2018). El amparo Justo Prieto. En FERRER MACGREGRO, E., *et al. Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales* (Tomo I). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MÁRQUEZ MARTÍNEZ, L. (2017). *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*. México: SCJN.
- MARTÍNEZ BÁEZ, A. (2016). El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes. En Flores, I. B. *Doctrina constitucional mexicana*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, A. (2018). El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Bernal Pulido, C. *et al. El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN-CEC.
- MÉNDEZ, J. A. (2010). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPyC.
- MENÉNDEZ, A. J. & ERIKSEN, E. O. (2010). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPyC.

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. (2004). *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. México: Porrúa.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*. México: Porrúa.
- MORESO, J. J. (1998). *Mundos constitucionalmente posibles. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*.
- MORESO, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (2010). *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MORESO, J. J. (2010a). *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MORESO, J. J. (2012a). *Ethica More Iuridico Incorporata*. México: Fontamara.
- MORESO, J. J. (2012b). Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. En FERRAJOLI, L. *et al. Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (2012c). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- MORESO, J. J. (2014). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Perú: Palestra.
- NEGRETTO, G. L. (2012). Replacing and amending constitutions, the logic of constitutional change in Latin America. *Law and Society Review*, 749-779.
- NINO, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2004). *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Pamplona: Aranzadi.
- ORTEGA GARCÍA, R. (2013). La constitucionalización del derecho en México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46 (137).
- OST, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*.
- PERELMAN, C. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

- PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea.
- POU GIMÉNEZ, F. (2014). El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos, ¿ni tan nuevo ni tan protector? *Anuario de derechos humanos*.
- POU GIMÉNEZ, F. (2016). Constitucionalismo viejo, nuevo y desatado, el caso de México. En BONILLA MALDONADO, D. *El constitucionalismo en el continente americano* (págs. 215-263). Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes.
- POZZOLO, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. *El canon neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2012). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias. En FERRAJOLI, L. et al. *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- RABASA, E. O. (2002). *Historia de las constituciones mexicanas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, M. del (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*.
- SAAVEDRA HERRERA, C. E. (2018). El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México. En Bernal Pulido, C. et al. *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN-CEC.
- SÁIZ ARNAIZ, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*. Madrid: CGPJ.

- SAMANIEGO SANTAMARÍA, L. G. (2017). Control difuso de constitucionalidad-convencionalidad. Evolución jurisprudencial a cien años de la Constitución mexicana de 1917. En FERRER MAC-GREGOR, E. *et al. La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IECQ.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, O. (2008). El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como instrumento de interpretación constitucional de jueces de legalidad (posible aproximación a un control difuso de la constitucionalidad de carácter legítimo en México). En FERRER MAC-GREGOR, E. *et al. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (Tomo III). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IMDPC-Marcial Pons.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. (2019). *Una historia constitucional de México (Tomo II)*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TARUFFO, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*.
- VALADÉS, D. (2010). La protección de los derechos fundamentales frente a particulares. En Bogdandy, A. von *et al. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- VERGOTTINI, G. de (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Thomson Reuters-Cívitas.
- WALUCHOW, W. J. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.



## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Corpos inquietos, sexualidades “desviantes” e o devir de novas narrativas jurídicas nas Cortes constitucionais

### Restless bodies, “deviant” sexualities and the becoming of new legal narratives in constitutional Courts

Doglas CESAR LUCAS\*  
Pâmela COPETTI GHISLENI\*\*

**RESUMO:** As sociedades contemporâneas fizeram da sexualidade, dos afetos e do desejo categorias centrais no que diz respeito à construção da subjetividade do sujeito, de modo que a concretização dos direitos humanos atravessa, invariavelmente, os corpos e as sexualidades. Nesse sentido, este texto intenta fazer apresentar, de forma bem objetiva, uma análise jurisprudencial representativa das mais altas Cortes jurisdicionais, nacionais ou internacionais, e em cujo cerne circulam as questões do gênero e da sexualidade. A escolha dos casos levou em consideração os critérios geográfico-espacial e cronológico, selecionando-se os entendimentos mais relevantes dos tribunais de países ocidentais e ocidentalizados, mas com diferentes realidades culturais, sociais e econômicas, para além de decisões envolvendo

**ABSTRACT:** Contemporary societies have made sexuality, affections, and desire central categories regarding the construction of the subjectivity of the subject, so that the realization of human rights invariably crosses bodies and sexualities. In this sense, this text intends to present, in a very objective way, a jurisprudential analysis representative of the highest jurisdictional Courts, national or international, and at the heart of which issues of gender and sexuality circulate. The choice of cases considered the geographic-spatial and chronological criteria, selecting the most relevant understandings of the courts of western and westernized countries, but with different cultural, social and economic realities, in addition to decisions involving Regional Courts for the protection of human rights. In the end, it is evident that

---

\* Professor universitário e Advogado. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e Faculdade CNEC Santo Ângelo, Brasil. Correo electrónico: [doglasl@unijui.edu.br](mailto:doglasl@unijui.edu.br) ORCID: 0000-0003-3703-3052.

\*\* Professora universitária e Advogada. Faculdade CNEC Santo Ângelo, RS, Brasil. Correo electrónico: [pcghisleni@gmail.com](mailto:pcghisleni@gmail.com) ORCID:0000-0003-0166-9462.

Cortes regionais de proteção de direitos humanos. Ao final, evidencia-se que o Direito, por meio dos tribunais, vem enfrentando, incorporando e narrando esses novos temas, sinalizando para uma importante mudança de paradigma em termos de justiça de gênero e sexualidade.

**Palavras-chave:** Cortes Constitucionais, diferença, direitos sexuais, gênero, sexualidade.

*the Law, through the courts, has been facing, incorporating, and narrating these new themes, signaling an important paradigm shift in terms of gender and sexuality justice.*

**Keywords:** *Constitutional Courts, difference, sexual rights, gender, sexuality.*

SUMÁRIO: I. *Considerações iniciais.* II. *Corpos inquietos, sexualidades “desviantes” e o que dizem os Tribunais.* III. *Conclusão (ou reflexões para não concluir).* IV. *Referências.*

## I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se no passado as relações interpessoais se estabeleciam a partir de critérios muito convencionais, no mundo contemporâneo a lógica dos afetos e do desejo passou a permear e alicerçar uma imensa gama de relacionamentos. Essas e outras transformações contribuíram para que a sexualidade se tornasse objeto de estudo de diversos campos de saber (médico, psicanalítico, jurídico, econômico, sanitário etc.). Cada disciplina faz um esforço a partir de seus próprios interesses e horizontes epistemológicos para propor (quando não impor) uma definição ou visão dominante a respeito da sexualidade e dos temas que lhe são sensíveis.

Não se pode negar, entretanto, que há um movimento significativo de visibilização de novas identidades e sexualidades que requerem agora um reconhecimento efetivo na cena pública. Isso significa que é possível visualizar, hoje, um importante engajamento que está desconstruindo ou ao menos revisando a literatura que concebeu a sexualidade e o gênero como aspectos previamente dados do ser humano. Por outro lado, é também verdadeiro que à medida em que avança a pauta de conquista de direitos de pessoas LGBTI,<sup>1</sup> evoluem na mesma proporção (quando não mais inten-

<sup>1</sup> Sigla usada para designar as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais. A utilização da abreviatura, neste texto, tem por objetivo tornar o trabalho mais palatável ao grande público e de fácil comunicação. Entretanto (e este esclarecimento

samente) as investidas de grupos conservadores que tentam a todo o custo barrar essas novas possibilidades que a vida e os corpos oferecem. Quando essa discussão “bate à porta” do edifício jurídico, de que maneira os tribunais têm respondido juridicamente aos anseios da população LGBTI, já que todo o ordenamento jurídico vinha (e de certo modo ainda vem) calcado em um modelo de inteligibilidade de corpos consubstanciado na lógica binária dos gêneros e na matriz heterossexual da lei?

Nesse sentido, este texto pretende estabelecer alguns parâmetros que evidenciem de que maneira os tribunais vêm enfrentando as novas demandas do gênero e da sexualidade, a fim de compreender se os posicionamentos adotados eventualmente sinalizam para uma mudança de paradigma em nível global.

Para desenvolvimento da pesquisa, foi fundamental a análise de jurisprudências representativas dos temas ora pautados, as quais foram selecionadas levando-se em consideração basicamente os critérios geográfico-espacial e cronológico, abordando-se os entendimentos mais relevantes das mais altas Cortes jurisdicionais, nacionais ou internacionais, de países ocidentais e ocidentalizados, mas com diferentes realidades culturais, sociais e econômicas. Para além disso, o critério cronológico foi fundamental, pois objetivou-se compreender o atual estado da arte no que tange às questões envolvendo gênero e sexualidade nos tribunais contemporâneos, o que justifica a preocupação em fazer menção aos casos tidos como paradigmáticos e/ou mais recentes naqueles órgãos.

## II. CORPOS INQUIETOS, SEXUALIDADES “DESVIANTES” E O QUE DIZEM OS TRIBUNAIS

Se até pouco tempo atrás expressões como sexo, desejo e sexualidade costumavam circular quase que com exclusividade na academia e na militância, hoje tais termos experimentam um importante processo de legitimação. Importante porque embora realmente não sejam autossuficientes, são os instrumentos normativos que dão sustentabilidade, num primeiro momento, para a efetivação de direitos humanos. Num passado ainda mais recente, os direitos sexuais foram (e estão sendo inseridos) nesse processo lento e gradual de consolidação de uma nova gramática dos direitos humanos, que

---

é fundamental), não se desconhece o fato de que existem identidades, corporalidades e sexualidades outras que transcendem (e muito) a designação trazida pela sigla.

deságua, pouco a pouco, nos tribunais. Nesse sentido, esta última seção visa a compreender de que maneira o Direito, por meio dos tribunais, está enfrentando as demandas da sexualidade em um mundo em constante e veloz transformação, que em movimentos ininterruptos questiona e ressignifica categorias até então sólida e sedentariamente dadas.

Reitera-se aqui, em zelo à metodologia, que os casos escolhidos levaram em consideração basicamente três critérios. O critério óbvio e primário é aquele da seleção dos casos oriundos das altas Cortes jurisdicionais, nacionais ou internacionais, a partir da relevância temática do julgamento e sua afinidade com os temas do gênero e da sexualidade. Além disso, há preocupação com o critério geográfico-espacial, na medida em que foram escolhidos casos originários de países ocidentais e ocidentalizados, bem como de suas Cortes regionais respectivas. Por fim, o aspecto cronológico também foi levado em consideração, já que se objetivou compreender o atual estado da arte no que tange às questões envolvendo gênero e sexualidade nos tribunais, o que justifica a preocupação com os julgamentos tidos como paradigmáticos e/ou mais recentes. Alerta-se, finalmente, para o fato de que os casos são apresentados, neste item, independentemente da ordem cronológica, mas atendendo à coesão do raciocínio aqui traçado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente, em maio de 2011, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADI) 4.277/DF (BRASIL, 2011a) – protocolada inicialmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 178 – e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. A ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e a ADPF pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Em ambas as demandas, discutia-se o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. É que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal preceitua que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. O Relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo do artigo 1.723 do Código Civil (que regula as uniões estáveis) qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No ponto central, o reconhecimento do direito de casais homossexuais foi unânime.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> É de ser mencionada a constatação do então advogado no caso, Luis Roberto Barroso, atualmente ministro do STF, em sua sustentação oral em defesa da união homoafetiva. O jurista aduziu que a inclusão expressa do termo “mulher” na Constituição Federal de

Com esse paradigmático julgamento, consolidou-se “uma nova perspectiva da família e da sua função na sociedade, que se volta para a plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana”.<sup>3</sup>

Mais recentemente, outro grande avanço foi galgado no que diz respeito às uniões estáveis, o que invariavelmente vai repercutir positivamente na vida de casais homossexuais, especialmente do ponto de vista econômico. É que em julgamento de maio de 2017, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão de bens. A decisão, com repercussão geral reconhecida, foi proferida no Recurso Extraordinário (RE) 878.694, que trata de união de casal heteroaafetivo, e no Recurso Extraordinário (RE) 646.721, que aborda sucessão em uma relação homoafetiva. Por conseguinte, firmou-se entendimento no sentido de que no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil, que regula a sucessão legítima.

Ainda no cenário latino-americano, a Corte Constitucional da Colômbia vem protagonizando um importante processo de legitimação de direitos de minorias sexuais. Em 2011, o país reconheceu a possibilidade de que casais homossexuais constituíssem família. Em 2013, tais casais foram contemplados com igualdade de direitos em relação aos direitos dos vínculos heterossexuais. Em abril de 2016, a Corte deliberou, em votação conjunta de seis expedientes acumulados de tutela, por seis votos a três, favoravelmente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por meio da sentença SU-214/16, a Corte concedeu aplicação analógica ao matrimônio civil, constante do artigo 113 do Código Civil Colombiano, garantindo o direito constitucional de formar uma família também a parceiros do mesmo sexo.

---

1988 deveu-se à necessidade de pôr fim à discriminação de gênero relativamente a mulheres que não possuíam os mesmos direitos patrimoniais no casamento. “Esse dispositivo” – diz Barroso – “está aqui para incluir as mulheres e não para excluir os homossexuais e as relações homoafetiva, das quais o Constituinte não cuidou”. In: A DEFESA das uniões homoafetivas perante o STF: uma visão humanista da vida (parte 1). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=5\\_CHQPes\\_ls](https://www.youtube.com/watch?v=5_CHQPes_ls). Acesso em: 09 dez. 2017. Essa percepção evidencia aquilo que já foi mencionado na seção anterior, no sentido de que a lógica jurídica inclui invariavelmente excluindo.

<sup>3</sup> Roesler, Claudia Rosane; Santos, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 615-638, dez. 2014, p. 636.

Outras duas decisões a cargo da Corte Constitucional da Colômbia abordam a temática da sexualidade de modo paradigmático. Na sentença T-629/2010, o Tribunal decidiu dar a homens e mulheres que se prostituem os mesmos direitos estendidos para trabalhadores de qualquer outra profissão, inclusive no que se refere à licença-maternidade. Em 2013, na decisão T-372/2013, o Tribunal da Colômbia ordenou que diretor de um estabelecimento prisional permitisse a visita íntima para pessoas LGBTI, garantindo a privacidade, a não discriminação e o desenvolvimento livre da personalidade, independentemente de orientação sexual.<sup>4</sup>

No México, a Suprema Corte de Justiça da Nação, em julgamento histórico, de 2015, respaldou as uniões homossexuais, equiparando-as plenamente às heterossexuais. É que no cenário mexicano, cada Estado regula o casamento a partir de um Código Civil que lhe é próprio e em muitos casos essas normativas estabelecem que a finalidade do casamento é a procriação, aspecto veementemente negado pela Suprema Corte daquele país. Nesse sentido, os julgadores afirmaram categoricamente que

... considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales.

A liberdade de orientação sexual desaguou também no Tribunal do “sofno americano”. Em junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos,

---

<sup>4</sup> Ainda na República Colombiana, mas desta vez felizmente prescindindo da atuação dos tribunais, outro caso ganhou destaque dadas as suas particularidades. Em junho de 2017, três homens colombianos de Medellín, Manuel, Victor Hugo e Alejandro, constituíram um regime de “trieja” (ou trisal). Nesse caso, com a formalização da escritura pública, o casamento entre os três assume implicações perfeitamente jurídicas, tanto no que se refere à separação ou ao falecimento de qualquer dos cônjuges, quanto no que diz respeito à eventual adoção de uma criança. Quando questionado pelo grupo de reportagem sobre ser possível amar mais de uma pessoa, Manuel limitou-se a afirmar que “lo raro es decir que uno sólo puede amar a una persona.” In: Marin, Daniel Rivera. Los tres maridos: la historia de una “trieja”, la unión marital de tres hombres en Colombia. *BBC Mundo*. 15 jun. 2017. Vale lembrar que o Brasil, em 2016, já havia reconhecido uma união poliafetiva entre duas mulheres e um homem perante o 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro.

em uma decisão histórica, legalizou, por cinco votos a quatro, a união entre pessoas do mesmo sexo. Desde então, todas as áreas sujeitas à jurisdição da Constituição dos Estados Unidos não podem opor resistência injustificada ao reconhecimento do casamento homossexual. O caso *Obergefell e Outros vs. Hodges* trata da relação homossexual entre *Obergefell* e *John Arthur*, companheiros por mais de vinte anos. Em 2011, *Arthur* foi diagnosticado com esclerose lateral amiotrófica, motivo pelo qual o casal formalizou a união em Maryland, em outubro de 2013. No entanto, quando se mudaram para Ohio e postularam o reconhecimento da licença de casamento junto às autoridades, o Estado negou referida licença, de modo que o casal ajuizou uma ação em face do governador do distrito de Ohio. Em 2014, o Tribunal de Apelações do 6º Circuito decidiu, por dois votos a um, que a proibição de casamento entre homossexuais não violava a Constituição. Na Suprema Corte, entretanto, a decisão que prevaleceu foi aquela segundo a qual o casamento entre homossexuais não poderia ser proibido, tendo sido determinado seu reconhecimento e validade em toda a jurisdição americana.

O mesmo ideal guiou a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *Atala Riffo e Filhas vs. Chile*, de 2012. Nele, o Estado chileno restou condenado por violação dos direitos de igualdade, de respeito à honra e à dignidade, do direito de não discriminação, da vida privada e da garantia judicial de imparcialidade relativamente à Sra. *Karen Atala Riffo*. A discussão diz respeito à lesbianidade da vítima, a qual perdeu a guarda de suas três filhas para seu ex-companheiro em decisão da Suprema Corte Chilena, cujos motivos mencionaram expressamente a sua orientação sexual. Ainda sob a jurisdição da Corte IDH, a República da Colômbia foi condenada no caso *Ángel Alberto Duque vs. Colômbia* pela falta de acesso do Sr. *Alberto Duque* à pensão por morte de seu companheiro falecido em 15 de setembro de 2001. É que as normas que à época regulavam o direito de seguridade social no país excluíam as uniões estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo. Em 26 de fevereiro de 2016, a Corte IDH prolatou sentença por meio da qual declarou a responsabilidade internacional da Colômbia pela violação do direito de igualdade perante a lei e de não discriminação em prejuízo do Sr. *Duque*.

No cenário europeu, merece destaque o Reino da Dinamarca por ter sido o primeiro país do mundo a permitir, ainda em 1989, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Foi um dos pioneiros, também, na autorização do casamento de homossexuais, em 2012. Agora o debate volta à cena pública

por meio do caso nº 159/2016, em que se discutiu se as regras do casamento entre pessoas do mesmo sexo seriam contrárias à Constituição dinamarquesa, essencialmente no que dizia respeito à autoridade dos sacerdotes na Igreja da Dinamarca para casá-las. A Suprema Corte do país, entretanto, concluiu que não havia fundamentos para afastar a autoridade do Poder Legislativo e a deliberação do governo em torno da possibilidade de que duas pessoas do mesmo sexo se casassem na Igreja Dinamarquesa em cerimônia presidida por um sacerdote. Isso porque a base confessional do país é a Evangélica Luterana e a autoridade máxima para regulamentar as questões da própria Igreja reside no Poder Legislativo e no governo, os quais têm ampla margem de atuação no tocante à regulamentação da possibilidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, o Tribunal asseverou que inexistem legislações destinadas a limitar o Poder Legislativo e o governo no que tange aos assuntos da Igreja da Dinamarca. Ademais, afirmou que essa interferência não violava a Constituição e nem a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre Liberdade de Crença e Religião.

O caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), evidencia que o desejo heterossexual também não passa ileso pelo crivo dos conservadores que tentam (e é sempre uma tentativa, não raras vezes fracassada) “normalizar” comportamentos. A vítima da demanda foi submetida a procedimento cirúrgico em virtude do qual sofreu danos permanentes em sua vida íntima e sexual. O Supremo Tribunal Administrativo reduziu o valor de indenização anteriormente arbitrada por entender que, em função de a vítima já contar com 50 anos de idade e ser mãe de dois filhos, o sexo não assumiria a mesma relevância de quando se é mais jovem. Os julgadores do Tribunal Europeu entenderam que houve uma injustificada diferença de tratamento da vítima com base em dois estereótipos bem marcados: gênero e idade. A decisão do TEDH, de julho de 2017, foi no sentido de reconhecer que Portugal violou o direito de não discriminação constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos, arbitrando indenização pelos danos morais resultantes dessa violação.

Superadas algumas pautas, no entanto, outras persistem para aquelas sexualidades outrora (e ainda) enquadradas como “desviantes”. A doação de sangue por homossexuais é oficialmente proibida pela Anvisa (Resolução RDC nº 34/14) e pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 158/16).

Ambas as instituições determinam que homens que mantiverem relações sexuais com outros homens nos últimos 12 meses não podem doar sangue.

A Resolução RDC nº 34/14 da Anvisa, em seu art. 25, inciso XXX, estabelece que os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 meses após a prática sexual de risco, incluindo-se indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes. Já a Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, de 04 de fevereiro de 2016, em seu art. 64, considera inaptos temporários por 12 meses os candidatos homens que tiverem relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes. Há vários anos, especialistas de saúde não somente no Brasil, mas no mundo todo, advogam pelo fim da proibição imposta aos homossexuais, por considerarem a medida imprecudente, preconceituosa e desarrazoada, sendo um incoerente resquício da epidemia do vírus HIV no país. Argumentam tais especialistas que o conceito de “grupo de risco” já não se aplica. O que deve ser levado em consideração nessas proibições sanitárias é o comportamento de risco.

Nesse sentido, em maio de 2020, o Plenário do STF, por maioria de votos (7x4), considerou inconstitucionais os dispositivos mencionados. Prevaleceu o voto do Ministro Relator, Edson Fachin, no sentido de julgar procedente a ADI nº 5.543, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Como bem asseverou o Ministro Relator,

...sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão... Para além dessa dimensão individual, no campo simbólico o sangue corresponde à negativa de qualquer possibilidade de arrebatamento da humanidade de quem quer que seja por motivos como “raça”, cor, gênero, orientação sexual, língua, religião, origem etc. O sangue como metáfora perfeita do que nos faz inerentemente humanos... A responsabilidade com o Outro no caso em tela nos convida, portanto, a realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível. Incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. Somos responsáveis pela resposta que apresentamos a esse apelo. (Brasil, 2020).

No que diz respeito à questão de gênero, de grande relevância têm sido as decisões não somente oriundas de casos contenciosos, mas também da atuação consultiva da Corte Interamericana. Em seu último parecer consultivo (OC nº 24/17), solicitado pela Costa Rica, a Corte esclareceu a obrigação de o Estado reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas de

acordo com a identidade de gênero de cada uma (inclusive no que se refere aos menores de 18 anos). Nele, a Corte observa que os procedimentos de natureza administrativa ou notarial (em detrimento do jurisdicional) são aqueles que melhor atendem à demanda de pessoas trans., de modo que: a) devem estar focados na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que exijam requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis e patologizantes; c) devem ser confidenciais; d) devem ser rápidos e, na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas e/ou hormonais. A Corte estimou também que devem ser protegidos, sem discriminação alguma com respeito aos casais de pessoas heterossexuais, em conformidade com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar protegido entre pessoas do mesmo sexo.<sup>5</sup> Isso significa que os Estados devem respeitar e garantir a toda pessoa a possibilidade de registrar e inclusive mudar, retificar ou adequar o seu nome e os demais componentes essenciais de sua identidade, a exemplo da imagem, da referência ao sexo ou gênero, independentemente de quaisquer interferências por parte de autoridades públicas ou terceiros. Por isso, as pessoas que se identificam com identidades de gênero diversas devem ser reconhecidas do modo como queiram, o que significa que o Estado deve garantir a tais grupos o exercício desse direito tão elementar. Portanto, em resposta à primeira

---

<sup>5</sup> A Corte assentou ainda que “...la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro”. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Opinião Consultiva n° 24/17* (OC n° 24/17). 24 nov. 2017b. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 28 set. 2019, p. 85.

pergunta formulada pela Costa Rica, a Corte concluiu que a mudança de nome, a adequação da imagem e a retificação do sexo ou gênero nos registros e nos documentos de identificação, a fim de que fiquem conformes à identidade de gênero autopercibida pelo sujeito, é um direito protegido pelo artigo 18 da Convenção (direito ao nome) e também pelos artigos 3 (reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (liberdade) e 11.2 (direito à vida privada), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse passo, o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, em boa medida influenciado pela Corte Interamericana, tem tomado decisões (contramajoritárias) importantes de defesa dos direitos de pessoas transexuais e transgêneras, uma das quais protagonizada nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4275/DF, ajuizada perante o STF pela Procuradoria-Geral da República (PGR) em 21/07/2009, em face da redação do artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). O julgamento da ação, realizado em março de 2018, que ao final foi tida como procedente por maioria de votos para o fim de dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao dispositivo legal em questão, restou assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4275, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, Publicado em 07/03/2019).

Ao final, o julgamento da ADI foi no sentido de que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, faculdade que pode ser exercida tanto pela via judicial, como pela administrativa. Essa alteração, é bom dizer, será averbada à margem do assento de nascimento, vedando-se expressamente a inclusão do termo “transgênero”.<sup>6</sup> Em outras palavras, a pessoa transgênera que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada no nascimento, fazendo-o por autoidentificação firmada em declaração escrita, tem direito subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, seja administrativa ou judicialmente e, é bom dizer, independentemente de quaisquer procedimentos cirúrgicos, tratamentos e laudos de terceiros.

A breve descrição dos casos selecionados permite perceber que há um movimento interessante, em nível global, tendente ao reconhecimento jurídico de outras possibilidades familiares e existenciais. Por certo, as últimas décadas demarcaram um período em que restou evidente a discrepância entre a experiência social das pessoas LGBTI e suas expectativas em termos de reconhecimento jurídico. Com isso, o Direito percebe-se constantemente desafiado, no sentido de reinventar sua função reguladora e emancipatória, cujas bases se fizeram sob o paradigma da Modernidade.<sup>7</sup>

Desnecessário dizer que esse processo de reconhecimento e de luta pelos direitos de pessoas LGBTI tem, em maior ou menor grau, sido protagonizado sobretudo pelo Poder Judiciário, seja nacional ou internacional. O Poder Legislativo tem tido uma atuação mais lenta, especialmente nos temas que impõem fortes rupturas paradigmáticas, a exemplo da demanda afetivo-sexual de pessoas LGBTI. Em boa medida, isso deriva do fato de

---

<sup>6</sup> A esse respeito, são interessantes os apontamentos do Ministro Luiz Fux, para quem, “em termos vulgares, não existe um ‘orgulho trans’. O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos.” In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, julgada em 8 fev. e 1 mar. 2018. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 01 mar. 2019, p. 94.

<sup>7</sup> Santos, André Leonardo Copetti; Lucas, Douglas Cesar. *A (in)diferença no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

que a composição dos parlamentos tende a materializar o senso comum, o que significa a reprodução de uma postura mais conservadora.<sup>8</sup>

O fato é que decisões judiciais dessa natureza, que desafiam estruturas milenares a partir das quais a sociedade humana se consolidou, certamente significam um grande avanço para o Direito, impondo-lhe constantes remodelações que consigam concordar com as novas dinâmicas sociais. Por outro lado, não se pode negar que surgem novas angústias e complexidades que impõem uma reflexão em torno daquilo que Roudinesco<sup>9</sup> vai caracterizar como um “terror da abolição da diferença dos sexos, com a perspectiva de uma dissolução da família no fim do caminho.” Para a psicanalista, entretanto, apesar do grande número de divórcios, separações e rearranjos conjugais, é inegável que a família segue sendo a mais sólida das instituições humanas.

Essas desconstruções e reelaborações devem servir, no entanto, à ressignificação do lugar do sujeito no mundo. Isso quer dizer que esse interessante movimento de desestabilização de algumas categorias modernas deve recolocar o indivíduo em algum lugar, e não o deixar à deriva, desprovido de *locus*, acobertando-o sob o ilusório manto da abstração. Eis a importância da diferenciação: criar lugares de não segregação, de não impedimento, construindo e viabilizando novas possibilidades. Esse “fazer jurídico” é fundamental, pois permite que sejam abraçadas pelo universo normativo outras estéticas existenciais possíveis. Além disso, sugere que indivíduos possam colocar o seu afeto no seu objeto de desejo efetivo e, mais do que isso, vivenciar essa forma de desejar livre de qualquer opressão.

Há, portanto, um movimento ambivalente: em termos jurídicos, a identidade – seja ela no que diz respeito à sexualidade, cor, gênero ou idade – não pode se constituir em um obstáculo à concretização de direitos fundamentais e, nesse sentido, é possível questionar a desnecessidade de demarcar estes rasgos de identificação dos sujeitos no campo normativo (já que a inclusão de determinadas categorias, por meio do reconhecimento legal, significa a exclusão de outras). Por outro lado, no que diz respeito ao mundo da vida, dos fatos, esses traços são fundamentais porque comunicam ex-

<sup>8</sup> Não se desconhece a realidade de países como a Alemanha, que em junho de 2017 legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio de projeto de lei aprovado por 393 deputados, integrantes de três partidos de esquerda e de alguns parlamentares da ala conservadora de Angela Merkel.

<sup>9</sup> Roudinesco, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 11.

pectativas e (im)possibilidades para os indivíduos. Desse modo, é possível supor, por exemplo, que uma mulher lésbica queira se identificar como tal em termos existenciais a fim de evitar as investidas arbitrárias de homens que, muito provavelmente, não são seu objeto de desejo.

Não se pode, no entanto, dar a pauta por superada. Em muitas regiões, as pessoas LGBTI ainda não adentraram na arena dos sujeitos socialmente reconhecidos do ponto de vista de sua cidadania. “Manter relacionamentos amorosos, algo que nos faz intrinsecamente humanos, ainda é, em termos legais, uma prerrogativa heterocêntrica, marca da injustiça erótica e da opressão sexual que atinge gays e lésbicas no Brasil e na maior parte do planeta”.<sup>10</sup> Exemplo disso é o fato de que não chega a 30 o número de países que aprovam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>11</sup>

Por outro lado, não há como negar que os desafios introduzidos pela diferença (e pela diferenciação) estão latentes e se colocam cada vez mais na ordem do dia, demandando um reconhecimento político cujas consequências se espriam para outros campos, a exemplo do econômico. Isso significa que, superadas algumas pautas da agenda LGBTI, outras surgirão, reivindicando novas respostas, mais criativas, capazes de incluir tais grupos outrora excluídos da vida pública numa noção de sexualidade efetivamente cidadã, a fim de que os direitos sexuais sejam eles também percebidos como parte do exercício da cidadania.

### III. CONCLUSÃO (OU REFLEXÕES PARA NÃO CONCLUIR)

A construção e consolidação do ambiente democrático não somente tolera como fomenta a diversidade. No entanto, *pari passu* com as possibilidades democráticas, vislumbra-se aquilo que podemos chamar de uma ditadura da identidade, a qual faz com se perca o que há de mais essencial em nossa subjetividade quando somos obrigados a narrar, nas entrelinhas, quem somos. Essa gramática castradora faz com que nos esqueçamos do fato de que “nossa identidade é tragada pela diferença”,<sup>12</sup> de modo que existir

<sup>10</sup> Mello, Luiz. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, jan. 2006, p. 506.

<sup>11</sup> ILGA. *Sexual orientation laws in the world – Overview*. Maio 2017. Disponível em: [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_WorldMap\\_ENGLISH\\_Overview\\_2017.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Overview_2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2018.

<sup>12</sup> Schöpke, Regina. *Por uma filosofia da diferença*: Gilles Deleuze, o pensador nômade. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 192.

basta para estar na condição de diferente, de outro. É exatamente por isso que Nietzsche alertou-nos de que todo homem está no mundo apenas uma vez, a título de *unicum*, e que nenhum acaso, mesmo o mais estranho, combinará por uma segunda vez uma multiplicidade tão bizarra. E não bastasse isso, se o sujeito é sempre e invariavelmente uma diferença em relação aos demais, esse mesmo sujeito é um outro também em relação a si próprio. É por isso que Foucault costumava dizer “eu não sou, eu estou” e bradava contra aqueles que o questionavam sobre sua identidade (filósofo? Historiador das ideias? Teórico social? Filólogo? Crítico literário?) respondendo enfaticamente: “não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral de estado civil; ela rege nossos papéis. Que ela nos deixe livres quando se trata de escrever”<sup>13</sup>.

Com efeito, apesar dos inúmeros avanços encabeçados pelos movimentos feminista, gay, lésbico, trans e de profissionais do sexo, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a inserção de tais grupos na vida social efetivamente se verifique do ponto de vista da cidadania e instrumentos legais e políticas públicas a eles relativos surjam de forma abrangente em domínios importantes e efetivos nos Estados. Enquanto isso, o Poder Judiciário, seja no âmbito local, seja no internacional, vem se mostrando como um grande aliado desses grupos quando da tomada de decisões que são fundamentais à concretização dos direitos mais elementares de determinadas identidades vulnerabilizadas.

Nesse sentido, não se pode negar que o modelo familiar heteronormativo persiste como regra no imaginário coletivo, mas a dinâmica social aponta para novas possibilidades que abarcam desde os relacionamentos homossexuais até as uniões poliafetivas. Sexo, gênero e sexualidade, nesse cenário, revelam-se como categorias maleáveis (pela cultura, pela religião, pela biologia) e fluídas, permeadas ora por conservadorismos, ora por ondas liberais. No que se refere às uniões homoafetivas, verifica-se um primeiro processo de descriminalização, passando pela legalização da união civil com posterior equiparação ao casamento heterossexual. Desnecessário dizer que a reivindicação política avançará, exigindo das ciências jurídicas um novo modo de pensar a partir de outras experiências sociais que se colocarão na ordem do dia.

<sup>13</sup> Foucault, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Os casos analisados abarcaram, dentre outros países, Brasil, Portugal, Estados Unidos, Dinamarca, Colômbia e México, mas guardam em comum o fato de que foram resolvidos pelas mais altas cortes jurisdicionais. Embora materializem um pequeno recorte diante da multiplicidade de outras regiões que poderiam ser estudadas, eles permitem sugerir que está ocorrendo um deslocamento importante a nível global no que diz respeito ao gênero e à sexualidade, no sentido de um reconhecimento cada vez mais enfático da diversidade. Além disso, evidenciam que embora as identidades assumam especial relevância do ponto de vista do cotidiano, talvez seja mais interessante para o Direito (e possivelmente menos problemático) estabelecer direitos fundamentais de maneira desvinculada das identidades e dos marcos regulatórios que se revelam, invariavelmente, excludentes.

É que como um instituto que se estabelece a partir das relações com o seu oposto, incluir – na lógica jurídica – a partir da identificação, inevitavelmente acarretará exclusões. É dizer, toda legislação que se propor a reconhecer explicitamente determinadas identidades está, em verdade, fadada ao fracasso, já que apenas está protegendo processos de identificação. É o caso das uniões homoafetivas, pois na tentativa de proteger a mulher enquanto um sujeito vulnerável em termos de gênero, por melhor que fosse a intenção do legislador constituinte, outras inúmeras identidades tão vulneráveis quanto a própria mulher se percebera sem proteção jurídica adequada.

Então, até que ponto o sistema jurídico consegue universalizar o direito à identidade, especialmente no tocante à sexualidade? Este estudo defende que o Direito, por adotar determinadas generalizações, seleciona certos traços de identificação, afastando outros (igualmente importantes). Talvez seja hora de restaurar, pelo menos do ponto de vista legislativo, uma humanidade comum do ser humano enquanto modelo universal de direitos humanos, o que não implica, necessariamente, adotar uma racionalidade jurídica estandardizadora e sectária. Somente assim será possível conceber um paradigma jurídico de justiça erótica, de libertação sexual e diversidade familiar, reconhecendo que negar os direitos conjugais, parentais e sobretudo existenciais de pessoas LGBTI é a negação expressa de sua própria condição de seres humanos.

#### IV. REFERÊNCIAS

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2011). *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Brito, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2018). *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, julgada em 8 fev. e 1 mar. 2018*. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2011). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2016). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309695587&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2017). *Recurso Extraordinário nº 646.721/RS*. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2017). *Recurso Extraordinário nº 878.694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (CCC). (2016). *Comunicado nº 17, 28 abr. 2016. Celebración de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. Sentencia de unificación*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2017%20comunicado%2028%20de%20abril%20de%202016.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (CCC). (2013). *Decision T-372/13, 2013. Right to conjugal visits for LGBTI people*. Disponível em: <http://english>.

- corteconstitucional.gov.co/sentences/T-372-2013.pdf*. Acesso em: 09 dez. 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (CCC). (2010). *Decision T-629/10, 2010. Protection to the sex workers (prostitution)*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2017). *Opinión Consultiva n° 24/17 (OC n° 24/17)*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acesso em: 28 set. 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012). *Sentença. Atala Riffo e Filhas vs. Chile*. Disponível em: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf). Acesso em: 14 out. 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2016). *Sentença. Ángel Alberto Duque vs. Colômbia*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf). Acesso em: 02 out. 2017.
- FOUCAULT, Michel. (2008). *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- ILGA. (2017). *Sexual orientation laws in the world – Overview*. Disponível em: [http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_WorldMap\\_ENGLISH\\_Overview\\_2017.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Overview_2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2018.
- MARÍN, Daniel Rivera. (2017). *Los tres maridos: la historia de una “trieja”, la unión marital de tres hombres en Colombia*. *BBC Mundo*. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-40286113>. Acesso em: 30 out. 2017.
- MELLO, Luiz. (2006). *Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil*. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000200010/7761>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- Suprema Corte de Justiça da Nação. (2015). *Tesis Jurisprudencial 3/2015*. Disponível em: <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/jurisprudencia-583152258>. Acesso em: 02 dez. 2019.
- NIETZSCHE, Friedrich. (2012). *A gaia ciência*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.
- ROESLER, Claudia Rosane & SANTOS, Paulo Alves. (2014). *Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas*.

- tivas. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 10, n. 2. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200615&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200615&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 out. 2017.
- ROUDINESCO, Elizabeth. (2003). *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- SANTOS, André Leonardo Copetti & LUCAS, Doglas Cesar. (2015). *A (in) diferença no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHÖPKE, Regina. (2012). *Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador nômade*. Rio de Janeiro: Contraponto.
- Suprema Corte da Dinamarca (SCD). (2017). *Caso n° 159/2016*. Same-sex marriage. Disponível em: <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/Afgorelser/Pages/Same-sexmarriage.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- Suprema Corte dos Estados Unidos (SCEU). (2015). *Case Obergefell vs. Hodges*, 26 jun. 2015. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf). Acesso em: 09 dez. 2017.
- Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). (2017). *Sentença, Petição n° 17484/15. Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175659>. Acesso em: 31 jul. 2017.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Igualdad y acciones afirmativas: el caso del acceso prioritario a los Centros de Atención y Cuidado Infantil para la Ciudad de México (CACI)

### Equality and affirmative actions: The case of priority access to the Child Care and Attention Centers of Mexico City (CACI)

Francisco Alejandro  
OLMOS DE LA TORRE\*

**RESUMEN:** Este comentario ofrece una crítica a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomada en la acción de inconstitucionalidad 215/2020, de desestimar un argumento formal de igualdad, por el cual se buscaba la inclusión de los hombres en una acción afirmativa dirigida exclusivamente a las mujeres. Salvo el ponente del asunto, los ministros y ministras consideraron que este planteamiento incluso invisibilizaba el problema de las mujeres y fortalecía la cultura machista. Parecieran ponerse en conflicto dos visiones de la igualdad: una formal y otra estructural. Desde una óptica conciliadora, el autor pretende mostrar la razonabilidad del planteamiento formal de igualdad, dado que no compromete en este

**ABSTRACT:** *This comment criticizes the Supreme Court of Justice of the Nation decision, taken in the “acción de inconstitucionalidad” 215/2020, of rejecting a formal argument of equality, which implies the inclusion of men, in an affirmative action in favor only of women. Except for the ponent, the justices considered that this approach even made the problem of women invisible and strengthened the “macho” culture. Two visions of equality seem to conflict: one formal and the other structural. From a conciliatory point of view, the author tries to expose the reasonableness of the formal equality approach, arguing why it does not compromise women, as a socially excluded group, in this case.*

---

\* Abogado por la Universidad de Guadalajara y Maestro en Derecho y Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Correo electrónico: [folmost@mail.scjn.gob.mx](mailto:folmost@mail.scjn.gob.mx) ORCID: 0000-0003-2486-1625.

caso a las mujeres, como grupo socialmente excluido.

**Palabras clave:** acciones afirmativas, mujeres, constitucionalidad, igualdad formal, igualdad estructural, infrainclusividad, suprainclusividad, test de igualdad.

**Keywords:** *affirmative actions, women, constitutionality, formal equality, structural equality, infra-inclusiveness, over-inclusiveness, equality test.*

SUMARIO: I. *El caso*. II. *La crítica*. III. *Bibliografía*.

## I. EL CASO

En sesión de 8 de marzo de 2021, Día Internacional de la Mujer, el Pleno de la Suprema Corte analizó la acción de inconstitucionalidad 215/2020, en la que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) controvertió la validez de una acción afirmativa que beneficia exclusivamente a las mujeres. Se trata de la medida prevista en el artículo 27, párrafo segundo, fracciones I, II y III, de la Ley que regula el funcionamiento de los CACI,<sup>1</sup> y que establece la prioridad que tienen exclusivamente las “madres” para la admisión de sus hijas e hijos en estos centros, bajo ciertos supuestos, que son: a) tener entre 12 y 22 años 11 meses de edad y asistir a la escuela; b) ser víctima de violencia intrafamiliar, y c) ser soltera con trabajo.

El ministro Pérez Dayán, encargado del proyecto, propuso dar la razón a la CNDH de que la norma impugnada asigna a la mujer el rol de cuidado de las hijas e hijos y que, como consecuencia de tal “estereotipo”, provoca que aquellos hombres en la misma situación de vulnerabilidad que las mujeres no gocen del mismo trato preferencial, en violación al principio de igualdad. En este sentido, el ponente consideró que, si bien la medida legislativa persigue la finalidad constitucionalmente válida de acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, esta no resulta apta ni idónea para alcanzar dicha finalidad, al basarse en estereotipos sobre el género que, por el contrario, terminan por obstaculizar la paridad de derechos entre los

<sup>1</sup> “Artículo 27... Asimismo, tendrán prioridad para la admisión en los CACI las hijas e hijos: I. De madres entre 12 y 22 años 11 meses de edad, que comprueben estar inscritas en los niveles básico, medio superior o superior del sistema educativo nacional y que por asistir a la escuela no puedan proporcionar la atención y cuidados necesarios a sus hijas e hijos; II. De madres víctimas de violencia intrafamiliar; III. De madres solteras que requieran la atención de su niña o niño por motivos laborales”.

sexos. El propósito legislativo, a su juicio, podría atenderse adecuadamente mediante una clasificación neutral, pues lo que hacía verdaderamente necesario el otorgamiento del beneficio radica en la situación de vulnerabilidad o desventaja objetivamente considerada, de ahí que no fuera necesario ni justificable establecer una distinción jurídica entre hombres y mujeres. Adicionalmente, propuso que la norma debía declararse violatoria del principio de interés superior de los menores, pues, de lo contrario, se validaría la posibilidad de no admitir en forma preferencial a un grupo de niñas y niños, bajo el pretexto del género de los progenitores.

Estas consideraciones, que a primera vista parecieran razonables, fueron duramente rechazadas por el resto de las ministras y ministros, entre los cuales hubo quien, incluso, tachó al proyecto de “[defender] la misma igualdad formal que ignora la historia de discriminación y opresión contra las mujeres”, de “no [hacer] sino invisibilizar el problema”, de “[incurrir] en los estereotipos de género, que dice combatir” e, incluso de “[fortalecer la] cultura machista que debemos desterrar por completo”.<sup>2</sup> El propósito de esta opinión, que intenta ser conciliadora, es mostrar que los anteriores ataques no son más que innecesarios, y que una justa comprensión del reclamo efectivamente planteado, aun cuando tiene que ver con una violación “formal” de igualdad, puede llevarnos a aceptar que una solución como la propuesta en el proyecto —incluir a los hombres— no riñe con una visión estructural de la igualdad. Aun cuando el reclamo de violación al interés superior del menor tiene importancia para la solución del asunto, los fines que inspiraron el diseño de la medida hacen que la respuesta a este dependa, en todo caso, de cómo entendamos el problema de igualdad entre mujeres y hombres para los efectos de la norma. Por eso, solo nos enfocaremos en este último punto.

## II. LA CRÍTICA

Con la salvedad de algunos matices relevantes de los que luego nos ocuparemos, la postura mayoritaria, que pugna por reconocer la validez de la medida, puede resumirse, primero, en un juicio basado en la estadística que

---

<sup>2</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el lunes 8 de marzo de 2021*. Disponible en: <https://www.sejn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones->

demuestra, por un lado, la realidad de un grupo significativo de mujeres en condiciones de vulnerabilidad —el de las madres adolescentes que asisten a la escuela, las madres solteras trabajadoras y las madres víctimas de violencia familiar—, y, por otro lado, que esta misma condición de vulnerabilidad afecta significativamente más a las mujeres que a los hombres, por lo que, se afirma, la distinción normativa no perpetúa un estereotipo, sino que recoge la realidad. En segundo lugar, y a partir de lo anterior, la postura se construye a un juicio de razonabilidad. La medida impugnada —el acceso prioritario— es constitucional porque se encuentra racionalmente conectada con el logro de finalidades legítimas e, incluso imperiosas, al impedir que niñas y mujeres se vean obligadas a abandonar sus estudios para no desatender sus obligaciones de cuidado; procurar que las mujeres obtengan la independencia económica que les facilite salir de situaciones de violencia, y mitigar los obstáculos que dificultan a las madres solteras incorporarse plenamente al mercado laboral.

Frente a la tesis de que la distinción normativa se basa en estereotipos, la mayoría opuso el intento de remediar una realidad estructuralmente desigual. De entrada, esto implica un falso dilema. El estereotipo puede o no conformarse a la realidad, de modo que ambas premisas no necesariamente son excluyentes entre sí. Por eso, la disyuntiva entre realidad o estereotipo no puede ser apropiada para distinguir dos presupuestos de los que puedan derivarse soluciones contrapuestas. Con independencia de esta aclaración, nos parece que responder el problema planteado, preguntándonos primero cuál es la forma correcta de concebir el trato prioritario en favor de las mujeres, es un error. Si la CNDH demanda que los hombres en las mismas condiciones de vulnerabilidad previstas en la norma también participen del beneficio, carece de absoluta relevancia para juzgar esta pretensión sostener, como hace la mayoría, que ese trato preferente no responde a un estereotipo sino a la realidad. Esto se debe a que la posición de las mujeres en la norma no esté, en absoluto, cuestionada.

Como argumento para demostrar lo infundado que es el reclamo de la CNDH, resulta falaz afirmar que la medida impugnada persigue la finalidad legítima de proteger a las niñas y adolescentes que estudian, a las madres solteras que trabajan o aquellas que han sufrido violencia intrafamiliar, por la sencilla razón de que la demandante no opina lo contrario e, incluso, puede estar de acuerdo en eso y, todavía, insistir en su pretensión de igualdad. Es una falacia de la que el propio proyecto no se escapa. Este error, que debería parecer evidente, tiene su origen en una aplicación mecánica del

test de igualdad, nunca atenta a la identificación del régimen efectivamente impugnado. En los casos de igualdad, lo que comúnmente se impugna es una exclusión, con el ánimo de ser incluido. El juicio de igualdad y su exigencia de razonabilidad debe aplicarse propiamente a la exclusión. Es decir, habrá que analizar si la medida que conlleva a la exclusión de los sujetos que reclaman estar incluidos está conectada racionalmente con una finalidad legítima. Somos atinados, por suerte, al aplicar el juicio de igualdad en los casos de exclusiones explícitas, es decir, donde se intuye con algo de facilidad o hay evidencia de que el legislador persigue una finalidad más o menos clara al excluir a ciertos sujetos de un régimen donde, por lo general, se recibe un beneficio. Pero en los casos de exclusiones implícitas, comenzamos a dar auténticos palos de ciego que nos llevan a cuestionar falazmente la racionalidad del régimen de beneficio en lugar de la del régimen de no beneficio, que es el efectivamente impugnado. En otras palabras, en casos como este, desorientados, nos preocupamos por demostrar que el trato preferencial a las mujeres es adecuado para protegerlas, en lugar de analizar, como lo pide la demandante, si existe una razón válida para no dar a los hombres el mismo trato.

No es lo mismo buscar incluir a los hombres en la medida a querer excluir a las mujeres. De ahí la importancia de identificar adecuadamente el régimen impugnado de acuerdo con la pretensión efectivamente planteada. Acerca de una medida afirmativa como la que analizamos pueden aducirse dos vicios distintos desde el punto de vista de la igualdad. Un primer vicio es de suprainclusividad. Este conllevaría la negación de que las mujeres o que ciertas mujeres sean merecedoras del beneficio y tildaría a la norma, por tanto, de instituir un mero privilegio. Un segundo vicio es de infrainclusividad que, a diferencia del primero, no cuestiona la posición de quienes participan del beneficio, sino la omisión de no incluir otra categoría que también lo amerita.<sup>3</sup> Pareciera que el error fundamental de la mayoría, con sus argumentos en favor del derecho de las mujeres al acceso preferencial, consistió en intentar desacreditar un caso de suprainclusividad, cuando en realidad se les planteaba uno diferente, de infrainclusividad normativa.

Sin embargo, sería inapropiado no mencionar que el ministro Laynez Potisek, dentro de la mayoría, dio una respuesta directa al problema efectivamente planteado: “Si hay razón para distinguir entre la protección que se debe dar a una mujer en una situación vulnerable y a un hombre en una situación vulnerable”. Su posición fue clara: “aun cuando hay muchos

<sup>3</sup> Sobre estos conceptos, Tussman y tenBroek (1949: 348 y 351).

hombres en las situaciones que se puedan establecer en otras infracciones impugnadas, la realidad es que las cifras apuntan a que en las tres problemáticas hay un impacto desproporcional en la mujer, lo que justifica esta priorización que hace el legislador”. Nos parece que, a falta de traducir esta desproporcionalidad en una condición más cualitativa que cuantitativa, el inconveniente de esta postura es que cae en la falacia de convertir cantidad en calidad. Si se tienen cuatro infantes que alimentar, y solo uno de ellos es varón, sería poco razonable administrar la comida bajo un criterio de justicia que favorezca a las niñas por la sola circunstancia de que ellas sean más, porque no hay razones para sostener que un niño sienta menos hambre que una niña, con independencia de cuántas niñas y cuántos niños existan en el mundo o en el específico escenario del problema de distribución.

No queremos decir que las niñas no puedan tener nunca preferencia sobre los niños en la distribución justa de algún recurso escaso, sino solo que el hecho de que ellas sean más no justifica que deban tenerla en un escenario en el que lo que importa es la necesidad de comer. Por eso tampoco estamos diciendo que atender a través de medidas no neutrales aquellos problemas en los que las mujeres son desproporcionalmente las más agraviadas sea irracional, sino que lo irracional es asumir que, cuando esa desproporción no se refiera más que a diferencias de cifras, entonces hay un deber de discriminar como si tales cifras se trataran de cualidades de las personas. Sería también impropio pasar inadvertida la fórmula del ministro Gutiérrez Ortiz Mena de que los hombres “están mejor posicionados frente a esos escenarios límite”. Pero este aserto, si se le concede al ministro no caer en una falacia de generalización indebida, se traduciría en un argumento de la misma naturaleza cuantitativa que el del ministro Laynez, pero destinado a reducir, sin desvanecerlo, el universo de los hombres que podrían merecer el trato preferente.

Parecería que estamos, como dice la mayoría, pasando por alto una “visión estructural de la igualdad”, aquella que, en palabras de Roberto Saba, “en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido” (Saba, 2005: 126). Queremos pensar que no es el caso. El acceso prioritario intenta paliar causas específicas que pueden explicar el fenómeno de sometimiento y la exclusión sistemática que padece el grupo de las mujeres

en nuestro país. La visión estructural de la igualdad, podríamos decir, ha quedado ya recogida en la implementación de esta medida, la cual no intenta ni podrá jamás ser anulada por quien diga que se queda corta en cuanto al grupo de personas al que se dirige.

La característica tensión que se da entre la igualdad formal o como no discriminación y la igualdad estructural al administrar posiciones valiosas, echando mano, en parte, de una acción afirmativa, se traduce, concretamente, en la disputa entre el criterio estrictamente funcional de administración de las posiciones y un criterio no funcional (el sexo, el origen étnico, una condición de discapacidad) pero que favorece la inclusión de un grupo socialmente desaventajado. Es un conflicto dilemático porque, en última instancia, supone que un integrante del grupo “no sometido”, que satisfizo el criterio funcional de la medida, sea desplazado por quien no satisfizo totalmente este criterio, pero que pertenece al grupo “sometido”. Por ejemplo: el estudiante que alcanzó el puntaje mínimo general de ingreso a la universidad pierde su lugar en favor de la estudiante que obtuvo un puntaje menor y solo porque esta última es mujer. En resumen, la igualdad estructural exigiría que, en posiciones desiguales en cuanto exclusión o marginalidad, se favorezca a los integrantes del grupo socialmente desaventajado por encima de (algunos de) los que pertenecen al que socialmente no es así, aunque esto no sea necesariamente racional desde el punto de vista del propósito del ámbito administrado.

Con motivo de la acción afirmativa que específicamente analizamos, parecería surgir una tesis que, por decirlo casi coloquialmente, nos saca de la teoría: en nombre de la igualdad estructural, también debiéramos tratar diferente a quienes se encuentran en un mismo grupo desaventajado. Una tesis que sería útil para justificar acciones afirmativas a favor de grupos que atraviesan por dos o más categorías históricamente marginadas (ser mujer, indígena y pobre, por ejemplo), en el sentido de tener que rechazar, por ser contrarios a la idea de igualdad estructural, por ejemplo, los reclamos provenientes de varones indígenas para ser considerados dentro de una política que solo favorezca a las mujeres indígenas el acceso al mercado laboral. No es una tesis cómoda de admitir, porque, como ya dijimos, no se explica por esta concepción académica y un tanto maniquea de favorecer la igualdad entre un grupo subordinado frente al resto de la sociedad que históricamente así lo ha mantenido. Pero también porque si, en el ejemplo, los varones indígenas no son objeto de ninguna otra medida encaminada a optimizar su situación, aunque sea neutral, esta acción afirmativa se traduciría en una

especie de trato que equipararía a los indígenas varones y al resto de la sociedad, y que difícilmente podríamos justificar desde la misma visión estructural de la igualdad. En un escenario como el descrito, los indígenas varones tendrían motivos, nos parece, muy justos para incomodarse, sin que esto implique necesariamente que estén en desacuerdo con que el Estado continúe apoyando a las mujeres de su grupo.

Desde luego, “ser varón” no puede compararse con “ser indígena”, en términos de igualdad estructural. Solo en una realidad alternativa pudiera estimarse que “ser varón” constituye una categoría en condición de exclusión o inferioridad. Pero esto no quiere decir que el planteamiento de justicia de los varones en el caso analizado sea esencialmente distinto al de los varones indígenas en el ejemplo anterior. Al igual que ellos, no reclaman su inclusión por el hecho de “ser varones” nada más, sino por la situación vulnerable de tener a su cargo el cuidado de un hijo o hija, en edad para estudiar, cuando sufren violencia intrafamiliar o cuando se disponen a trabajar, siendo solteros. Es entendible, pues, que les incomode ser colocados en la misma fila que a las mujeres y los hombres que no atraviesan por estas situaciones. Si bien estas últimas circunstancias pudieran difícilmente identificar a un grupo como sometido o bajo exclusión histórica, justificante del trato privilegiado que supone una acción afirmativa, tampoco se trata de privilegiar simplemente a una persona por “ser varón”, caso que sí constituiría un despropósito claro para la igualdad estructural.

No debe perderse de vista también que, en el caso del acceso prioritario, la categoría “ser mujer” no es la relevante para obtenerlo, sino ser madre en edad para estudiar, ser madre que sufre violencia doméstica y ser madre soltera que busca trabajar. Por supuesto que ser mujer es, en términos de la norma, una condición *sine qua non* para actualizar el supuesto de hecho, pero, cuando afirmamos que no es relevante para efectos de la acción afirmativa, queremos decir que la condición de ser mujer no identifica a una persona en automático como perteneciente al grupo vulnerable al que la medida busca favorecer. Si observamos con cuidado —la mayoría, curiosamente, hizo notar este aspecto—, podemos apuntar que la medida distingue incluso entre un grupo de “mujeres (madres) no vulnerables” (y también de “hombres [padres] no vulnerables”), y un grupo exclusivo de “mujeres (madres) vulnerables”, para los propósitos de la norma. En otros términos, pues, “ser mujer” no es una condición necesaria y suficiente para pertenecer al grupo en desventaja a igualar. Por eso, desde esta perspectiva meramente lógica, que no pierde de vista el horizonte de la igualdad estructural, no

resulta tan obvia la exclusión de los “padres” del acceso preferente bajo análisis, pues “ser hombre” no será la categoría que identifica al grupo en ventaja estructural frente al cual se busque la igualdad, mientras que “ser mujer” no sea suficiente para pertenecer a la categoría desaventajada.

El análisis puramente lógico nos lleva a definir como cuestión clave a examinar: si “ser mujer” *debe ser* una condición *necesaria* para pertenecer a la categoría en desventaja, caso en el que excluiríamos a los hombres que tuvieran las mismas condiciones de vulnerabilidad identificadas, o bien si poseer estas condiciones de vulnerabilidad *debe ser necesario y suficiente* para pertenecer a la categoría en desventaja que favorece la norma, caso en el que incluiríamos a las personas que cumplan este requisito, con independencia de su sexo. El hecho de que la condición “ser mujer” no sea en todo caso *suficiente* para identificar quién pertenece, según la norma, a la categoría en desventaja a igualar, sino que se le deben sumar otras condiciones a las que también pueden enfrentarse el grupo de los hombres, podría restar convicción al enunciado de que la medida sigue estrictamente un prolegómeno de igualdad estructural en el sentido de que se funde en la identificación de “las mujeres” como grupo al que se le deban reconocer prerrogativas que sería impensable atribuir al grupo de “los hombres”. Luego, si afirmamos terminantemente que en este caso no sería lícito favorecer a un “padre”, pudiéramos no estar haciendo otra cosa más que discriminar terminantemente, en el sentido prohibido por el artículo 1o. de la Constitución, por razón de sexo.

Conviene ser reiterativo: los argumentos anteriores se encuentran dirigidos más bien al criterio de administración de la medida, que a la medida en sí misma, por lo que no buscan anular esta acción afirmativa ni, digamos, las acciones afirmativas en general. El punto es que, como cualquier otra medida que intenta solucionar una injusticia social, las acciones afirmativas no están exentas de ser infrainclusivas o suprainclusivas. Podría impugnarse que la medida impugnada en esta acción tiene un vicio de suprainclusividad (admite personas no vulnerables) porque reconoce igualmente prioridad para la admisión de sus hijos e hijas en los CACI a las madres solteras adineradas o de familias pudientes, que podrían costear cómodamente un servicio privado de guardería o de niñera, o bien un vicio de infrainclusividad (deja fuera personas igualmente vulnerables), porque excluye a las mujeres trabajadoras no solteras pero cuyo esposo ha adquirido una discapacidad que le impide incluso cuidar a sus hijos o hijas, o a las mujeres indígenas, o a las mujeres con alguna discapacidad, o también, simplemente

te, porque, como lo adujo la CNDH, no tomó en cuenta a los hombres que pueden atravesar por las mismas situaciones de vulnerabilidad.

Por más natural que parezca este ejercicio analítico, y del cual no queda exenta cualquier medida que, con base en un trato desigual, tiende a conseguir una sociedad más justa, no debe sorprendernos, allende se le confunda, que se le descalifique de raíz. La escasa práctica analítica, asociada a un prejuicio o temor hacia lo “formal”, puede tender, como en el caso, a dotar a las medidas afirmativas a favor de las mujeres de un blindaje irracional que refleja cualquier crítica al modo en que son administradas como un ataque hacia la mujer o una forma de invisibilizar su histórica y nefasta marginación. Se corre el riesgo de terminar convirtiendo estas medidas en verdaderos tabús o constructos en los que la razón queda vedada. Todo esto a pesar de que, en principio, la preferencia al grupo de mujeres específico no esté siquiera en discusión. Las medidas afirmativas son óptimas cuando, efectivamente, dividen a la sociedad entre quienes sí se encuentran y quienes no se encuentran en condiciones de desigualdad estructural, y requieren ser ajustadas cuando, por prejuicios o simple descuido, traten diferente a las personas que se hallan en las mismas condiciones de desigualdad estructural o igual a quienes no se hallen en estas mismas condiciones. Si a los juicios que justifican la necesidad de estos ajustes se les llama “formalistas”, es innegable la contribución de los juicios formales o analíticos al propósito mismo de la igualdad estructural.

La violación a la igualdad aducida por la CNDH es fundada, mientras nadie pueda negar la existencia de hombres que compartan las mismas condiciones de vulneración que recogen las fracciones impugnadas y “ser mujer” sea insuficiente para identificar la categoría a igualar estructuralmente. Un problema aparte son las consecuencias que tendría una declaración de esta naturaleza en un medio de control abstracto (como lo es la acción de inconstitucionalidad), las cuales están lejos de ser evidentes. Los malentendidos que tenemos acerca del concepto formal de igualdad nos han privado, hasta el momento, de un debate sugestivo en el Alto Tribunal. Nuestra opinión al respecto es que, desde luego, no toda violación formal a la igualdad puede derivar en una invalidez general de la norma, pues subyacería a nuestro juicio la condición irracional de que la actividad legislativa debe ser perfecta: si no es perfecta no es válida. Con excepción tal vez de las que contienen derechos humanos, todas las normas distinguen, y como no lo hacen a la perfección —como se aspira que sean los tipos penales—, expulsar normas del orden jurídico por vicios formales de igualdad —de

infrainclusividad o de suprainclusividad— haría imposible no sólo la función legislativa sino también la jurisdiccional. Deberían invalidarse solo aquellas normas que distinguen por motivos discriminatorios o cuya incidencia no podría escaparse de las miras de un legislador razonablemente cuidadoso y cuya importancia de ser eficientemente regulados, por seguridad jurídica, torne insuficiente la justicia de los casos concretos (es decir, la integración del derecho a partir de juicios por analogía o mayoría de razón a cargo de las y los jueces).

A pesar de esta regla, el proceder en el caso analizado es poco claro. Hasta aquí, es decir, llegada la conclusión de que existe una violación formal a la igualdad, es donde sí pareciera relevante analizar si la distinción entre “madres” y “padres” es o no un estereotipo. Todavía más difíciles, sin embargo, creemos, son de explorar las consecuencias que tiene el reconocimiento de validez de la norma cuando el vicio de igualdad aducido no se estudió en sus méritos, es decir, como en este caso, en el que el trato prioritario se encontró justificado, sin aún averiguarse —con la salvedad de los ministros Laynez y Gutiérrez— si existía una razón válida para que los hombres igualmente vulnerables no lo tuvieran. El ejercicio es más complejo, pues afirmar, por ejemplo, que es posible otorgar, en los casos concretos, un amparo a cualquiera que exija un trato prioritario, conforme a la razón de ser de la norma impugnada, sea un hombre o una mujer no incluida en la medida, pasa por contestar qué tanto quienes juzgan pueden resistir a ser tachados, hoy, de “formalistas”, por preferir la decisión técnicamente correcta, a la más popular.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- SABA, Roberto. (2005). (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Núm. 11.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.
- TUSSMAN, Joseph y TENBROEK, Jacobus. (1949). The Equal Protection of the Laws, *California Law Review*. Vol. 37. Núm. 3.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Crítica a la acción de inconstitucionalidad 113/2018 sobre el libre desarrollo de la personalidad en Jalisco

### Criticism of the action of unconstitutionality 113/2018 on the free development of personality in Jalisco

Jesús Franciso  
RAMÍREZ BAÑUELOS\*

**RESUMEN:** Este es un análisis crítico sobre la resolución adoptada por la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 113/2018 en la que se declara la invalidez de la porción normativa del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco que condiciona a los excónyuges a esperar un año para contraer nuevas nupcias. Se analiza cómo la resolución constitucional protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y transforma la estructura jurídica local en materia de divorcio.

**Palabras clave:** libre desarrollo de la personalidad, divorcio, Código Civil del Estado de Jalisco.

**ABSTRACT:** This is a critical analysis of the resolution adopted by the Supreme Court of Justice of the Nation in the action of unconstitutionality 113/2018 in which it declares the invalidity of the normative portion of article 420 of the Civil Code of the State of Jalisco that conditions ex-spouses to wait a year to contract new marriages. It analyses how the constitutional resolution protects the fundamental right to the free development of personality and transforms the local legal structure in matters of divorce.

**Keywords:** free development of personality, divorce, Civil Code of the State of Jalisco.

---

\* M2 en Historia del pensamiento jurídico contemporáneo por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. México. Correo electrónico: [ramirezbanuelos@gmail.com](mailto:ramirezbanuelos@gmail.com) ORCID: 0000-0002-7458-9853.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *La acción de inconstitucionalidad 113/2018*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La reglamentación del divorcio en el estado de Jalisco se ha reconfigurado en el último quinquenio fundamentalmente con sustento en decisiones dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La primera decisión fue la jurisprudencia por contradicción de tesis referida a la inconstitucionalidad de la exigencia en las legislaciones locales de la acreditación de causales para decretar el divorcio necesario (Primera Sala, 2015: 570).

La segunda fue la tesis aislada en la que se hace referencia específicamente al artículo 404 del Código Civil del estado de Jalisco como violatorio al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al exigir la acreditación de causales para decretar la disolución del vínculo matrimonial (Primera Sala, 2015b: 975).

Como resultado de esas decisiones, el Congreso del Estado de Jalisco publicó el 17 de noviembre de 2018 en el periódico oficial *El Estado de Jalisco* el Decreto 27057/LXI/18 que reformó, entre otros, los artículos 404 y 420 del Código Civil del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2018).

La tercera decisión es la acción de inconstitucionalidad 113/2018 promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la que se demanda la inconstitucionalidad precisamente del reformado artículo 420 del Código Civil de esa Entidad por considerarlo violatorio al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020).

Este ensayo es un análisis crítico sobre la resolución adoptada por la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en esa acción de inconstitucionalidad. Nos interesamos puntualmente en analizar cómo la resolución constitucional protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y transforma la estructura jurídica local en materia de divorcio.

Primeramente, destacamos los antecedentes de la reforma al artículo 420 del Código Civil jalisciense aprobada por el Congreso del Estado de Jalisco (II).

Posteriormente, analizamos los alcances de la resolución adoptada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de incons-

titudinalidad 113/2018, respecto al artículo 420 y, por extensión de efectos indirectos, al 393, ambos del Código Civil del Estado de Jalisco (III).

## II. ANTECEDENTES

El Decreto 27057/LXI/1830 del Congreso del Estado de Jalisco de 17 de noviembre de 2018 es producto de dos iniciativas de reforma de ley, que a continuación veremos.

La primera, registrada como INFOLEJ300/LXI fue propuesta el 21 de enero de 2016 por el Diputado Ing. Salvador Arellano Guzmán (Congreso del Estado de Jalisco, 2018: 2-10). En lo sustancial esta iniciativa se sustenta en la existencia de la jurisprudencia citada anteriormente (Primera Sala, 2015a: 570) sobre la invalidez constitucional de la existencia de causales de divorcio en los códigos sustantivos locales que había implicado un cambio en la práctica en la tramitación de los juicios de divorcio en el Estado de Jalisco, puesto que tanto los postulantes como los jueces atendían directamente al criterio jurisprudencial e inaplicaban la legislación local.

Ante tal circunstancia el proyecto de reforma pretendió hacer compatible la reglamentación del divorcio en Jalisco con el criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello, se propuso eliminar las causales de divorcio contencioso contempladas en el artículo 404 del Código Civil estatal para dejar como únicas razones para promover el divorcio el mutuo consentimiento y la solicitud unilateral de cualquiera de los cónyuges sin expresión de motivo. Es decir, se propuso eliminar el divorcio contencioso y las disposiciones que de él se derivaban.

Es en ese sentido que esta iniciativa de ley, al revisar el artículo 420 del Código Civil de Jalisco encontró que preveía un lapso posterior al divorcio contencioso de dos años para el cónyuge culpable y un año para el cónyuge inocente para que estuvieran en aptitud de contraer nuevas nupcias. Por ello, el legislador simplemente eliminó la porción normativa relativa al divorcio contencioso y mantuvo la restricción genérica de un año posterior a la disolución matrimonial para que las personas humanas puedan contraer un nuevo matrimonio.

La segunda iniciativa de ley, identificada como INFOLEJ4728/LXI fue presentada el 19 de octubre de 2017 por el Gobernador del Estado (Congreso del Estado de Jalisco, 2018: 11-61). Esta propuesta consideró las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos derivadas de la Constitu-

ción federal, particularmente de la reforma al artículo 1o. de 11 de junio de 2011; la Constitución local; la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia federal y su correlativa estatal; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

La iniciativa del Gobernador del Estado obedecía sustancialmente a la estrategia *Junt@s por ellas* consistente en diversas acciones estatales que derivaron en la creación del Grupo Interinstitucional y Multidisciplinario para diagnosticar la situación de violencia de las mujeres en esa entidad federativa.

Producto de esos trabajos, diversas organizaciones de la sociedad civil solicitaron a la Secretaría de Gobernación la emisión de la Alerta de Género para el Estado de Jalisco. Dentro de las conclusiones del informe del grupo de trabajo, que solicitó la Alerta de Género, se propuso reformar, entre otros, los artículos 404 y 420 del Código Civil. El primero, para eliminar las causales de divorcio contencioso; y el segundo para eliminar las restricciones para que los divorciados pudieran volver a casarse una vez decretado el divorcio.

Por esas razones, el Gobernador del Estado adoptó los resultados de las mesas de trabajo y propuso la iniciativa de reforma para armonizar la legislación civil local con una perspectiva de género y enfoque de derechos humanos, en los términos que lo proponían las organizaciones de la sociedad civil. Esto es, se propuso eliminar las causales de divorcio y en su lugar establecer un procedimiento especial de divorcio incausado; distinguiéndolo únicamente en administrativo y judicial; y eliminar los plazos para contraer matrimonio una vez decretado el divorcio.

Cabe señalar que esta iniciativa de ley proponía derogar el artículo 408 del Código Civil estatal, el cual establece que en caso de que los cónyuges opten por el divorcio por mutuo consentimiento y se reconcilien antes de que se dicte sentencia, no podrán promover un nuevo juicio de divorcio por mutuo consentimiento, sino después de tres meses del último acuerdo judicial (Código Civil del Estado de Jalisco, 1995, artículo 408).

Una vez turnadas las iniciativas de ley INFOLEJ300/LXI e INFOLEJ 4728/LXI a la Comisión de Puntos Constitucionales, Estudios Legislativos y Reglamentos, se procedió a su estudio. El 16 de octubre de 2018 se emitió el Dictamen de decreto que aprueba diversas iniciativas que reforman el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, ambos ordenamientos del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2018: 62-102). Ese

dictamen, si bien es cierto que valoró ambas iniciativas, no menos cierto es que los motivos que adoptó para su emisión fueron reduccionistas y desvinculados de los enfoques de perspectiva de género y derechos humanos al concluir que ambas propuestas de ley establecen como fundamento la contradicción de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la inconstitucionalidad de prever causales en los códigos locales para decretar el divorcio (Primera Sala, 2015a).

Por ello, el dictamen argumenta que el objetivo de las iniciativas es adicionar el divorcio por voluntad de uno de los cónyuges y eliminar las causales del divorcio contencioso.

Pero la Comisión dictaminadora fue omisa en pronunciarse respecto al resto de las proposiciones de la iniciativa INFOLEJ4728/LXI y adoptó la propuesta de iniciativa INFOLEJ300/LXI, la cual fue sometida al Congreso local y aprobada el 30 de octubre de 2018 con algunas modificaciones no sustanciales a nuestro propósito.

El decreto de reformas se publicó en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco* el 17 de noviembre de 2018 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

### III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 113/2018

#### 1. *La solicitud de acción de inconstitucionalidad*

El 17 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos planteó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la acción de inconstitucionalidad del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos sostiene que la porción normativa del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco en lo que dice "...siendo indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio"<sup>1</sup> viola los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como los diversos 1º, 2º, 5º, 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los arábigos 3º, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo particular, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que el artículo cuya inconstitucionalidad se impugna viola los dere-

<sup>1</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, (1995), artículo 420.

chos fundamentales de la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a contraer matrimonio; así como la obligación del Estado de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos.<sup>2</sup> Ello en razón a que a su entender la codificación local condiciona ilegalmente los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a contraer matrimonio.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos recuerda que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha establecido que el derecho fundamental a la dignidad humana se compone, entre otros, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se expresa en la libre elección a contraer o no matrimonio. Por ello, el Estado no puede válidamente interferir en esas decisiones que son propias a la libertad de las personas humanas.

Asimismo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pone en relevancia que el artículo 403 del Código Civil de Jalisco dispone que, en virtud del divorcio los excónyuges recuperan su derecho a contraer un matrimonio subsecuente.<sup>3</sup> Sin embargo, esa previsión encuentra una limitante en el artículo 420 del mismo cuerpo legal que, como se ha señalado, impone una condición temporal para que ese derecho se pueda hacer valer por las personas humanas.

Además, la Comisión Nacional de Derechos Humanos considera que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona implica un trato diferenciado entre las personas solteras que nunca han sido casadas y las que habiendo sido casadas optan por divorciarse; puesto que mientras las primeras pueden contraer matrimonio en cualquier momento, las segundas deben esperar un año después de decretado el divorcio.

## *2. La sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

La acción de inconstitucionalidad del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos fue turnada a la Ponencia de la Ministra Piña Hernández, cuyo

---

<sup>2</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018), *Demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en* [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc\\_Inc\\_2018\\_LSI.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2018_LSI.pdf).

<sup>3</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, (1995), artículo 403.

proyecto se discutió en la sesión ordinaria a distancia celebrada por el Tribunal Pleno el 18 de junio de 2020.<sup>4</sup>

En nuestra consideración, el proyecto de sentencia de la Ministra Piña Hernández analiza con cierta ligereza la acción de inconstitucionalidad planteada.

Ciertamente, el proyecto de resolución en su segundo punto resolutivo concluye acertadamente que la porción normativa del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco que dispone "...siendo indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio" es contraria a la Constitución federal, al violentar el derecho al libre desarrollo de las personas y, por ende, se declara su inconstitucionalidad. Pero consideramos que los argumentos esgrimidos por la Ministra Ponente no son exhaustivos para comprender la trascendencia de la inconstitucionalidad decretada en el ordenamiento civil del Estado de Jalisco.

Al respecto, la Ministra Piña Hernández al exponer el capítulo del estudio de fondo de su proyecto ante el Pleno de la Corte señaló en primer término que de los documentos relativos al proceso legislativo no se advierte la motivación jurídica que llevó al legislador a justificar la porción normativa, cuya constitucionalidad se cuestiona.

Esa afirmación no corresponde a la realidad, toda vez que la iniciativa de ley INFOLEJ300/LXI, que resultó dictaminada favorablemente por la Comisión dictaminadora del Congreso local, planteó la necesidad de armonizar la reglamentación civil sustantiva de Jalisco con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que es inconstitucional mantener en las codificaciones estatales las causales como razones jurídicas para que proceda el divorcio.

Luego, la reforma toral del Decreto 27057/LXI/1830 que se publicó en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco* el 17 de noviembre de 2018 fue la de eliminar el divorcio contencioso, lo que en el caso del Estado de Jalisco se fundamentaba en el artículo 404 del Código Civil. A partir de ese eje, el legislador modificó y derogó total o parcialmente los artículos de ese cuerpo normativo necesarios para armonizarlos con la eliminación del divorcio contencioso.

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2020), *Contenido de la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada a distancia el jueves 18 de junio de 2020*, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2020-06-18/18%20de%20junio%20de%202020%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>.

Es en ese sentido que al legislador local se le puede reprochar que con una técnica legislativa deficiente y sin observar la perspectiva de género ni de derechos humanos se limitó en el caso del artículo 420 del Código Civil a derogar parcialmente las limitaciones temporales que estaban establecidas por la norma para que los ex cónyuges que hubieran obtenido su divorcio en un procedimiento contencioso no pudieran contraer nuevas nupcias en dos y un año, según se tratase del cónyuge culpable o inocente, respectivamente.

Pero, contrario a lo que manifiesta la Ministra Ponente, el legislador sí tuvo un motivo para mantener la limitación -que evidentemente viola el desarrollo a la libre determinación de las personas- para contraer nuevas nupcias. Ese motivo fue que la reforma del artículo 404 y por vía de consecuencia, entre otros, del artículo 420 ambos del Código Civil local atendía únicamente a la eliminación del divorcio necesario para armonizarlo con la jurisprudencia del Máximo Tribunal, en materia de las causales del divorcio necesario.

De ahí que la razón jurídica para la existencia de la condición de que los excónyuges que obtuvieron el divorcio contencioso deban esperar un año para volver a casarse no se deba buscar en la exposición de motivos del legislador reformador actual, sino en el origen de la norma.

A este respecto, la Ministra Ponente afirma que la limitación temporal para contraer nuevas nupcias se debe a la protección de la familia anterior o la futura; o bien como una sanción para los excónyuges. Sin embargo, nos apartamos de esa consideración y estimamos que la restricción legal que preveía el lapso de un año para que los divorciados pudieran volver a casarse tenía su razón jurídica en la presunción *iuris tantum* contemplada en el artículo 456 fracción II del mismo Código Civil referente a que los hijos nacidos dentro de los trescientos días (aproximadamente diez meses) siguientes a la disolución del vínculo matrimonial se presumen hijos del matrimonio.<sup>5</sup>

En este sentido, echamos en falta que la Ministra Ponente no haya hecho referencia a esa presunción legal, aunque sea para referir que la eliminación de la condición temporal prevista en el artículo 420 del Código Civil no incide directamente en el artículo 456 fracción II a que hacemos referencia.

Por otra parte, yerra la Ministra Ponente al señalar que la iniciativa de reforma no contenía la restricción temporal de un año para que los excón-

<sup>5</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, (1995), artículo 456 fracción II.

yuges puedan volver a contraer nupcias. Lo anterior, dado que la iniciativa INFOLEJ300/LXI<sup>6</sup> sí contenía esa limitante en el texto del artículo 420 del código sustantivo civil, siendo la iniciativa INFOLEJ4728/LXI<sup>7</sup> la que no contenía esa restricción.

También llama la atención que la Ministra Ponente no se haya referido a la iniciativa de ley INFOLEJ4728/LXI, que, aunque no fue adoptada por la Comisión dictaminadora sí forma parte del dictamen de esa Comisión. Lo anterior, sobre todo, dado que esa iniciativa se corresponde con los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de divorcio incausado.

Por otra parte, destacamos que el proyecto de resolución de la Ponente haya pasado por alto los efectos indirectos de la inconstitucionalidad decretada. En ese sentido, fue la Ministra Esquivel Mossa quien acertadamente llamó la atención del Tribunal Pleno en cuanto a la extensión de los efectos indirectos de la inconstitucionalidad del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco al diverso 393 del mismo ordenamiento legal y que se refiere a los casos de ilicitud del matrimonio.

En el particular, el artículo 393 del Código Civil del Estado de Jalisco señala que un matrimonio es ilícito si no se respeta el lapso previsto en el artículo 420 de la misma codificación civil.<sup>8</sup> Esto es, la Ministra Ponente omitió estudiar la extensión de los efectos indirectos de la declaración de inconstitucionalidad decretada, aunque en el caso de la disposición del 393 pareciera no ser de trascendencia, dado que de no haberse advertido su vinculación con el arábigo 420, la remisión del primero de los artículos al segundo habría encontrado un vacío y no tendría efectos.

Por otra parte, se destaca también la omisión del proyecto en cuanto ve al estudio de la posible extensión de efectos indirectos de la declaración de inconstitucionalidad al artículo 408 del Código Civil del Estado de Jalisco. Ello en razón a que ese dispositivo referido al divorcio por mutuo consentimiento prevé que en caso de haber una reconciliación entre los cónyuges antes de que se dicte sentencia, estos no podrán volver a solicitar un juicio

<sup>6</sup> Congreso del Estado de Jalisco, (2018), *Decreto 27057/LXI/1830*, disponible en: <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/Servicios/sistemas/SIP/decretossip/decretos/Decretos%20LXI/Decreto%2027057.pdf>.

<sup>7</sup> Congreso del Estado de Jalisco, (2018), *Decreto 27057/LXI/1830*, disponible en: <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/Servicios/sistemas/SIP/decretossip/decretos/Decretos%20LXI/Decreto%2027057.pdf>.

<sup>8</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, (1995), artículo 393.

por mutuo consentimiento, sino hasta pasados tres meses de la última actuación judicial.<sup>9</sup>

Es decir, el estado actual del Código Civil de Jalisco realiza un trato diferenciado entre las personas que habiendo optado por divorciarse por mutuo consentimiento y las que lo hacen por la solicitud unilateral sin expresión de motivo logran reconciliarse temporalmente y deciden posteriormente intentar una nueva acción de divorcio.

Esto es así, toda vez que en el caso de las personas que deciden divorciarse por mutuo consentimiento se impone una condición temporal de tres meses para el caso de que, habiéndose reconciliado, decidan finalmente divorciarse; lo que no ocurre para el caso de las personas que hayan decidido divorciarse por solicitud unilateral y que en el transcurso del proceso se reconcilien y posteriormente reiteren su deseo de divorciarse.

Cabe señalar que esa disposición condiciona directamente la eficacia del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco, ya que en el caso de las personas reconciliadas en un divorcio por mutuo consentimiento no pueden contraer matrimonio sin antes estar divorciadas y para solicitar el divorcio deben esperar tres meses para promoverlo nuevamente por mutuo consentimiento. Es decir, las personas humanas en este caso particular no pueden ejercer libremente su derecho al libre desarrollo de la personalidad para elegir si permanecen o no casadas o quieren contraer un matrimonio subsecuente.

Finalmente, destacamos la situación anómala que se crea en el Código Civil del Estado de Jalisco con la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 420, al subsistir dos preceptos jurídicos casi idénticos, que regulan el mismo supuesto legal; a saber, el artículo 403 que señala “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los que fueron cónyuges en aptitud de contraer otro” y el impugnado 420, que establece “En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio”.

Consideramos que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco debió ser total y no únicamente sobre la porción “...siendo indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio”. Lo anterior, a fin de dar coherencia al sistema jurídico planteado en el Código Civil jalisciense.

---

<sup>9</sup> Código Civil del Estado de Jalisco, (1995), artículo 408.

#### IV. CONCLUSIONES

La acción de inconstitucionalidad 113/2018 decreta correctamente la invalidez constitucional del artículo 420 del Código Civil del Estado de Jalisco en su porción normativa que establece una condición temporal de un año para que los cónyuges divorciados puedan volver a casarse.

No obstante, la motivación de la resolución constitucional no es exhaustiva. Se dice que no es exhaustiva, dado que no estudia adecuadamente los efectos indirectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 420 del Código Civil jalisciense en el sistema jurídico normativo de ese ordenamiento. Esto es así, ya que a pesar de que el Tribunal Pleno salva la omisión de la Ponente en cuanto ve a extender los efectos indirectos de la declaración de inconstitucionalidad al artículo 393 del código sustantivo civil local; no sucede lo mismo respecto al diverso 408 del mismo ordenamiento.

El subsistente artículo 408 del Código Civil de Jalisco realiza un trato diferenciado para las personas humanas que opten por divorciarse por mutuo consentimiento. En particular, el dispositivo en comento sanciona a los cónyuges que decidan divorciarse por mutuo consentimiento y durante el trámite se reconcilien, puesto que los condiciona que no puedan volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino después de pasados tres meses del último acuerdo judicial.

Tal condicionante afecta directamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas humanas para elegir si están casadas o solteras que fue objeto de protección de la acción de inconstitucionalidad 113/2018.

De manera que el medio de control constitucional no fue en este caso suficientemente útil para proteger el derecho fundamental de las personas a decidir libremente si quieren o no estar casadas.

Por último, dejamos apuntado que como consecuencia de la resolución de inconstitucionalidad pronunciada por el Tribunal Pleno se ocasiona una irregularidad jurídica en el Código Civil del estado de Jalisco, en razón a que subsisten dos normas jurídicas de igual jerarquía contenidas inclusive dentro del mismo capítulo y que regulan el mismo supuesto legal. Nos referimos a los artículos 403 y 420 ambos del Código Civil del Estado de Jalisco.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

Código Civil del Estado de Jalisco (1995).

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN: 2448-4881

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2018), *Demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, disponible en: [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc\\_Inc\\_2018\\_LSI.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2018_LSI.pdf).
- Congreso del Estado de Jalisco. (2018). Decreto 27057/LXI/1830, disponible en: <https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/Servicios/sistemas/SIP/decretossip/decretos/Decretos%20LXI/Decreto%2027057.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020) Contenido de la versión taquigráfica de la *Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* celebrada a distancia el jueves 18 de junio de 2020, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versio-nes-taquigraficas/documento/2020-06-18/18%20de%20junio%20de%202020%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. (2015a). Tesis 1a./J.28/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Tomo I, p. 570.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. (2015b). Tesis 1a. CCCLXV/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época. Tomo I.



## COMENTARIOS LEGISLATIVOS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Breve reconstrucción histórica del surgimiento de la Hacienda Pública en la Constitución del Estado de México\*

### Brief historical reconstruction of the emergence of the Treasury in the Constitution of the State of Mexico

Sonia Elizabeth RAMOS-MEDINA\*\*

**RESUMEN:** El objetivo propuesto se centra en trazar una breve reconstrucción histórica del surgimiento y estado actual de la Hacienda Pública desde la primera Constitución del Estado de México. El análisis confirma la mutabilidad de la HP cuya tradicional separación funcional ha ido paulatinamente sustituyéndose hasta extinguirse. Se identifican momentos clave en la evolución de los estudios jurídicos en la materia hasta llegar finalmente a la supresión de los apartados de la Constitución dedicados a estos fines.

**Palabras clave:** Hacienda Pública; Constitución Estatal; Reformas.

**ABSTRACT:** *The proposed objective focuses on tracing a brief historical reconstruction of the emergence and current state of the Public Treasury since the first Constitution of the State of Mexico. The analysis confirms the mutability of the HP whose traditional functional separation has been gradually replaced until its extinction. Key moments are identified in the evolution of legal studies on the subject until finally reaching the suppression of the sections of the Constitution dedicated to these purposes.*

**Keywords:** *Public Finance; State Constitution; Reforms.*

---

\* Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. Última reforma mediante decreto número 153 de la “LX” Legislatura, publicada en el Periódico oficial “Gaceta del Gobierno” el 24 de junio de 2020. [Online] <https://bit.ly/2G6QycY> Consultado el 25 de agosto 2020.

\*\* Doctora en Estudios Fiscales por la Universidad Autónoma de Sinaloa (UAS), México. Becaria posdoctoral en España por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), México. Correo electrónico: [elizabeth.ramos@usal.es](mailto:elizabeth.ramos@usal.es). ORCID: 0000-0003-0760-327X.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el examen de la actividad financiera realizada por entidades públicas territoriales e institucionales, es importante considerar la composición de la Hacienda Pública (HP), así como los procedimientos a través de los cuáles se desarrolla, puesto que la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general. Tradicionalmente la HP ha sido concebida como territorial, bajo una óptica unitaria que no plantea escenarios a distintos niveles (Oates, 1977: xi). Sobre la articulación de la HP debemos tener en cuenta que el contenido de este fenómeno es por esencia heterogéneo, y por tanto la naturaleza de los elementos que la integran tendrán distintos criterios y principios de ordenación. La Hacienda Pública llama a dos disciplinas —tributaria y presupuestaria— a proporcionar las bases para enfrentar la realidad financiera en la que, la armónica conjunción de principios rectores conformará el desarrollo de la actividad financiera (Vicente-Arche Domingo, 1974: 535).

Esta reflexión se centra en la Constitución del Estado de México específicamente en aquel sector del ordenamiento jurídico que regula la constitución y gestión de la HP. Desde un punto de vista estático,<sup>1</sup> nos preguntamos sobre su concepción, los elementos que la integran, su titularidad, obligaciones del Estado, entre otras.

Esto resulta interesante al considerar que, en el ordenamiento jurídico mexicano, a fin de garantizar la armonización a nivel nacional, las leyes generales contemplan la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios conforme las bases que dispone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).<sup>2</sup> Por un lado, es claro que la CPEUM se apoya en leyes secundarias, sin embargo, tanto esta última como la Ley

---

<sup>1</sup> Estas consideraciones se dirigirán principalmente a lo estático, quedando para otros estudios el análisis desde el punto de vista dinámico sobre la gestión de la HP, es decir, “el conjunto de procedimientos mediante los que derechos y obligaciones de contenido económico se convierten, respectivamente, en ingresos y gastos”. Martín Queralt, J. *et al.* (2014: 34).

<sup>2</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. Tomo V, Cuarta Época, Núm. 30, de 5 de febrero de 1917. Última reforma del 8 de mayo de 2020. Título quinto, “De los estados de la Federación y de la Ciudad de México”, artículo 115. Disponible en: <https://bit.ly/2DabZZy>. Consultado el 25 de agosto 2020.

Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPRH),<sup>3</sup> utilizan locuciones generales para referirse a la Hacienda Pública, aunque ninguna lo define de manera explícita.

Por ejemplo, la Constitución Española<sup>4</sup> no acuña la definición de HP, sin embargo, la Ley General Presupuestaria<sup>5</sup> advierte desde la exposición de motivos que “el Capítulo II se ocupa del régimen jurídico de la Hacienda Pública estatal en cuanto titular de derechos y obligaciones de contenido económico, partiendo del concepto de Hacienda Pública contemplado en la Ley de 4 de enero de 1977, y ratificado por el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1999, de 23 de septiembre”. Por tanto, la sección primera, “Derechos de la Hacienda Pública” estatal del mencionado capítulo, comienza en el artículo 5.1-2 definiéndola como “el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos”. Además, señala que sus derechos se clasifican en: de naturaleza pública y de naturaleza privada, y especifica que los de naturaleza pública incluyen los tributos y los demás derechos de contenido económico que deriven del ejercicio de potestades administrativas.

Por otro lado, las Constituciones Estatales en México están subordinadas a la CPEUM, los poderes de los Estados se organizarán según lo establecido en el artículo 116; además, no podrán “en ningún caso contravenir las estipulaciones del Pacto Federal” (artículo 41); adoptando para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre...” (artículo 115). Y aunque existe una fuerte vinculación de las Constituciones estatales con la regulación federal, en aquellas cuestiones

---

<sup>3</sup> Congreso de la Unión. (2006). *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*. México, *Diario Oficial de la Federación* del 30 de marzo 2006. Última reforma publicada el 19 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2QzG082>. Consultado el 25 de agosto 2020.

<sup>4</sup> Véase Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424. Última modificación de 27 de septiembre de 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3jpYCDM>. Consultado el 25 de agosto 2020.

<sup>5</sup> España. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 284 de 27 de noviembre de 2003. Última actualización publicada el 5 de agosto de 2020.

no previstas por la CPEUM los estados podrán establecer su organización de manera individual. Es decir, las entidades federativas con una estructura político-territorial plural y compleja tendrán que proyectar su actividad sobre el espacio que les pertenece, pues cada uno de ellos dispone de su propia Hacienda Pública. Por lo que la concepción de esta tomará una forma particular en cada una de las 32 Constituciones políticas de las entidades federativas.

## II. BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL SURGIMIENTO DE LA HACIENDA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO

A efectos de este apartado interesa trazar de manera sucinta, a partir de la primera Constitución del Estado de México, el surgimiento de los preceptos dedicados a la Hacienda Pública.

La aprobación y publicación del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana mediante Decreto del Congreso Constituyente del 31 de enero de 1824, trajo como efecto natural que en los años siguientes se fueran instaurando las Constituciones propias de las Entidades Federativas.

Entre los esfuerzos previos a la primera Constitución del Estado de México podemos citar el Decreto sobre la Organización Provisional del Gobierno Interior del Estado de México (Téllez y Piña, 2001: 5-6) presentado ante el Congreso Constituyente en marzo de 1824. Desde entonces, se consideraba dentro de las Comisiones designadas, entre otras, la de HP.

Como consecuencia de las declaraciones planteadas en este Decreto se promulgó la “Ley Orgánica Provisional para arreglo del Estado Libre Independiente y Soberano de México”<sup>6</sup>. En su Capítulo II Poder Legislativo, art 9, manifestaba como una competencia del Congreso: “(IV) fijar los gastos del estado y establecer para cubrirlos las contribuciones que juzgue necesarias”; y, “(V) examinar y aprobar las cuentas de inversión de los caudales del estado”. El Capítulo XI dedicado a la Hacienda, no solo establecería una Tesorería General del Estado para la entrada de todos los caudales recaudados (artículo 68), sino que además establecería la contaduría y glosa de las cuentas del estado (artículo 69) y una Institución que articulara las oficinas que servían a estos fines.

<sup>6</sup> Sancionada por el Congreso Constituyente el 6 de agosto de 1824.

El penúltimo Estado de la Federación en aprobar su Constitución fue el Estado de México el 14 de febrero de 1827 (González Oropeza, 2017: 432) con un total de 237 artículos distribuidos en nueve títulos. En el quinto se introducen algunas innovaciones respecto a la Hacienda Pública del Estado. Se dividen en tres capítulos: I) De la Hacienda Pública; II) Tesorería General del Estado, y III) Contaduría General del Estado. El primer capítulo señala los elementos que conforman la HP “se formará de las contribuciones que el congreso decretare y de los demás bienes que le pertenezcan” (artículo 218), así como el período para decretarlas “todos los años en las sesiones de marzo” (artículo 219), prohíbe decretar contribuciones que no sean las precisas para cubrir el presupuesto (artículo 220). El capítulo II manifiesta que será en la tesorería general donde “entrarán real o virtualmente todos los caudales del estado” (artículo 223), y que el tesorero no podrá efectuar pagos que no estén estipulados en las leyes y reglamentos (fijos y periódicos), así como los extraordinarios —acordados y convenidos— (artículo 224). Por último, el capítulo III señala que en la Contaduría General “se glosarán todas las cuentas de los caudales públicos en todos sus ramos” (artículo 226) y su intervención se realizará con arreglo a las leyes de ingresos y egresos de caudales de la tesorería (artículo 227).

El 15 de octubre de 1861 se promulga la segunda Constitución del Estado de México, incluyó en XXXV capítulos, 200 artículos más cuatro transitorios. Aunque se trataba de un nuevo texto sus raíces de hondo raigambre en la antigua Constitución del Estado, reprodujeron, “en su mayor parte, las sabias y bien calculadas disposiciones” de aquella. Esta actualización se encaminó para establecer una profunda modificación con concordancia con “el progreso de la sociedad [retocando lo que] tenía ya de anticuado y de superfluo”, según se afirma en la exposición de motivos, la idea era “ponerla en armonía con los respetables preceptos de la Constitución Federal de 1857 y leyes de reforma” (Robles Martínez, 2001: 144-145). Los capítulos XXIX, XXX y XXXI fueron dedicados a: la Hacienda, la Tesorería y la Contaduría respectivamente. La única modificación en el Capítulo de HP establecía que “el Estado es dueño de todos los bienes muebles o inmuebles que estén vacantes en su territorio, y de todos los que dejaren los que mueran intestados sin herederos” (artículo 172).

No obstante, en los años venideros México tendría, de manera paralela, dos gobiernos enfrentados entre sí: el régimen republicano libe-

ral y una monarquía —que se planteaba como constitucional—. Ambos gobiernos expidieron diversas disposiciones legislativas, sin embargo, la República liberal no consideró legítima una parte importante de las leyes expedidas por la monarquía (Vázquez Laslop, 2016: 220). En este sentido, el contexto sugiere que, en este periodo y como resultado de las inquietudes de la clase política, los cambios son una constante que encuentra verificación en un texto constitucional reformado en diversas ocasiones.<sup>7</sup>

Estas modificaciones conducirían a la tercera Constitución del Estado, promulgada el 1.º de diciembre de 1870: Ocho títulos subdivididos en secciones y a su vez en capítulos, con un total de 127 artículos más uno transitorio. El título tercero contenía dos secciones: I) De la Hacienda Pública (artículos 103 y 104); II) De la Contaduría de glosa y de la tesorería general (artículos 105-108). Se trata en definitiva de una reducción importante no solo del número de preceptos sino del contenido dispuesto para estas materias.

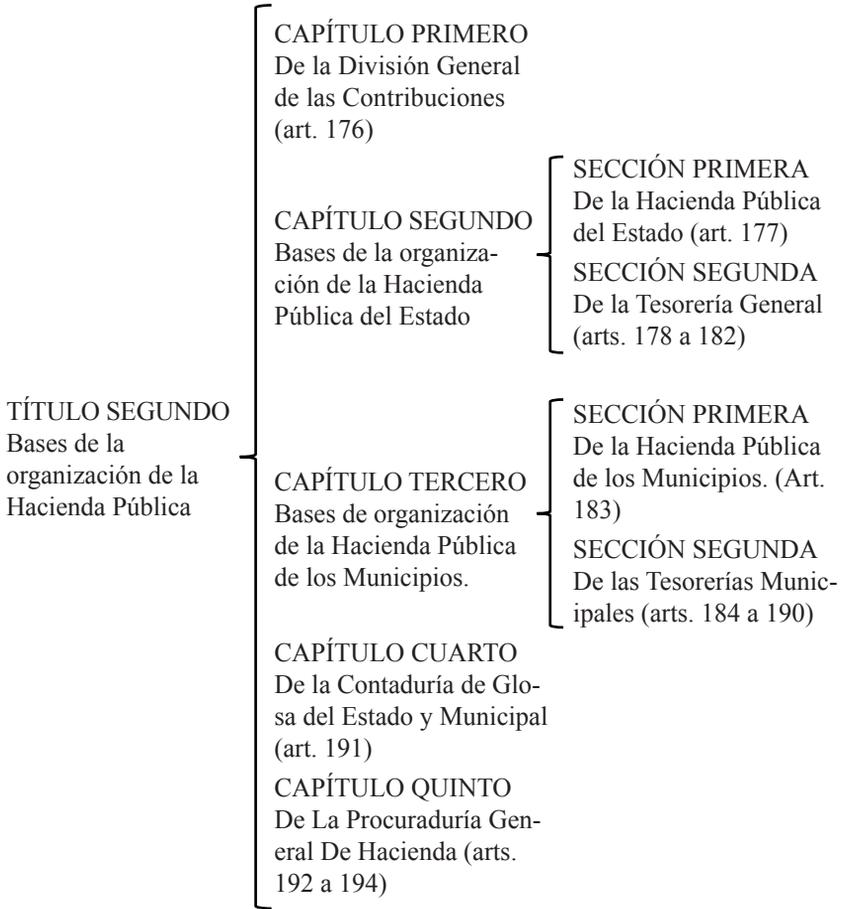
### III. LA ESPECIALIZACIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE 1917

El 8 de noviembre de 1917 se promulgó la cuarta Constitución del Estado de México. Un texto organizado, esta vez, en libros divididos en títulos con capítulos y secciones, 235 artículos y ocho transitorios. El libro IV denominado “Previsiones generales a que deberá sujetarse la administración pública” fraccionado en cinco títulos, destinó el título segundo a la organización de la HP. En la figura 1 se representa la estructura del título segundo de este libro. Se trata de una especialización de la organización de la HP. En primer lugar, aunque habíamos planteado un fuerte vínculo entre la Constitución Federal y las Estatales, este ordenamiento considera pertinente e importante que queden establecidos los principios en los que se inspirará el régimen de la HP. Incluso al realizar un análisis comparativo de los textos originales de las Constituciones Estatales a partir de la CPEUM de 1917, podemos corroborar que, ninguna de ellas incluye tantas subsecciones en materia de HP.

---

<sup>7</sup> Reformas de: 3 y 4 de mayo; 2 y 6 de octubre de 1869, y 24 de marzo de 1870. Véase Reyes Pastrana (2015: 144-145).

Figura 1  
ESTRUCTURA DEL TÍTULO II DEL LIBRO IV  
DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1917



Fuente: Elaboración propia a partir de la Constitución del Estado de México de 1917.

#### IV. REFORMA DE 1995 Y ACTUALIDAD

Mas tarde, la Constitución de 1917 exterioriza una serie de imperfecciones, así como adecuaciones respecto a la Constitución federal, que sugie-

ren la necesidad de correcciones que acumularon medio millar de modificaciones. Por lo que tuvo lugar una reestructuración Constitucional total con el decreto de 1995,<sup>8</sup> que tendría principalmente como objetivo, la articulación en partes homogéneas del ordenamiento (adicionando o derogando libros, títulos, capítulos, secciones, artículos) (González Oropeza, 2017: 449). La reforma trajo consigo una simplificación de la estructura original y al mismo tiempo una disminución de los artículos que integran la Constitución: 235 artículos, reenumerados y reducidos a 150. En lo que aquí interesa, hemos de subrayar una modificación importante en Hacienda Pública: la exposición de motivos advierte que el artículo 177 atinente a la composición de la Hacienda Pública del Estado se reubica y pasa a ser materia competencial de la Legislatura.

Actualmente la Constitución del Estado de México se estructura en títulos, capítulos y secciones, un total de 149 artículos más 15 transitorios. La última reforma que se registró fue publicada en el periódico oficial *Gaceta del Gobierno* el 24 de junio de 2020. En este texto se pueden observar algunas incógnitas que dejan en la penumbra a la Hacienda Pública tanto la puesta en marcha como su funcionamiento, y que no logran explicarse teniendo como referente una de la Constituciones más especializadas en esta materia.

El Estado podría establecer desde el ámbito de competencias de la HP los principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y funcionales, y considerar dentro de esta materia su composición y estructura. Sin embargo, el ordenamiento ha reservado en exclusiva dentro de las facultades y obligaciones del Gobernador del Estado, “cuidar la recaudación y buena administración de la Hacienda Pública del Estado”.<sup>9</sup>

Esto representa a nuestro juicio un retroceso. Incluso aquellos esfuerzos previos a la primera Constitución, aunque reconocían como una competencia del Congreso la fijación de gastos del estado y el establecimiento de contribuciones (actividades propias de la Hacienda Pública), la “Ley Orgánica Provisional”, como hemos mencionado, dedicaba un capítulo a esta materia, donde se vislumbraba ya la importancia de una institución articuladora.

---

<sup>8</sup> Reforma publicada en la *Gaceta del Gobierno* el 27 de febrero de 1995.

<sup>9</sup> Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, Título Cuarto Del Poder Público del Estado, Capítulo Tercero Del Poder Ejecutivo, Sección Segunda De las Facultades y Obligaciones del Gobernador del Estado, artículo 77, fracción XXI.

Algunas de las incógnitas que deberían ser despejadas con claridad y precisión en dicho ordenamiento se refieren a la titularidad, los elementos que le conforman, así como los derechos de la HP. En una definición compuesta por 23 Constituciones Estatales<sup>10</sup>, la HP se formará, entre otros, de los bienes y derechos que le pertenezcan, de los ingresos que determine su Ley de Hacienda, De las participaciones, aportaciones, subsidios, transferencias u otros ingresos de origen federal, Ingresos por concepto de convenios, Del producto de las contribuciones o participaciones legales, multas, herencias o reintegros. De estas definiciones se asume la titularidad que corresponde al Estado.

En sentido objetivo, la Hacienda es una expresión eminentemente abstracta, situada dentro de un marco normativo. De esta forma, estas figuras jurídicas preconfiguradas por la norma, al aplicarse, es decir al entrar en contacto con la realidad social y económica, dan nacimiento a derechos y obligaciones (Simón Acosta, 1985: 69). Los “derechos” de la Hacienda Pública podrían entenderse como el repertorio de medios económicos que la Administración Pública emplea para dar cumplimiento a los fines asumidos por esta. Por tanto, podríamos distinguir entre los institutos jurídicos (patrimonio del Estado, deuda pública) como elementos constitutivos de la HP; los derechos de la HP que se generan de la dinámica de los institutos; y, los fondos que como resultado de los ejercicios de los derechos afluyen al Tesoro Público como ingresos (Sainz de Bujanda, 1985: 478). Como ejemplo nos remitiremos una vez más a España, al artículo 20 de la Ley General Presupuestaria<sup>11</sup> que refuerza el argumento expuesto al manifestar que: “junto a esos derechos nacen obligaciones de las que la Hacienda Pública es responsable, con fuente en la propia ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen”. Ninguna de las figuras jurídicas anteriores se encuentra consignados textualmente en la actual Constitución del Estado de México.

Por último, el régimen interior de las Entidades Federativas mexicanas tiene “como base de su división territorial y organización política y ad-

---

<sup>10</sup> Además del Estado de México, las Constituciones de los estados de Baja California, Campeche, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán representan las excepciones, sin una definición de Hacienda Pública.

<sup>11</sup> España. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, título I: “Del ámbito de aplicación y de la Hacienda Pública estatal, capítulo II: “Del régimen de la Hacienda Pública estatal, Sección Cuarta, “Obligaciones de la Hacienda Pública estatal”, artículo 20.

ministrativa, el Municipio libre”.<sup>12</sup> Esto es importante en la medida que, en ausencia de un ámbito Estatal, el concepto de Hacienda Pública pueda generalizarse y aplicarse a los municipios del Estado. En este sentido el artículo 125 de la Constitución del Estado de México, cobra relevancia al señalar que serán los municipios quienes administren libremente su Hacienda, ésta última conformada principalmente, por los “rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que la ley establezca”, y en todo caso: Contribuciones, participaciones federales e ingresos derivados de la prestación de los servicios públicos a su cargo.

El paso del tiempo ha ido confirmando la mutabilidad de la HP cuya tradicional separación funcional propia de la Hacienda Pública ha ido paulatinamente sustituyéndose hasta extinguirse. De ello queda constancia en este breve análisis histórico, puesto que mientras en la primera Constitución y esfuerzos previos a esta, se celebraba una nueva etapa en la evolución de los estudios jurídicos sobre la Hacienda Pública, al llegar a la Constitución de 1917 quedarían indudablemente asentados, entre otros, los principios de reserva de ley y capacidad económica, avanzando en una especialización en la dogmática jurídico-financiera. Llegados a la reforma de 1995, se diluye la composición de la Hacienda Pública entre las múltiples competencias de la Legislatura que, aunque sus facultades puedan ejercerse en varias de las actuaciones relativas a esta, no justifica la supresión de los apartados de la Constitución dedicados a estos fines.

## V. FUENTES CONSULTADAS

### *Constituciones*

Constitución Española. (1978). España: Boletín Oficial del Estado No. 311, pp. 29313 a 29424. *Última modificación de 27 de septiembre de 2011*. Disponible en: <https://bit.ly/3jpYCDM>. Consultado el 25 de agosto 2020.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México: Diario Oficial de la Federación Tomo V, Cuarta Época. *Núm. 30. Últi-*

---

<sup>12</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, título quinto: “De los estados de la Federación y de la Ciudad de México”, artículo 115.

*ma reforma del 08* de mayo de 2020. Título Quinto. De los estados de la Federación y de la Ciudad de México. Artículo 115. Disponible en: <https://bit.ly/2DabZZy>. Consultado el 25 de agosto 2020.

México. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. Última reforma mediante decreto número 153 de la “LX” Legislatura, publicada en el Periódico oficial “Gaceta del Gobierno” el 24 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2G6QycY>. Consultado el 25 de agosto 2020.

### Legislación

España. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 284 de 27 de noviembre de 2003. Última actualización publicada el 05 de agosto de 2020.

Martín Queralt, J. *et al.* (2014). *Derecho financiero y tributario*. 25a. ed. Madrid: Tecnos.

México. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Diario Oficial de la Federación de 30 de marzo 2006. Última reforma publicada el 19 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2QzG082>. Consultado el 25 de agosto 2020.

### Doctrina

GONZÁLEZ OROPEZA, M. (2017). *Digesto Constitucional Mexicano*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

OATES, W. (1977). *Federalismo fiscal*, España: Instituto de Estudios de la Administración Local.

REYES PASTRANA, J. (2015). *Compendio de Disposiciones Normativas Históricas del Congreso del Estado de México (1824-1914)*. México: Secretaría de Asuntos Parlamentarios del Poder Legislativo del Estado de México.

ROBLES MARTÍNEZ, R. (2001). Historia de las Constituciones del Estado de México. En ANDREA SÁNCHEZ, Francisco de (coord.). *Derecho constitucional estatal. Estudios históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República mexicana*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- SAINZ DE BUJANDA, F. (1985). *Sistema de Derecho Financiero*, t. I., vol. I., Madrid.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1985). *El derecho financiero y la ciencia jurídica*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- TÉLLEZ, M. Y PIÑA, H. (Comp.). (2001). *Colección de Decretos del Congreso del Estado de México, 1824-1910*. Tomo I. LVI Legislatura del Estado de México. México: Instituto de Estudios Legislativos y la Universidad Autónoma del Estado de México.
- VÁZQUEZ LASLOP, M. (2016). Las leyes del segundo imperio mexicano (1863-1867): Apuntes para el estudio de su textualidad. *Cuadernos de la Alfal*. Núm. 8.
- VICENTE-ARCHE DOMINGO, F. (1974). Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública. *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*. Núm. 3.

C

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

FLOREZ MUÑOZ, Daniel E., *Jueces, democracia y sociedad. Tensiones entre constitucionalismo y democracia en el marco del Estado constitucional*, Intermilenio, 2018.

Yezid CARRILLO DE LA ROSA\*

En la época del triunfo de las democracias constitucionales parecerían un poco extrañas las posturas que insistan en la tensión entre constitucionalismo y democracia, pero lo cierto es que ambas categorías han estado en tensión desde los inicios del proyecto político liberal hasta nuestros días, solo basta recorrer los debates entre el conservador Edmund Burke frente a Thomas Paine en Inglaterra para destacar esta controversia entre autogobierno y restricciones jurídicas. Igualmente podríamos agregar el debate abierto por Thomas Jefferson, quien siguiendo desde Norteamérica las ideas de Paine, sostendría que nada era más importante que el autogobierno colectivo y por tanto sugería la revisión periódica del texto constitucional. En ese sentido, aunque extrañas en la actualidad resultan de enorme importancia y pertinencia político-teórica las reflexiones orientadas a repensar dicha tensión, toda vez que en última instancia es la pregunta por la democracia en el marco del constitucionalismo lo que posibilita la comprensión de la dimensión profunda del fenómeno constitucional como expresión de organización política orientada al ejercicio de un poder limitado.

La tensión entre constitucionalismo y democracia se origina en razón de que ambas categorías se fundamentan en principios opuestos, los compromisos democráticos apelan a un principio que, según Gargarella

---

\* Director del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Colombia. Correo electrónico: [ddhh.raza.polcons@unicartagena.edu.co](mailto:ddhh.raza.polcons@unicartagena.edu.co) ORCID: 0000-0001-5362-3752.

(2010: 23), no reconoce límites, por tanto, no existiría ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente.

Por su parte, las ideas asociadas con los textos constitucionales y los catálogos de derechos fundamentales son pensados como límites materiales al ejercicio del poder, es decir, son políticamente hablando fronteras capaces de resistir las presiones de las cambiantes mayorías que en el juego político tengan lugar.

El libro del profesor Daniel E. Florez Muñoz se inscribe en el debate abierto en la actualidad por los importantes trabajos de los profesores Gargarella (2010), Niembro (2013), Bellamy (2010), Elster (2018) y Gama (2019), presentando al lector los principales autores y tradiciones que participan en la discusión contemporánea en la materia, aduciendo algunas razones para destacar la pertinencia de este debate en el contexto colombiano y brindando algunos elementos empíricos que cualifican la argumentación a favor de la defensa de un modelo de supremacía judicial abierto al acompañamiento y participación ciudadana.

El libro se encuentra estructurado en cinco capítulos, en el primero se hace una presentación del desarrollo del poder judicial al interior de Estado de derecho, destacando la forma en la que los procesos económicos han incidido en el tránsito de la justicia distributiva del foro político al foro judicial incidiendo en el creciente protagonismo del juez en el marco de los Estados contemporáneos. En el capítulo 2 el autor realiza un examen de las tres principales tradiciones que participan en el debate en torno a la participación ciudadana en la definición del sentido final de los textos constitucionales, presentando las propuestas del constitucionalismo popular norteamericano, la propuesta de Jon Elster y finalmente la propuesta de Peter Haberle. En el capítulo 3 y 4 se analizan las principales dificultades que se derivan de la adopción del canon neoconstitucional en América Latina, y finalmente en el capítulo 5 se analiza cómo ha sido el comportamiento judicial con ocasión a la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia, contrastando dicha forma de control de constitucionalidad con aquellos que son de oficio o automático que comparativamente gozan de menos atención y participación ciudadana. Esto para concluir que un poder judicial abierto a la participación ciudadana en los procesos de defensa de la Constitución conduce a un aumento en las exigencias argumentativas e interpretativas relevantes para un control de constitucionalidad asociado a valores democráticos y participativos.

Los aportes del trabajo del profesor Florez en torno al debate entre constitucionalismo y democracia constituye un insumo clave para poder pensar cuál ha sido y debe ser el papel de la ciudadanía al interior del proceso de construcción del derecho, la cual es una indagación que abre un campo de reflexión en alrededor de supuestos igualitarios de nuestro campo jurídico y las condiciones de posibilidad de una cultura política anclada en la apropiación del derecho y la defensa popular de la Constitución política.

#### FUENTES CONSULTADAS

- BELLAMY, R. (2010). *Constitucionalismo político*. Madrid: Marcial Pons.
- ELSTER, J. (2018). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FLOREZ, D. (2018) *Jueces, democracia y Constitución: tensiones entre constitucionalismo y democracia en el marco del Estado constitucional*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- GAMA, L. (2019) *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons
- GARGARELLA, R. (2010) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- NIEMBRO, R. (2013) *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

MARSHFIELD, Jonathan, *The Amendment Effect*, Massachusetts, Boston University School of Law, 2018, pp. 55-125.

Viridiana de Jesús RODRÍGUEZ VILLALOBOS\*  
Adolfo GUINART PEARL\*\*  
Emiliano PARRA MARTÍNEZ\*\*\*

El profesor asociado de la Escuela de Derecho de Nebraska, Estados Unidos, Jonathan Marshfield, nos entrega en este artículo un producto académico más de sus investigaciones en torno a la forma en que pueden ser afectados los resultados constitucionales por reglas procedimentales e instituciones políticas; en esta ocasión analizando el cambio constitucional en el derecho constitucional estatal.

El fenómeno constitucional es muy complejo y las variables interrelacionadas que influyen en el poder revisor y en el activismo judicial no son la excepción; en esencia, Marshfield cuestiona la teoría, de origen norteamericana, sobre la cual se han configurado sistemas constitucionales enteros en el mundo: la relación inversa entre flexibilidad de la enmienda y el activismo judicial, teorizada y afirmada por muchos, pero carente de investigación empírica que la pruebe. Logra, a través de su análisis, establecer una relación entre enmienda y activismo judicial, aunque no como lo habían creído los clásicos constitucionalistas sino estableciendo que el dinamismo en el procedimiento de reforma de la Constitución contribuye a que el Poder Judicial plasme sus ideologías sin temor a ser criticado, o ir

---

\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0215298@up.edu.mx](mailto:0215298@up.edu.mx) ORCID: 0000-0002-5379-2684.

\*\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0224896@up.edu.mx](mailto:0224896@up.edu.mx) ORCID: 0000-0003-4980-6083.

\*\*\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0228611@up.edu.mx](mailto:0228611@up.edu.mx) ORCID: 0000-0002-8761-9476.

en contra de lo que posiblemente resuelvan los distintos actores políticos con la capacidad de anular su decisión, contradiciendo la hipótesis clásica común, por lo que a su entender no se trata de un proceso lineal inverso, sino curvilíneo. El interés mostrado por el autor quizá se deba, en buena medida, por la experiencia adquirida al haber trabajado en un Juzgado de Distrito en New Jersey y con el presidente de la Corte Suprema de ese mismo Estado.

Jonathan Marshfield, quien escribió más recientemente el artículo “Límites olvidados en el poder de reformar las Constituciones estatales” (114 Nw. U. L. Rev. 65 (2019)) parte de la posición que la Suprema Corte norteamericana es una de las más activas en el mundo, entre otras razones por la clara rigidez del artículo V de la Constitución norteamericana que dificulta el proceso formal de enmienda, dándole a dicho tribunal un poder “corrector” a través de la interpretación constitucional. Esta idea refleja la teoría sobre una relación inversamente proporcional: entre menos flexible sea el procedimiento para “enmendar” una constitución (local o federal), más activismo judicial, y entre más flexible menos activismo. Marshfield se da a la tarea de demostrar empíricamente esta teoría. Para ello, primero aborda las teorías de las decisiones judiciales desde un análisis estratégico, posteriormente presenta las principales hipótesis sobre la relación de la flexibilidad de un sistema para enmendar con el activismo judicial, presentando los resultados de su metodología empírica, y termina explicando lo que esto significa en el diseño constitucional.

En cuanto a las teorías de “análisis estratégico” de las decisiones judiciales, el autor señala que la tradición legal sobre la forma en que los jueces toman decisiones judiciales deja de lado la complejidad real que éstas suponen. Así, a través del análisis estratégico los académicos reconocen que los jueces se ven afectados por las limitaciones institucionales, como puede ser la probabilidad de que los tribunales superiores anulen la resolución tomada en un caso, los efectos políticos que tendrá su resolución o si puede ser anulada la resolución por el ejecutivo. Estos ejemplos, que involucran actores o ideologías políticas, pueden influir en la decisión del juez, pues van más allá de la idea tradicional de la resolución judicial.

Al referirse a las teorías sobre la anulación estratégica, el autor abunda en los casos en que puede haber anulación judicial, ya sea por los

superiores judiciales, el poder ejecutivo o por el poder legislativo. Los jueces pueden anticipar cómo reaccionarán a la resolución judicial que emitan quienes tienen el poder para anularlas y con esta anticipación estratégicamente deciden minimizar el riesgo de la anulación, a la vez que concilian sus creencias en una resolución. También puede suceder, sin embargo, que cuando los jueces prevén la anulación, resuelvan “vagamente” o de forma imprecisa para no llamar la atención y mantener su reputación intacta, así como dar una resolución con sus preferencias ideológicas.

Por lo que hace a las teorías sobre los efectos de las enmiendas en la revisión judicial, Marshfield señala tres límites que marcan la relación entre estos dos aspectos. Uno de ellos es la revisión judicial, en cuanto poder de la Corte para derogar la legislación o la acción del gobierno que es inconsistente con la Constitución, es la facultad de los jueces de decir cuál es la ley. Otro límite es el principio de supremacía de la enmienda, mediante el cual se pone en evidencia que el poder de la Corte para derogar una ley deriva de la Constitución. Uno tercero es la flexibilidad de la enmienda formal, la cual varía pues hay constituciones que no tienen un proceso rígido para realizar enmiendas y hay otras que sí, o bien hay algunas que se encuentran en un punto medio. De cualquier manera, la flexibilidad se ve afectada por la estructura de la enmienda formal, pero igualmente por la cultura política.

Ya en lo que corresponde a las teorías que explican la relación entre la enmienda y la revisión judicial, existen las siguientes tres: la hidráulica, la del agente principal y la del agente limitado. La primera explica la relación a partir de la “presión” que existe para cambiar la Constitución (todas las constituciones o cambian o mueren), pero el difícil procedimiento formal para hacerlo no deja otra alternativa que recurrir a otros medios, como la revisión judicial. La segunda teoría establece que el pueblo es el sujeto principal y, por tanto, las enmiendas formales sirven como técnica para protegerse de arbitrios judiciales; si las enmiendas son fáciles de obtener, el juez se abstendrá de ir en contra de las preferencias populares. La tercera teoría explica que las enmiendas constantes afectan la forma en que se aplica la Constitución, pues si se tiene un texto cada vez más detallado se limitan las facultades del juez para interpretar, o si se tiene un texto impreciso hay más activismo judicial. De cualquier

forma, una enmienda sirve como guía y, por lo tanto, limita a los jueces a las preferencias democráticas.

En el apartado de diseño constitucional, Marshfield pone a prueba la teoría de forma empírica, de manera tal que considera que es parcialmente incorrecta, pues si bien existe una correlación entre la frecuencia de las enmiendas y el activismo judicial, hay un margen donde en los casos con más frecuencia existe mayor activismo judicial, lo que se explica a raíz de tres cosas: Cuando las enmiendas son tan seguidas el juez no se tiene que preocupar por si establece o no una nueva interpretación, pues las legislaciones finalmente le darán forma, aceptando o desechando su interpretación. También el rol del juez cambia en estas situaciones, pues pasa de defender los intereses de la mayoría en un sistema rígido a defender los intereses de la minoría (pues las reformas protegen los intereses mayoritarios). Finalmente, existe una explicación más sencilla: entre más enmiendas más posibilidad hay de ejercer el poder revisor, consecuentemente hay lugar para el activismo judicial.

Al mismo tiempo estos hallazgos tienen tres implicaciones en el diseño constitucional: la relación entre ambos no es una relación lineal inversa, sino una relación curvilínea, para que los “diseñadores constitucionales”, como los llama el autor, tengan en consideración los resultados cuando busquen limitar el poder revisor del poder judicial. El estudio deja la posibilidad sobre si el activismo judicial se incrementa más en temas individuales que en los estructurales. Por último, este estudio demuestra, vagamente, cabe aclarar, que existen más variables que interactúan en el activismo judicial y en el diseño constitucional vale la pena tenerlo en cuenta.

El autor atribuye el éxito de su investigación a la expansión de las variables que empleó, para lo cual usó un sistema de regresión negativa binomial en el que influyeron 16 variables. Como una de sus conclusiones demostró que si la frecuencia con la que se presentan enmiendas está entre 0 y 4.2 por año, el activismo judicial baja, mientras que la frecuencia con la que se presentan enmiendas sube. En tanto que si la frecuencia con la que se presentan enmiendas es superior a 4.2, el activismo judicial empieza a acelerarse de la misma manera que la frecuencia con la que se presentan enmiendas, que también se incrementa.

Esperamos que el trabajo de Jonathan Marshfield sirva como fuente de inspiración para que en nuestro país se realicen trabajos académicos con ca-

racterísticas semejantes. A pesar de nuestro aparente sistema rígido para reformar, en donde se requiere el voto de dos terceras partes de los presentes en el Congreso de la Unión y la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales, nuestra Constitución ha sido modificada más de setecientas veces. Por tal razón, sería interesante establecer la relación que existe entre la alta frecuencia de reformas constitucionales y el papel que desempeña nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en el control constitucional llevado a cabo a través de la revisión judicial.

En todo caso, somos de la opinión que debe llegarse a un equilibrio entre la existencia de enmiendas y la revisión judicial, de manera tal que no se asuma que el hecho de que exista una tasa alta de enmiendas conlleve una baja tasa de activismo judicial, ya que como se aprecia en el trabajo de Marshfield no solo la frecuencia de enmiendas es lo que hace que se incremente el activismo judicial.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

CLÉRICO, Laura y GAIDO, Paula (eds.), *La Corte Genaro Carrió*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019, 290 pp.

Leonardo GARCÍA JARAMILLO\*

En periodos de crisis, transición y consolidación democráticas, los poderes judiciales han ejercido un gran protagonismo institucional en distintos países latinoamericanos. Sin embargo, apenas hasta ahora se cuenta con un ambicioso proyecto editorial que procura destacar el papel de un alto tribunal en la interesante y compleja historia política, no sólo jurídica, de su país. Son contadas las obras que, en la región, han estudiado sistemáticamente sentencias y otros pronunciamientos de una alta corte interpretándolas también desde el análisis contextual.<sup>1</sup>

El proyecto “La Corte y sus presidencias” analiza el contexto político y la actividad propiamente jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia Argentina a partir de los términos de los magistrados que han ejercido su presidencia. El punto de partida es el final del “Proceso de Reorganización Nacional” (como se autoproclamó la cruenta dictadura cívico-militar que azotó al país entre 1976 y 1983) y el proceso de democratización del gobierno Alfonsín. El proyecto concluye con el tercer término presidencial del magistrado Lorenzetti, en 2014.

Este proyecto se distancia de la mayoría de estudios sobre la Corte Suprema Argentina que se periodizan de forma concomitante con el término

---

\* Profesor e investigador del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT-(Colombia). Correo electrónico: [lgarciaj@eafit.edu.co](mailto:lgarciaj@eafit.edu.co) ORCID: 0000-0002-8721-2342.

<sup>1</sup> Entre las excepciones, véase el análisis contextual del rol institucional de la Corte Suprema de Colombia desde el inicio del período conocido como “La Regeneración” hasta proclamada la Constitución vigente en 1991: (Cajas, 2015). Cfr. con mi reseña: (García, 2016).

del presidente de la nación. Propone entonces cambiar el eje del análisis hacia la impronta ejercida por sus respectivos presidentes. Desde 1983 hasta 2014 el proyecto aborda, entonces, las presidencias de Carrió, Caballero I y II, Petracchi I, Levene, Boggiano, Nazareno I, II y III, Petracchi II y Lorenzetti I, II y III.

Su importancia radica, tanto en la relevancia de los argumentos y las perspectivas judiciales de la Corte aun vigentes para el contexto comparado regional, como, sobre todo, en la cartografía y el respectivo análisis dogmático de los “focos jurisprudenciales” definitorios de cada término. Este aspecto constituye un singular aporte para el estudioso interesado en las dinámicas y en la producción jurisprudencial y no jurisprudencial de dicha Corte. Otorga además un insumo para acercarse a la construcción del Estado argentino en estas tres últimas décadas a partir del rol institucional ejercido por su máxima instancia judicial.

Las reconocidas profesoras Laura Clérico y Paula Gaido dirigen el proyecto y coordinan también este primer volumen dedicado a la breve pero decisiva presidencia del magistrado Genaro Carrió (dic. de 1983-abril de 1985). Convocan a 13 autores que analizan y ponderan los aspectos jurídicos, jurisdiccionales y políticos de dicho período. Carrió fue el primer presidente de la Corte una vez instaurado el gobierno en democracia de Alfonsín quien, al inicio de su gobierno, había expresado en un discurso su deseo de que Carrió fuera elegido para este cargo debido a su experticia legal y por haber sido miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El libro contextualiza la presidencia de la Corte de Carrió, como resulta forzoso, desde esta difícil transición que sucedió a la dictadura. El Poder Judicial no fue disuelto por la dictadura. Durante ese tiempo siguió operando de manera obsequiosa y deferente: ni investigó las denuncias por violaciones a los derechos humanos, ni ejerció una función ecuánime de revisión de las reformas contra trabajadores y sindicatos. Recuperar este Poder para la democracia era entonces una tarea urgente. Carrió contribuyó a consolidar los cambios que se estaban gestando al marcar una senda para conciliar la necesidad de administrar justicia eficazmente, respecto por ejemplo a la legalidad de las pruebas, y la legitimidad en el ejercicio del poder coercitivo del Estado.

Entre los escenarios que determinaron parte de la producción jurisprudencial durante su presidencia, se destacan: la resolución de los conflictos jurisdiccionales entre lo civil y lo militar, la recuperación de las institu-

ciones públicas para su gestión bajo la forma democrática de gobierno, y la garantía de los derechos humanos. Respecto de lo primero, sobresale el hecho de que Carrió elaboró la sentencia del juicio a las juntas militares en virtud de la cual el juicio se realizó —no bajo la jurisdicción penal militar, como éstos lo demandaban— sino frente a un tribunal civil.

A pesar de que el libro no está organizado en secciones dos grandes cuestiones abarcan sus nueve capítulos, más un anexo. Luego de un comprehensivo capítulo introductorio de sus editoras académicas (1), los primeros capítulos (2, 3 y 4) se aproximan a los contextos intelectuales y políticos que ejercieron mayor influencia en el desarrollo de su obra como juez y académico, en particular: los efectos de sus discursos y prácticas respecto de las reivindicaciones demandas por violaciones a los derechos humanos, en el contexto de los cambios y continuidades del poder judicial en la transición entre un régimen militar y uno democrático (Barrera); su biografía intelectual (años formativos, estudios en Estados Unidos, estancias en Oxford bajo la dirección de Hart, obras académicas, rol como juez y últimos años)<sup>2</sup> (Garay); y las relaciones de la Corte Carrió con los otros poderes a partir de las decisiones no judiciales (Benedetti). El capítulo 6 (Beade, Petrone y Ramallo) aborda el inédito influjo filosófico en la Corte Carrió (Nino, sobre todo) sobre la implementación de la doctrina de la validez de las normas proclamadas durante la dictadura.

Otros capítulos (5, 7, 8 y 9) analizan la fundamentación y la relevancia contextual de importantes decisiones y líneas decisionales de la Corte Carrió, y su fuerza inercial como precedentes, sobre: las tensiones institucionales generadas por varios casos sobre la extensión y los límites de la jurisdicción militar (Filippini); la igualdad, la autonomía y la razonabilidad frente al derecho a la educación respecto del caso “Arenzón” donde se decidió en contra de la validez de una norma que exigía una altura mínima para ingresar a la carrera docente (Ronconi, Fiorotto y Galli); la tensión entre los derechos a la expresión y la intimidad en el caso “Ponzetti de Balbín” que estudió la publicación en una revista de una foto que retrataba a un personaje público en la sala de terapia de una clínica (Gullico); y sobre el valor democrático de un importante caso sobre la inadmisibilidad de la prueba ilegal y el origen del protagonismo del caso argentino en materia de justicia transicional desde el caso “Fiorentino” (Maxit y González Ber-

---

<sup>2</sup> Este punto se puede complementar con las primeras contribuciones de la obra colectiva: *Homenaje a Genaro R. Carrió* (Roldán, 2017).

tomeu), donde además se compara la jurisprudencia de la época con los precedentes de la Corte Carrió.

Un anexo (Benedetti) sobre la designación y duración de la presidencia de la Corte —en perspectiva histórica— y los poderes que detenta el presidente, resulta pertinente para quienes ignoramos asuntos propios del derecho constitucional orgánico argentino.

De forma pionera la Corte Carrió construyó una serie de criterios dogmáticos, relativos al contenido normativo definitivo de derechos fundamentales y de la prohibición de discriminación, los cuales se adelantaron décadas a otros tribunales nacionales y regionales. En el caso “Ponzetti” que analiza Gullco, por ejemplo, ya en 1984 se utilizó la ponderación como estructura argumentativa para resolver tensiones entre derechos fundamentales. La libertad de expresión se valoró medular de una democracia pero la eventual restricción que su ejercicio puede ejercer sobre el derecho a la intimidad, en el caso de personajes públicos, se limitó al interés general de lo expresado por relacionarse con la actividad que le confiere notoriedad al personaje. No probar dicha relevancia pública del mensaje hace desproporcionada la interferencia en la intimidad de una persona en pro de la difusión de un mensaje. El desarrollo de estos derechos empieza a erigirse como la columna vertebral de la dogmática constitucional argentina.

Dos rasgos fundamentales que Carrió imprimió a su Corte se cuentan entre el legado estudiado en el libro: una particular forma de justificar las decisiones judiciales y un modo de trabajo para un órgano colegiado. Frente a lo primero, respecto del control sobre la garantía de los derechos humanos, estableció que las medidas administrativas que restrinjan derechos deben ser razonables, es decir, deben acatar a la legalidad vigente y cumplir con razones que las justifiquen. Frente a las inercias, legadas por la dictadura, de una cultura institucional autoritaria en el ejercicio del poder, la Corte Carrió exige que el poder siempre justifique sus acciones como vía para alcanzar legitimidad y así autoridad pública. El interés de Carrió por la construcción dogmática del derecho judicial se evidencia en su trabajo “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa”, de 1959, donde sistematiza la jurisprudencia sobre las competencias de la Corte.

El libro le rinde un merecido tributo a Genaro Rubén Carrió (1922-1997). Además de magistrado al servicio de las causas de la estabilidad democrática.

tica y la legitimidad institucional de su país, le prestó un valioso servicio a la academia jurídica regional. Sus trabajos le merecieron un sitio en la historia de la filosofía del derecho en lengua castellana a partir, de forma destacada, de su libro *Notas sobre derecho y lenguaje* (original de 1965, 4ta ed. de 1990) y de varias monografías, entre la que se destaca: *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso* (1987).

Sus traducciones no solo contribuyeron a formar varias generaciones de teóricos del derecho en la región sino que aun constituyen un referente de lo mejor que puede lograrse en este difícil arte. Dentro de esta faceta de su trabajo sobresalen sus versiones castellanas de: *The Concept of Law*, de Hart; *On Law and Justice* y *Tû-Tû*, de Ross; *How to do things with words*, de Austin (con Rabossi); y del famoso artículo, publicado como libro: “The Case of the Speluncen Explorers” (*El caso de los exploradores de cavernas*), de Lon Fuller.

De sus estudios con Hart en dos estancias en Oxford (en 1964 y 1968) Carrió consolidó una postura judicial enmarcada desde la filosofía analítica del derecho y una concepción positivista *soft*. El derecho tiene un grado importante de interminación debido a la naturaleza indeterminada del lenguaje en el que se expresan las proposiciones jurídicas. Por esta razón el juez tiene en ocasiones un margen de discrecionalidad para crear el derecho allí donde las reglas no solucionan el conflicto presente. Su libro *Notas...* es un testimonio de su filosofía judicial y un trabajo de vanguardia entonces del influjo de la *Analytical Jurisprudence* en la región.

El proyecto es relevante en la región, y este primer volumen lo demuestra de manera destacada, por la inspiración y orientación que provee para acometer iniciativas colectivas similares de análisis contextual de un alto tribunal respecto de sus sentencias y otros pronunciamientos. El proyecto es ejemplar en su ambición, rigor y amplitud de perspectivas; rehúye a la tendencia de concentrar los análisis sobre un tribunal judicial entre las cuatro paredes de su sala plena para demostrar la importancia, no solo de su jurisprudencia sino también de la producción no jurisprudencial: de los discursos simbólicos, así como del contexto intelectual, político y social. Destaca un aspecto poco estudiado en la producción académica regional, como es lo etnográfico-judicial, que permite hallar en la biografía intelectual de los magistrados aspectos que ejercieron influjo en la orientación de la Corte y en sus relaciones con los otros poderes.

La estabilidad de las democracias constitucionales depende necesariamente de un poder judicial, y en particular de unas altas cortes, que asuman su rol proactivo en la garantía de los derechos humanos, el fortalecimiento de la democracia y la consolidación del estado de derecho. Los estudios sobre esta temática desde focos jurisprudenciales bien seleccionados son entonces vitales para aprender las lecciones del pasado y poder delinear un mejor futuro a partir de la defensa de reformas urgentes.

#### REFERENCIAS

- CAJAS, Mario (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia* (2 tomos). Bogotá: Universidad de los Andes-Universidad ICE-SI.
- CLÉRICO, Laura y GAIDO, Paula (ds.) (2019). *La Corte Genaro Carrió*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016). Reseña a *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1886-1991)*. En *Historia Crítica*. Bogotá: Universidad de los Andes, Núm. 59 (enero-marzo).
- ROLDÁN, Santiago (comp.) (2017). *Homenaje a Genaro R. Carrió*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

FIX-FIERRO, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 717 pp.

Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA\*

Nos encontramos frente a una obra monumental conforme a, por lo menos, tres criterios. Empezaré por el más sencillo: su tamaño. El texto consta de 717 páginas en total, distribuidas en una introducción y catorce capítulos publicados previamente entre 1995 y 2019 en revistas de prestigio y textos colectivos. Todos fueron revisados, ampliados y actualizados personalmente por el autor para este libro. Además, el texto fue sometido a un riguroso dictamen por un comité interdisciplinario que reunió a cinco expertos de diversas entidades académicas. El trabajo editorial destaca por lo cuidadosa que se muestra la obra, lo que debe resaltarse junto con la excelente pluma de Héctor Fix-Fierro.

Para darle coherencia a la distribución del libro, se incluye un estudio introductorio en el que se articulan afortunadamente los contenidos, mediante la incorporación de los conceptos fundamentales y la idea general de la obra. Generosamente, se inserta al final del texto un apartado con las fuentes de información, un índice de tablas, cuadros y figuras, índice de nombres e índice de materias, por lo que la navegación en una obra de estas dimensiones se vuelve mucho más sencilla.

En la actualidad, es difícil encontrar textos de este volumen en donde cada página haya sido construida con algún argumento bien elaborado, una discusión académica sólidamente documentada o con una tabla resul-

---

\* Coordinador del Área de Sociología del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. [abad@unam.mx](mailto:abad@unam.mx) ORCID 0000-0002-0809-3534.

tado de un cuidadoso trabajo de recolección empírica de datos. Sin temor a exagerar, es posible afirmar que no hay ni una sola línea sobrante en el texto reseñado.

El segundo criterio por el cual considero la obra reseñada como monumental, es por la fórmula tan exitosa al través de la cual se consume el ambicioso objetivo que el autor se traza. Trabajos sociojurídicos de este tipo hay pocos en la academia,<sup>1</sup> debido a que el objetivo es muy profundo, los recursos para realizarlo no son económicos, la demanda de tiempo es muy grande, pero, sobre todo, por el grado de madurez y capacidad excepcionales que exigen a su autor.

Casi a manera de juego para iniciados, los capítulos del libro se suceden uno a uno dando como resultado final un detallado poliedro de múltiples dimensiones (jurídicas, sociológicas, económicas, históricas) que describen y explican el más reciente proceso de modernización del Derecho en México, ubicado entre 1982 y 2018. Para el autor, los resultados electorales de 2018 representan un “cambio de régimen”, por lo que nos encontramos frente a “la conclusión de un periodo de intensa modernización de la vida política, económica, social y jurídica de México, que se inicia con el cambio de rumbo que impulso el presidente Miguel de la Madrid en 1982, que se acelera a partir de 1988 y que llega hasta nuestros días.”

La lectura del trabajo resulta armoniosa, gracias a la claridad con la que el autor observa el periodo. En su introducción, comienza señalando que a los conceptos de “modernidad” y “modernización”, aún siendo multívocos, podemos asignarles en nuestro país la idea de “la creación de una sociedad similar a las que actualmente se consideran más avanzadas y desarrolladas en términos de democracia, bienestar económico y social”. Continúa diciendo que este tipo de desarrollo ha sido perseguido por las elites gobernantes de México desde la consumación de la independencia. De esta forma, ubica al proceso modernizador como un periodo histórico que aparece con el nacimiento de México como país, para posteriormente identificar los tres grandes ciclos modernizadores del derecho.

El primer episodio corresponde al *porfiriato* (1876-1911), el segundo a la *posrevolución* (1917-1945) y el tercero, que no nombra directamente, pero inscribe en los procesos de *mundialización y globalización*, va de 1982-2018. Este periodo le resulta especialmente relevante para su estudio

---

<sup>1</sup> Entre ellos encontramos el extraordinario libro de Cossío Díaz (2001). Un ejemplo comparado se encuentra en la obra escrita en cuatro tomos de Silva García (2001).

por dos cuestiones; la primera es porque “el orden jurídico y la legalidad empiezan a asumir una función diferente y mucho más central en la gobernanza de la sociedad mexicana”, mientras que la segunda responde a que “el cambio en el papel y la visibilidad del Poder Judicial —y de manera muy prominente, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación—, el cual pasa desde una posición marginal, a ocupar un lugar en el centro del espacio público-institucional”. Para el autor este último periodo de modernización constituye una “verdadera ‘transición jurídica’ similar a las transiciones que pueden identificarse en los campos de la política y la economía y quizá de la sociedad en su conjunto”.

La propuesta metodológica del texto es muy atractiva. Asume una perspectiva socio-jurídica, la cual va por momentos de una visión estricta (de una sociología “sociológica” del derecho) a una más amplia basada en otras ciencias sociales. Dado que cada capítulo responde a diversas preguntas por capítulo, unas más teóricas, otras más institucionales, el uso de las metodologías es diverso, con un despliegue significativo de erudición. Las bases metodológicas sobre las que fundamenta funcionan óptimamente porque se nota un agudo trabajo de selección de fuentes.

Dentro de la obra en general destaca la visión sistémica de la diferenciación funcional de la sociedad moderna de Niklas Luhmann.<sup>2</sup> Para el análisis del Poder Judicial y las estructuras sociales externas es central la sociología de las organizaciones y las profesiones respecto a su comportamiento y estructuras internas.<sup>3</sup> En la introducción no lo indica pero también hay presencia constante a lo largo del texto de las ideas de cultura jurídica de autores como Lawrence Friedman y, por lo tanto, un peso importante a los estudios de opinión, algo poco común en la investigación jurídica.<sup>4</sup> Dado el periodo histórico que analiza, también guarda un lugar relevante el análisis económico del derecho, sobre todo entre los textos más tempranos.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Son más de una veintena de obras de Niklas Luhmann las que utiliza en sus textos Fix-Fierro (destacan las de 1991 y 2005).

<sup>3</sup> En estos temas no tiene una preferencia clara por un autor o conjunto de lecturas, sino que construye sus metodologías a través de un cuidadoso análisis del estado del arte, incluyendo las obras más contemporáneas que analizan el mismo proceso.

<sup>4</sup> Entre las obras relevantes de Lawrence Friedman que se utilizan en el texto destaca la de 1975.

<sup>5</sup> En particular la discusión con los autores del análisis económico del derecho aparece como un tema relevante.

En la nota introductoria, el autor justifica el contenido de los ensayos señalando como una de sus características “su carácter ampliamente descriptivo, antes que explicativo e interpretativo”, aunque aclara que “siempre hay un esfuerzo por unir ambos planos”. La explicación de esta característica en sus trabajos la fundamenta en el hecho de que “al iniciarse en la década de los años noventa una nueva etapa de los estudios socio-jurídicos, era palmaria la ausencia de información básica sobre los fenómenos jurídicos en nuestro país”. Por lo tanto, más adelante afirma que “era evidente la necesidad de generar esos datos como una especie de «primer piso» sobre el cual podría construirse un «segundo piso» de interpretación y explicación teóricas, es decir, un horizonte que permitiera elaborar las coordenadas del cambio, de su origen y su trayectoria”. Estas líneas, en mi opinión, constituyen un verdadero postulado epistemológico respecto no solo su trayectoria académica, sino de los estudios jurídicos contemporáneos.

La ubicación de cada capítulo no es casual, sino que responde a una estructura que el autor ha asignado a la obra completa. Las reflexiones de teoría sociológica van al principio (caps. I, II y III) en donde presenta conceptos esenciales para entender la obra como *modernidad*, *mundialización*, la *diferenciación funcional de la sociedad* o la *eficiencia*. A continuación, aborda algunos aspectos históricos de las primeras modernizaciones del derecho mexicano (caps. III, IV), en donde ensaya el modelo explicativo que más adelante aplicará al periodo de estudio que le interesa. Posteriormente, el estudio crítico de las estructuras judiciales concentra una buena parte de la obra (caps. V al XI) en donde analiza prácticamente todas las instituciones relevantes del poder judicial. El autor no se detiene ahí, sino que lo contrasta con el análisis de las estructuras sociales que más influyen en el desempeño de los poderes judiciales (caps. XII, XIII y XIV), para dar gran fuerza al cierre de sus argumentaciones.

Cada uno de estos capítulos contiene discusiones académicas sólidamente fundamentadas, de referencia obligada para quien quiera conocer la situación de estas instituciones en México. Sin embargo, dado lo limitado del espacio de publicación y con la finalidad de introducir cada uno de ellos brevemente, en los siguientes párrafos solo realizaré una breve reseña de su objetivo y conclusiones principales.

En el capítulo I titulado *Sociología, economía y derecho. Observaciones desde la teoría de los sistemas sociales*, el autor presenta su versión de las relaciones que existen entre la sociología del derecho y el análisis económico en el contexto de la teoría de los sistemas sociales del sociólogo

go alemán Niklas Luhmann. Los conceptos principales que utiliza es el de la diferenciación funcional en la sociedad, es decir

...la existencia de sistemas sociales especializados que cumplen una función respecto de toda la sociedad (ahora la “sociedad mundial”), a través de una estructuración determinada de las comunicaciones sociales. De esta forma, el derecho, la economía, la política, el arte y un largo etcétera pueden observarse como sistemas sociales especializados.

El otro concepto que resulta fundamental dentro de la teoría de Luhmann es el de acoplamiento estructural, que se define como “el desarrollo de estructuras estables compartidas por los sistemas, pero que tienen efectos distintos dentro de cada sistema”.

Desde esta perspectiva, para el autor es muy importante determinar cual es el interés epistemológico que tienen la sociología del derecho frente al análisis económico del derecho en los estudios jurídicos, como dos perspectivas relevantes desde el sistema científico. La discusión es sumamente útil porque plantea cuales podrían ser las relaciones de rivalidad/complementariedad entre la sociología del derecho y el análisis económico del derecho en su acercamiento a la ciencia jurídica. El autor presenta diversas conclusiones asignándoles campos de utilidad y límites dentro del ámbito.

El capítulo II se intitula *Derecho y gobernanza en la sociedad mundial. Algunas aportaciones de la sociología del derecho, con especial referencia al cambio jurídico en México*. En este texto el autor discute la pertinencia de considerar el concepto de sociedad “mundial”, desde la perspectiva de Niklas Luhman, para los estudios de la sociología jurídica. Su objetivo principal se centra en

...examinar, desde la perspectiva sociológica de la “sociedad mundial”, algunos elementos teóricos y empíricos aportados por la sociología jurídica contemporánea que podrían contribuir a esclarecer y entender mejor los cambios recientes del orden jurídico mexicano, así como sus perspectivas en un futuro próximo.

Uno de los temas que más le atraen de esta perspectiva es observar el fenómeno de los “trasplantes jurídicos” en México mediante “el análisis cuidadoso de las condiciones estructurales, ligadas a la sociedad mundial, que hacen

más probable la realización de una legalidad estricta, particularmente a través de un núcleo mínimo conformado por los derechos humanos más básicos”.

El capítulo III *Porfirio Díaz y la modernización del derecho mexicano* se centra en plantear “... algunas reflexiones en torno al primer gran ciclo de «modernización jurídica» que se produce en el México independiente durante el periodo porfirista”. Para el autor

La paz porfiriana, que duró casi treinta años, permitió concluir la obra de construcción de un orden jurídico nacional que el caos político y social de los primeros dos tercios del siglo XIX había impedido lograr hasta ese momento, pero también puso de relieve las contradicciones, en apariencia insalvables, entre el proyecto de modernidad asentado en las leyes y la obstinada realidad de una sociedad que, como diría Baruch Spinoza, sólo deseaba “permanecer en su ser”.

De especial utilidad para este capítulo resulta la tensión entre la “ley que instituye” y la “ley que regula”, entre el orden jurídico moderno y los “usos y costumbres” de la sociedad tradicional, problema que los juristas de la época (Justo Sierra, Emilio Rabasa, Andrés Molina Enríquez, Luis Cabrera), sus fuentes principales, advirtieron.

El capítulo IV “La Constitución mexicana de 1917 en su centenario. Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales”, presenta “un diagnóstico de la reforma al texto de la Constitución mexicana...”, subrayando algunas de las distorsiones que este procedimiento ha provocado tanto como las razones que explican la frecuencia de los cambios constitucionales. Para la metodología del ensayo resultan fundamentales los estudios de “cultura constitucional”, así como los “modelos constitucionales”. Además de lo anterior, el texto propone la reordenación y consolidación del texto constitucional actual.

El capítulo V, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática. La perspectiva de la sociología del derecho”, busca hacer

...un planteamiento socio-jurídico para el estudio de los tribunales constitucionales en el contexto de los procesos de democratización, para lo que se requiere... una perspectiva que sitúe a la jurisdicción constitucional en el plano de la sociedad y examine sus vínculos tanto con los fenómenos jurídicos como con los políticos.

Para realizarlo, vuelve a utilizar la teoría de Niklas Luhman, a través de “...un enfoque basado en el concepto de comunicación que examina la inserción de los tribunales constitucionales en los órdenes jurídicos nacionales y en el sistema jurídico global”. En su conclusión, señala que “...la contribución de los tribunales constitucionales a la consolidación democrática no sólo depende de factores políticos, sino de los vínculos y articulaciones recíprocos que aquéllos establezcan con los demás tribunales (incluyendo las jurisdicciones internacionales o supranacionales), con la doctrina jurídica y con los ciudadanos, de modo que la “irritación mutua entre el derecho constitucional y las demás ramas del ordenamiento se traduzca en una vida política y jurídica más rica y más acorde con las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más plural y tendencialmente más democrática” (p. 210).

El capítulo VI se refiere a “Los Consejos de la Judicatura. Entre profesión y organización”, en donde analiza de manera institucional a una de las más recientes y relevantes organizaciones del Poder Judicial, tomando en cuenta la diferencia y tensión que existe entre “profesión” y “organización”. Se plantea como interrogantes principales las siguientes: ¿Cuál es la razón primordial de la existencia de los Consejos? ¿Cuáles son las causas generales y particulares que influyen en su composición y facultades? ¿De que manera inciden en el ejercicio de la profesión judicial y sobre el funcionamiento de los tribunales? Para realizarlo se apoya en diversos teóricos relevantes, entre los que destaca el trabajo de Garoupa y Ginsburg sobre los Consejos de la Judicatura.

El capítulo VII “El Poder del Poder Judicial. El Poder Judicial de la Federación en el siglo XX” ofrece “...una síntesis del lugar que ocuparon las instituciones judiciales mexicanas en el sistema jurídico y político del país durante la mayor parte del siglo XX, a fin de poder comprender de manera más profunda la naturaleza y el alcance de la «transición judicial»”. El ensayo compila algunos de los principales trabajos de carácter histórico, político y sociojurídico, junto con datos recopilados por el autor. Su conclusión es que el Poder Judicial de la Federación, encabezado por la Suprema Corte de Justicia, “...cumplió un papel importante pero discreto, dadas las condiciones políticas imperantes, en el desarrollo de la institucionalidad y el régimen de legalidad en nuestro país”.

El capítulo VIII “La reforma judicial en México: ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?”. Analiza tanto “los factores estructurales y circunstan-

ciales que concurrieron en la propuesta y aprobación de la llamada «reforma judicial de 1994» y sus secuelas, así como identificar a los actores principales y los intereses que pretendían realizar” como los posibles derroteros que el proceso de reforma podría seguir en los años siguientes. A este capítulo el autor le agregó un epílogo en el año 2019,<sup>6</sup> para analizar lo que ha sucedido en los rubros de reforma procesal, formación judicial, acceso a la justicia, profesión jurídica y enseñanza del derecho. Su conclusión es que en la mayoría de los campos “...las transformaciones han sido paulatinas e incompletas”.

El capítulo X aborda “La carrera judicial en el Poder Judicial de la Federación”, una de las instituciones más importantes para garantizar la independencia de la impartición de justicia. El ensayo tiene como propósito “examinar el surgimiento y evolución de la carrera judicial en el Poder Judicial de la Federación y en particular, el funcionamiento del sistema de concursos y exámenes establecido a partir de 1995 para la selección de jueces, magistrados y otros servidores públicos judiciales”. Entre sus conclusiones se encuentra que “...los procesos de selección y nombramiento de jueces y magistrados se han llevado a cabo de manera relativamente improvisada y exenta de planeación, cuando no de modo abiertamente *ad-hoc*”.

En el capítulo XI, “El Amparo Judicial y la «imposible tarea» del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el centenario de la Constitución de Querétaro”, aborda el estado actual del amparo directo y las perspectivas futuras de una reforma al juicio de amparo que en su opinión ha quedado pendiente hasta el momento.

El capítulo XII, “La educación jurídica en México: una explosión silenciosa”, habla de una de las estructuras sociales que mayor impacto tienen en el desempeño de la justicia en nuestro país. la educación jurídica. Sobre ella señala que

...ha protagonizado en las últimas décadas una verdadera explosión de crecimiento y diversificación que, en algún sentido, también se ha producido de manera paralela en otros campos de la educación superior, por la vía de la creación de universidades e instituciones de educación superior, principalmente de carácter privado.

## Para el autor

<sup>6</sup> El texto original es de 2003.

...la expansión cuantitativa desregulada de la oferta de estudios jurídicos no permite esperar niveles uniformes de calidad, por lo que seguramente la mayoría de los egresados de las escuelas y facultades de derecho no realizan labores jurídicas propiamente dichas, sino que la licenciatura en derecho funciona como un estudio de tipo general que ofrece herramientas para diversas ocupaciones.

El capítulo XIII, “El papel de los abogados en la administración de justicia. Notas sobre una reforma pendiente”, aborda el estudio de otra de las estructuras sociales considera indispensables para la comprensión del desempeño del poder judicial, la profesión jurídica. De esta forma, el capítulo se aboca a ofrecer un marco para el análisis del comportamiento y prácticas profesionales de los abogados en México, específicamente para el ámbito penal. Para el autor, las áreas de atención inmediata para la profesión se encuentran en el mejoramiento y actualización de la enseñanza del derecho, así como la revisión de los requisitos para tener acceso a la profesión jurídica como abogado postulante.

Respecto del capítulo con el que cierra el libro, relativo a “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción de las nuevas instituciones democráticas”, me gustaría hacer algunos comentarios adicionales. El capítulo es uno de los más sugerentes de la obra, ya que contiene agudas reflexiones respecto de las relaciones entre la institución donde el autor desarrolla su trabajo, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, y el poder político durante el proceso de modernización. Fix-Fierro señala que los integrantes del IJ UNAM se han caracterizado por una tendencia política que califica en términos generales como “institucional y reformista” y no de “oposición abierta o antagónica al régimen político imperante”. En su redacción, establece que dicha posición se fundamenta en tres perspectivas. La primera corresponde a “una idea particular de lo que es y debe ser la Universidad, tanto en términos de su vida interna como de la utilidad social a que debe aspirar la investigación en ciencias sociales y humanidades que ahí se realiza”. La segunda razón se refiere a que “varios de los juristas académicos del IJ-UNAM que ocuparon altos cargos públicos eran miembros del partido gobernante” por lo que “esta circunstancia favorecía una actitud institucional y reformista dentro de los márgenes políticos aceptados o tolerados por el gobierno en turno. Una tercera razón se la atribuye a la naturaleza del derecho en los Estados modernos, advirtiendo que “no es posible un orden estatal durade-

ro y viable sin un orden jurídico que lo institucionalice y lo consolide”, por lo que quien se ocupa profesionalmente del derecho “por necesidad asume la convicción... de que la vida y los cambios sociales sólo son viables si se encauzan a través de las normas y las instituciones jurídicas”.

De los 14 capítulos que contiene la obra, Fix-Fierro desprende la conclusión de que la transición jurídica durante el periodo de modernización ha quedado incompleta, con reformas importantes pendientes, sobre todo aquellas que tocan a las instituciones sociales que acompañan la labor del Poder Judicial, respecto a la educación y profesión jurídicas. El proceso de transición ha sido de tipo parcial e incremental, lo que permitió que “la lista de cambios pendientes haya ido disminuyendo de manera apreciable y constante en las últimas décadas”. Fix-Fierro sostiene que las reformas requieren también de una transformación cultural (“de la cultura jurídica general”) de la cual se muestra dubitativo sobre si “ha penetrado en las capas profundas de la estructura social o si, por el contrario, su difusión ha sido más bien epidérmica”. Para el autor “los próximos años serán cruciales en este sentido y nos darán pistas adicionales sobre la posible trayectoria del periodo que ahora comienza”.

Para cerrar la reseña bibliográfica, introduzco el tercer y más relevante criterio por el cual califico este libro como monumental: por su autor. Nos encontramos ante una obra que contiene tres décadas de trabajo de uno de los pensadores jurídicos más relevante de nuestro tiempo. Héctor Fix-Fierro es el más destacado sociólogo del derecho de nuestro país y una de las mentes más brillantes en la academia jurídica contemporánea. El libro engloba solamente una parte de su prolija obra que se extiende a temáticas diversas, como el análisis sociojurídico de las comisiones de derechos humanos o las defensorías públicas, los análisis empíricos de cultura constitucional en el país e incluso, un Manual de Sociología del Derecho.<sup>7</sup>

Este libro confirma a Fix-Fierro como una “voz generacional” que tiene la capacidad de participar al mismo tiempo como cronista y constructor de los procesos sociojurídicos más relevantes del país.<sup>8</sup> Desde sus textos más tempranos, en donde se advierte un entusiasmo moderado por los procesos de globalización y cambio en el Derecho en México, hasta los más recientes, en donde equilibra la crítica y el reconocimiento de lo que se

---

<sup>7</sup> Su obra completa puede consultarse en <https://www.juridicas.unam.mx/investigador/perfil/hectorff>.

<sup>8</sup> Respecto de su participación como “actor” dentro de los procesos de reforma legal y en las organizaciones, revisar el capítulo XIV.

ha alcanzado en el proceso de transición jurídica, aparece como un agudo observador de primer plano, que tiene la capacidad de encontrar las coordenadas de procesos bastante caóticos para el observador común.

Parafraseando su propia idea, se puede decir que Héctor Fix-Fierro es el gran arquitecto de los estudios de “dos pisos” en las ciencias jurídicas en el país. A partir de su influencia, es posible ubicar un giro importante en las principales instituciones de investigación jurídica hacia los estudios empíricos en el Derecho.<sup>9</sup> Aunque todavía no son los estudios dominantes dentro de las ciencias jurídicas, Fix-Fierro ha conseguido establecerlos como un horizonte nítido hacia el cual debe desplazarse la investigación jurídica en México.<sup>10</sup>

Para finalizar, me gustaría señalar que el autor suele decir a manera de broma que toda obra debe terminar con dos conclusiones. La primera es que “es necesario hacer mayor investigación”, mientras que la segunda es que “se deben encontrar los recursos para hacerla”. Tomando en cuenta estas ideas, considero muy complicada la realización de otro texto que cumpla tan afortunadamente con el objetivo fijado para este libro, por su magnanimidad, oportunidad y profundidad. En mi opinión, esta es “la obra definitiva” que explica el proceso de modernización del derecho mexicano de 1982 a 2018.

Aún así, retomo la idea de las dos conclusiones de Fix-Fierro para apuntar los caminos que el libro sugiere para la investigación jurídica en México. En primer lugar, es indispensable que hagamos mayor investigación jurídica de mejor calidad, con metodologías empíricas útiles e innovadoras. Para ello, considero que seguir la metodología que propone Fix-Fierro en su texto es algo sencillo y al mismo tiempo atractivo. Debemos construir un “primer piso” de recolección de evidencias empíricas, para posteriormente levantar un “segundo piso” de reflexiones agudas y críticas respaldadas

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, desde los años noventa en el Instituto de Investigaciones Jurídicas se incluye el área de conocimiento de la Sociología del Derecho (véase Suárez Ávila, 2015). En el Centro de Investigación y Docencia Económicas, el área de derecho se funda bajo la idea central de “un derecho en acción y no en los libros”. Actualmente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas funciona además del Área de Sociología del Derecho, la de Investigación Aplicada y Opinión, así como una línea de investigación de estudios empíricos del Derecho con participación interinstitucional.

<sup>10</sup> Sobre este tema, Pérez Perdomo (2013) se ha preocupado por encontrar cuáles son esas dinámicas de cambio en los estudios jurídicos en México y otras regiones.

por la evidencia empírica que responda a las preguntas jurídicas más relevantes de nuestro tiempo.

Si hacemos caso al pronóstico del profesor, a partir de 2018 el proceso de modernización del derecho en México ha entrado en una nueva etapa, guiada por conceptos y valores diferentes que requiere plantear las nuevas preguntas relevantes. Adicionalmente, aun cuando nos encontremos en un contexto diferente, que luce de mayor austeridad para la ciencia, necesitamos reconocer la importancia de este tipo de investigación para el futuro de nuestra sociedad y, por lo tanto, asignarle los recursos necesarios para una inversión que, si bien en un principio parecería costosa, deja grandes dividendos a largo plazo.

Concluyo señalando que esta obra monumental debe ser de referencia obligatoria para juristas y científicos sociales que quieran comprender la relevancia del Derecho durante el proceso de modernización mexicana más reciente (1982-2018); estén interesados en conocer a detalle las organizaciones e instituciones que integran el Poder Judicial y aquellas estructuras sociales que tienen mayor influencia sobre este; y para quienes busquen una fabulosa guía de como realizar estudios jurídicos que integren una sólida investigación empírica, con agudas reflexiones y un magistral manejo de fuentes bibliográficas.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón (2001). *Cambio social, cambio jurídico*. México: M. A. Porrúa.
- FIX-FIERRO, Héctor (1991). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. México: UIA-Alianza.
- FIX-FIERRO, Héctor (2005). *El derecho de la sociedad*. México: UIA-ITESO-UNAM.
- FRIEDMAN, Lawrence (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York, Rusell Sage Foundation.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. (2013). *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SILVA GARCÍA, Germán (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia e ILSA.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad. (2015). La sociología del derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En MÉNDEZ SILVA, Ricardo *et al.* *Testimonios y remembranzas acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 75 años*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

C