

# CUESTIONES Constitucionales

ISSN: 2448-4881

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 45, Julio-Diciembre de 2021

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. Pedro Salazar Ugarte  
*Director*

Dra. María Marván Laborde  
*Secretaria Académica*

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

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

Dr. Efrén Chávez Hernández  
*Coordinador de Editores de Revistas del IIJ*

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.

Apoyo editorial: Ilayalí G. Labrada Gutiérrez y Efrén Chávez Hernández  
Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas  
Asistente de la revista: Maximiliano Gabriel Morales Rodríguez y Anna Karen Navarro Méndez

*CUESTIONES CONSTITUCIONALES*  
*Revista Mexicana de Derecho Constitucional*

Dr. Edgar Corzo Sosa  
*Director*

Dr. José María Soberanes Díez  
*Coordinador de la sección de comentarios jurisprudenciales,  
legislativos y reseñas*

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-IIIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIIJ); Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); Pedro de Vega (España, Universidad Complutense de Madrid); Francisco Venegas Trejo (México, UNAM); Giuseppe de Vergottini (Italia, Universidad de Bolonia); Gustavo Zagrebelsky (Italia, Universidad de Turín).

## CONSEJO ASESOR

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

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 45, Julio-diciembre 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: 11 de febrero de 2022

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

Tribunales especializados en competencia y telecomunicaciones: por qué, para qué y cómo. . . . .	3
<i>Antitrust and telecommunications specialized courts: why, for what and how</i>	
Clara Luz ÁLVAREZ	
200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821- 2021). . . . .	47
<i>Two hundred years of Colombian National Constitutions (1821- 2021)</i>	
Hugo Andrés ARENAS MENDOZA	
El estado de excepción y el COVID-19 en México . . . . .	77
<i>The state of exception and the COVID-19 in Mexico</i>	
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
Agua e hidrocarburos: un acercamiento a su interacción bajo el enfoque del derecho humano al agua. . . . .	117
<i>Water and hydrocarbons: An approach to their interaction under the human right to water approach</i>	
Enoc Alejandro GARCIA RIVERA	
Presupuestos jurídicos para el ejercicio de la potestad normativa . . . . .	149
<i>Legal guidelines for the exercise of municipal regulatory au- thority in Cuba</i>	
Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR	
Ana Laura LEÓN MORA	
Dunieski ALFONSO CAVEDA	

¿Políticos judiciales? Trayectorias <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> de los exjueces de cuatro cortes constitucionales latinoamericanas (2000-2015) . . . . .	179
<i>¿Political or judicial? Ex ante and ex post career of former judges of four Latin American constitutional courts (2000-2015)</i>	
María Fernanda IÑEGUEZ CHABLAY	
Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación de Derechos Humanos. El Informe “Derechos Humanos y Corrupción” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	205
<i>New developments on corruption as a Human Rights violation. The “Human Rights and Corruption” Report of the Inter-American Commission on Human Rights</i>	
Claudio NASH ROJAS	
Regresión por transformación: Cambio Constitucional en tiempos de la denominada “Cuarta Transformación”. . . . .	237
<i>Regression Through Transformation: Constitutional Change in Times of the so Called “Fourth Transformation”</i>	
Jaime OLAIZ GONZÁLEZ	
El control preventivo de constitucionalidad como mecanismo de protección de la buena fe internacional . . . . .	279
<i>The preventive control of constitutionality as a mechanism of protection of international good faith</i>	
Oscar Andrés PAZO PINEDA	
La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: Análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila . .	313
<i>Repair of damage to human rights violations: analysis of the reparation measures recommended by the Commission on Human Rights of the state of Coahuila</i>	
Rodrigo SANTIAGO JUÁREZ	
Carlos ZAMORA VALADEZ	

Estado constitucional democrático mexicano ante la implementación de la prueba piloto del voto de las personas en prisión preventiva 2021 . . . . .	339
<i>Mexican democratic constitutional state before the implementation of the pilot test of the vote of people in preventive prison 2021</i>	
Víctor Hugo SERRANO MORALES	
La restitución de la igualdad ante la ley . . . . .	369
<i>The restitution of equality in law</i>	
José María SOBERANES DÍEZ	
La tesis de las decisiones fundacionales y su vinculación con la realidad humano-social . . . . .	395
<i>The thesis of the foundational political decisions and its link with the human-social reality</i>	
Enrique URIBE ARZATE	
Diego Enrique URIBE BUSTAMANTE	
Antinomia Normativa: ponderación de derechos fundamentales en el contexto salvadoreño . . . . .	421
<i>Normative Antinomy: Weighting of fundamental rights in the Salvadoran context</i>	
Manuel ZOMETA	

## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Sustitución Constitucional en Colombia: límites de reforma al Poder Constituyente Derivado (Función Legislativa) . . . . .	437
<i>Constitutional substitution in Colombia: Reform limits to the Derivative Constituent Power (Legislative Function)</i>	
Paulo Bernardo ARBOLEDA RAMÍREZ	
Milton César JIMÉNEZ RAMÍREZ	

El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte Mexicana. . . . .	451
<i>The right to free development of personality in the jurisprudential doctrine of the Mexican Court</i>	
V́ctor Manuel COLLÍ EK	
Freddy Mart́n PÉREZ INCLÁN	
El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: una propuesta de sistematización para el caso mexicano . . . . .	469
<i>The right to consultation of indigenous peoples: a systematization proposal for the Mexican case</i>	
Carlos LÓPEZ CÓRDOVA VELASCO	
Pierre GAUSSENS	

#### COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Patología de las elecciones actuales: consecuencia de algunas prácticas inveteradas . . . . .	501
<i>Pathology of current elections: consequence of some inveterate practices</i>	
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	

#### RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y RODRIGO LARA, B. (coords.), <i>COVI-19 y libertad religiosa</i> , Madrid, Iustel, 2021, 535 pp. . . . .	517
Jorge ADAME GODDARD	
ALBERT, Richard, <i>Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions</i> , Nueva York, Oxford University Press, 2019, 338 pp. . . . .	521
Jaime OLAIZ GONZÁLEZ	

LÜBBE-WOLFF, Gertrude, <i>¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?</i> , trad. de Jorge L. León Vásquez, Lima, Palestra, 2019. . . . .	529
Armando SALAS CRUZ	
SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, <i>La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales</i> , Madrid, Universidad de Valladolid-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 347 pp. . . . .	537
Graciela SANDOVAL VARGAS	
Arturo ZÁRATE CASTILLO	

## ARTÍCULOS DOCTRINALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Tribunales especializados en competencia y telecomunicaciones: por qué, para qué y cómo

### *Antitrust and telecommunications specialized courts: why, for what and how*

*Recepción:* 12 de noviembre de 2020

*Aceptación:* 2 de junio de 2021

Clara Luz ÁLVAREZ\*

RESUMEN: Ante una creciente tendencia a crear tribunales especializados, deben evaluarse las ventajas y desventajas de la especialización judicial en el contexto en el que se han creado tribunales en específicos. Este artículo se enfoca en los Tribunales de Competencia y Telecomunicaciones creados por mandato constitucional en la República Mexicana, para analizarlos con base en las tradicionales virtudes y motivos para la justicia especializada (p. ej. eficiencia, calidad, uniformidad, apoyar una ideología). Para ello se exponen las diferentes posturas y argumentos en cuanto a la creación de tribunales especializados, los criterios que favorecen la especialización, los tipos de especialización y los grados que pueden existir, el cuestionamiento de si los

ABSTRACT: *The increasing trend in the creation of specialized courts mandates the analysis of specific courts in light of the advantages and disadvantages of judicial specialization. The focus of this article are the Antitrust and Telecommunications Courts in the Mexican Republic created by an amendment to the Constitution, analyzing them based on the traditional virtues and reasons for judicial specialization (e.g. efficiency, quality, uniformity, endorsing an ideology). Therefore, the different positions and arguments in connection with the creation of specialized courts, the criteria that promotes specialization, the types and degrees of specialization, the issues as to whether specialized courts are an end in itself or whether they are a byproduct of*

---

\* Profesora-Investigadora de la Universidad Panamericana. Dirección: Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. Augusto Rodin 498, México, Ciudad de México, 03920, México. Correo electrónico: [calvarezg@up.edu.mx](mailto:calvarezg@up.edu.mx) y [claraluzalvarez@gmail.com](mailto:claraluzalvarez@gmail.com). Sitio web: [claraluzalvarez.org](http://claraluzalvarez.org) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5906-4450>.

Este artículo es parte de la investigación financiada por la Universidad Panamericana a través del fondo “Fomento a la Investigación UP 2019”, bajo el código UP-CI-2019-DER-MX-20.

tribunales especializados surgen como un fin en sí mismo o si más bien son una consecuencia de otra finalidad. Se presenta también la parte doctrinaria del proceso de selección de jueces y cómo se ha materializado en los Tribunales de Competencia y Telecomunicaciones, aportando ideas para mejorarlo.

**Palabras clave:** tribunales especializados, competencia, telecomunicaciones, jueces, litigio.

*another end, are hereby expounded. Also, the literature of the judges' selection process, and how it has been done in the Antitrust and Telecommunications Courts is presented, providing ideas for its improvement.*

**Keywords:** specialized courts, antitrust, telecommunications, judges, litigation

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen de los Tribunales de Competencia y Telecomunicaciones*; III. *Justicia especializada, ¿por qué y para qué?*, IV. *¿Ventajas o desventajas de los tribunales especializados?*, V. *Jueces especializados*, VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de información*.

## I. INTRODUCCIÓN

Existe una tendencia a crear tribunales especializados en diferentes materias lo que ha generado posturas a favor y en contra de la especialización judicial. Los objetivos que se persiguen con la creación de tribunales especializados generalmente son mayor eficiencia, uniformidad y mayor calidad. Sin embargo, las razones por las cuales fueron creados cada uno de los tribunales especializados y el contexto en el cual sucedió, difieren significativamente. Por tanto, es importante contar con análisis de tribunales especializados específicos, en el caso de este artículo, de los tribunales especializados en competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión de la República Mexicana (en lo sucesivo referidos como Tribunales de Competencia y Telecom).

Los Tribunales de Competencia y Telecom en México fueron creados en un contexto muy particular de litigios excesivos que buscaban —y muchas veces lograban— suspender las decisiones de las autoridades en competencia económica y telecomunicaciones.<sup>1</sup> Estas suspensiones frecuentemente

---

<sup>1</sup> Las telecomunicaciones comprenden también la llamada radiodifusión (radio abierta y televisión abierta).

sorprendían porque eran concedidas por los jueces que desconocían la importancia de ciertas figuras de competencia y telecomunicaciones como la dominancia, la interconexión o los procedimientos para otorgar el título habilitante para la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico.

No hay evidencia de que la decisión de crear Tribunales de Competencia y Telecom estuviera fundada en un análisis más allá de la conveniencia dictada por el sentido común. No obstante, es relevante realizar un estudio de los Tribunales de Competencia y Telecom en relación con lo que la literatura sobre justicia especializada destaca como las llamadas virtudes neutrales (uniformidad, calidad y eficiencia) y otras justificaciones para su creación (apoyar a una ideología).

El objetivo de este artículo es evidenciar la justificación de la existencia de los Tribunales de Competencia y Telecom analizando cada una de las tradicionales virtudes y motivos para la justicia especializada, así como destacar la importancia del proceso de selección de jueces como fundamento de dichos tribunales y para evitar tener tribunales especializados sin especialistas.

En la sección I se expone el contexto en el cual se crearon los Tribunales de Competencia y Telecom. La sección II se enfoca en el por qué y el para qué de la justicia especializada. Para ello se presentan las diferentes posturas y argumentos en relación a la creación de tribunales especializados, los criterios que favorecen la especialización, los tipos de especialización y los grados que pueden existir, el cuestionamiento de si los tribunales especializados surgen como un fin en sí mismo o si más bien son una consecuencia de otra finalidad, así como las consecuencias de la especialización.

En la sección III se analiza la eficiencia, la uniformidad, la calidad, el rol de la ideología, los intereses personales de los jueces, lo relativo a la independencia judicial y los conflictos competenciales de los tribunales especializados. Cada uno de estos aspectos se presenta con las posturas y opiniones de diferentes autores, para contrastarlos con los Tribunales de Competencia y Telecom.

La sección IV se enfoca a los jueces especializados en cuanto al perfil y requisitos que debieran tener, el proceso de selección, el plazo de su encargo, la rotación de jueces y la capacitación. A lo largo de esta sección se entrelaza y expone lo relativo a los Tribunales de Competencia y Telecom como una experiencia práctica, aportando sugerencias para mejorarlos.

Finalmente, se presentan las conclusiones de esta investigación dejando enunciadas futuras líneas de investigación en cuanto a justicia especializada. Debe señalarse que cuando se haga referencia a jueces o tribunales generalistas, es para aquellos que carecen de competencia en una materia en específico y pueden resolver asuntos de varias especialidades, mientras que por jueces o tribunales especializados se entenderá aquellos que están abocados a una materia en particular. Asimismo, cuando se haga referencia a jueces incluye tanto a los jueces de primera instancia como los magistrados que están en los tribunales de segunda instancia dentro del Poder Judicial Federal.

## II. ORIGEN DE LOS TRIBUNALES DE COMPETENCIA Y TELECOMUNICACIONES

En la década de 1990 se crearon los órganos reguladores de competencia económica y de telecomunicaciones en México.<sup>2</sup> Las decisiones de estos órganos fueron combatidas a través de una diversidad de medios de defensa, toda vez que la decisión de los reguladores podía ser impugnada vía un recurso administrativo,<sup>3</sup> después por un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para concluir muchos años después con un juicio de amparo directo en el Poder Judicial Federal, o bien, impugnarse vía juicio de amparo indirecto también ante el Poder Judicial Federal y su correspondiente recurso de revisión (Álvarez, 2020).

Lo más grave a nivel regulatorio no era únicamente la multiplicidad de medios de impugnación, sino que se otorgaban suspensiones administrativas y

---

<sup>2</sup> En 1993 se creó la Comisión Federal de Competencia, hoy extinta, con facultades en competencia económica en todas las actividades y sectores de la economía. En 1996 se creó la Comisión Federal de Telecomunicaciones, hoy extinta, con facultades en telecomunicaciones y, posteriormente en 2006, en radiodifusión. Véase Ley Federal de Competencia Económica publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992, Ley Federal de Telecomunicaciones publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 1995, según fue reformada por decreto publicado el 11 de abril de 2006 y el Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de agosto de 1996.

<sup>3</sup> El recurso de reconsideración contra una decisión del Pleno de Comisión Federal de Competencia (hoy extinta) era resuelto por el propio Pleno de esta; mientras que el recurso de revisión contra actos del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) era resuelto por el Secretario de Comunicaciones y Transportes.

judiciales de las decisiones de Cofetel que duraban todos los años de litigio y a pesar de que eran asuntos de evidente interés público que no merecían suspenderse (Álvarez, 2020, p. 19).

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) señaló:

El sistema jurídico vigente [en 2012], que permite al poder judicial suspender y anular de manera sistemática las decisiones de política y regulación, está dañando el interés público y por ello necesita ser reformado (OCDE, 2012, p. 12).

Los litigios excesivos aunados a las suspensiones otorgadas a los agentes económicos para frenar los actos y decisiones del regulador de telecomunicaciones hasta en tanto no se resolvieran en definitiva los juicios, llevó a la OCDE (2012) a señalar que algunas propuestas para remediar la situación era establecer tribunales especializados y que las decisiones del regulador surtieran efectos durante el juicio y hasta la sentencia definitiva.

En 2013 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para: (1) establecer el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones, telecomunicaciones e internet; (2) crear nuevos órganos reguladores con autonomía constitucional (el Instituto Federal de Telecomunicaciones o IFT y la Comisión Federal de Competencia Económica o Cofece); (3) ordenar la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom; (4) permitir únicamente un medio de defensa en contra de dichos órganos reguladores, a saber, el amparo indirecto; y (5) prohibir la suspensión judicial de los actos, normas y omisiones del IFT y de la Cofece (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013).

La reforma constitucional referida ordenó la creación de los tribunales especializados. Así que el 10 de agosto de 2013 se crearon los Tribunales de Competencia y Telecom consistentes en 2 juzgados de distrito y 2 tribunales colegiados de circuito (integrados por 3 magistrados cada uno).<sup>4</sup> Para

<sup>4</sup> Los juzgados de distrito y los tribunales colegiados de circuito son en materia administrativa especializados en competencia, radiodifusión y telecomunicaciones. Posteriormente en 2019 fueron creados cuatro tribunales unitarios en materias civil, administrativa y especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones con jurisdicción en la República Mexicana y sede en la Ciudad de México. (CJF, 2018 y 2019c)

este artículo, bajo el término jueces se encontrarán tanto los jueces como los magistrados, a menos que se haga alguna referencia expresa distinta.

Los Tribunales de Competencia y Telecom tienen competencia en cuanto a competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión en toda la República Mexicana y su sede está en la Ciudad de México.

Los juicios de amparo en contra de todos los actos, las omisiones y las normas expedidas por el IFT (regulador en telecomunicaciones y competencia económica en telecomunicaciones) y por la Cofece (regulador en competencia económica de cualquier actividad económica distinta de la de telecomunicaciones) serán competencia de los Tribunales de Competencia y Telecom.

Adicionalmente, cuando se presenta un amparo en otras materias como la energética que está sujeta a otros reguladores (p. ej. Comisión Reguladora de Energía, Comisión Nacional de Hidrocarburos) en asuntos relacionados con cuestiones de mercado, libre competencia y concurrencia, también se ha reconocido competencia a los Tribunales de Competencia y Telecom (SCJN, 2018b). En contraste, en asuntos de telecomunicaciones que son competencia de otras autoridades diferentes del IFT (p. ej. la Secretaría de Gobernación), la SCJN decidió que la competencia sería de los tribunales administrativos porque “no comprenden aspectos técnicos que por su complejidad requieran ser analizados por los órganos especializados” (SCJN, 2018a).

### III. JUSTICIA ESPECIALIZADA, ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ?

Dada la tendencia general en la sociedad hacia una mayor división y especialización del trabajo, se puede decir con certidumbre que este solo hecho requeriría una tendencia equivalente en la administración de justicia (Fix-Fierro, 2013, p. 299).

La especialización de los poderes ejecutivos y legislativos como regla general podría sugerir la necesidad de especialización de la labor judicial (Baum, 2009). Además, el crecimiento en complejidad de los temas ha traído una mayor especialización del Derecho (Gramckow y Walsh, 2013). Gramckow y Walsh (2013) identifican que un incremento en tribunales especializados en diferentes sistemas legales (common law, sistema de de-

recho civil) y regiones, se debe al desarrollo económico y a la evolución del marco jurídico.

Desde la perspectiva del derecho angloamericano, Posner (1993) y Baum (2009) sostienen que la especialización de los jueces es juzgar y la falta de especialización es percibida como una virtud de los jueces. Baum (2009) afirma que lo que más ha motivado la creación de tribunales especializados es la existencia de estos tribunales, más que el éxito del modelo. A diferencia del sistema judicial de EUA, en el caso mexicano no existe una discusión sobre si para un juez ser generalista es una virtud y por el contrario ser uno especializado no lo sea.

La especialización de los tribunales federales en la República Mexicana tiene larga data. Las materias de especialización en el Poder Judicial Federal mexicano han ido creciendo, encontrándose las siguientes: penal; administrativa; civil; mercantil; penal y administrativa; civil y de trabajo; administrativa y de trabajo; penal y de trabajo; administrativa y civil; civil, administrativa y de trabajo; amparo, civil, administrativa, de trabajo y juicios federales; competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones; procesos penales federales; amparo en materia penal; juicios federales; mercantil especializados en juicios de cuantía menor; cateos, arraigos e intervención de comunicaciones; ejecución de penas; y amparo en materia penal especializado en el sistema penal acusatorio.<sup>5</sup> El Poder Judicial Federal tiene 767 tribunales federales de los cuales 444 son especializados y 152 tienen su residencia en la Ciudad de México.<sup>6</sup>

### 1. *Criterios que favorecen la especialización*

Fix-Fierro refiere a los criterios expuestos por Legomsky que favorecen la especialización judicial de entre los cuales están: la complejidad técnica de la materia; el grado de aislamiento de la materia que haga innecesario consultar otras materias; el alto grado de interrelación en la materia; la existencia de muchos asuntos similares; un foro con un grupo cerrado o

---

<sup>5</sup> Información obtenida del portal del Consejo de la Judicatura Federal ([www.cjf.gob.mx](http://www.cjf.gob.mx)), apartado Órganos Jurisdiccionales, Distribución de Órganos Jurisdiccionales, selección abril de 2020. (Último acceso: 29 de julio de 2020).

<sup>6</sup> Información obtenida del portal del Consejo de la Judicatura Federal ([www.cjf.gob.mx](http://www.cjf.gob.mx)), apartado Órganos Jurisdiccionales, Distribución de Órganos Jurisdiccionales, selección abril de 2020. (Último acceso: 29 de julio de 2020).

limitado de actores (p. ej. autoridades, litigantes, peritos) al que denomina la “tribalidad”; la necesidad de uniformidad; el ser una materia dinámica con cambios rápidos; la logística necesaria dado el volumen de asuntos, el tiempo que cada uno requiere y su dispersión geográfica; la necesidad de rapidez en las resoluciones judiciales; y la necesidad de seguir procedimientos específicos (Legomsky, 1990, citado en Fix-Fierro, 2013).

De los criterios referidos para decidir crear los Tribunales de Competencia y Telecom destacan la complejidad técnica y el dinamismo en competencia económica y telecomunicaciones. En estas materias están presentes y —en muchos casos indisolublemente vinculados—, aspectos de ingeniería, económicos, de política pública y jurídicos, amén de que son sectores en constante cambio tecnológico, de prácticas comerciales y de consumo.

A manera de ejemplo, la decisión del regulador de las telecomunicaciones de realizar una licitación pública para otorgar el título habilitante para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico involucra todos esos aspectos. ¿La banda de frecuencias 3.5 GHz puede segmentarse en bloques? ¿Los bloques deben ser contiguos o no? ¿De qué tamaño serán los bloques (p. ej. 10 MHz, 30 MHz)? ¿Existe preocupación de que los agentes económicos en el mercado pretendan acaparar espectro y desplazar a potenciales nuevos competidores? ¿La política pública pretende establecer incentivos para que las empresas atiendan áreas geográficas menos rentables o zonas alejadas? ¿Cuál va a ser el procedimiento a seguirse en la licitación pública? ¿Será una evaluación de los méritos del proyecto (beauty contest), una subasta simultánea ascendente, una combinatoria de reloj o qué tipo de procedimiento se seguirá? ¿Cuáles serán los criterios para seleccionar al ganador? ¿Será ganadora aquella persona dispuesta a pagar más o la segunda oferta será la ganadora? ¿Se darán puntos adicionales por atender zonas alejadas o marginadas?

En cuanto a la existencia de muchos asuntos similares, en el caso de los Tribunales de Competencia y Telecom en una investigación que se concentró en telecomunicaciones se identificó que dependiendo del año y de los acontecimientos que hubieren habido, podían haber muchos asuntos similares (p. ej. en 2015 se presentaron 1440 demandas de amparo en un solo juzgado especializado que impugnaba la supresión del espacio informativo de la periodista Carmen Aristegui en la estación de radio de la empresa MVS) (Álvarez, 2020). Además de que en todos los años siempre existen litigios en relación con la interconexión de redes de telecomuni-

caciones y de multas impuestas por el regulador de telecomunicaciones (Álvarez, 2020).

En cuanto a la “tribalidad”, difiero de Legomsky en cuanto a que ello deba ser un criterio para la especialización judicial. Si existe o no un grupo cerrado para una materia de especialidad, eso debe ser irrelevante para la decisión de crear un tribunal con cierta especialidad. A diferencia de la complejidad técnica que hace pensar que es importante que los juzgadores la comprendan, en el caso de un gremio cerrado lo que pudiera reflejar es la falta de interés para un mayor número de especialistas o que la masa crítica de asuntos no sea de tal magnitud para ameritar una especialización lo que lleva a esa “tribalidad”. Por tanto, no comparto que la existencia de un grupo cerrado pueda justificar la creación de tribunales especializados.

## 2. *Tipos y grados de especialización*

“No rechazo toda la especialización [judicial], la pregunta es sobre la cantidad adecuada” (Posner, 1983, p 788).<sup>7</sup> De acuerdo con Posner, los distintos grados de especialización tienen diferentes pros y contras, a lo cual agregó yo que los pros y contras dependerán más de la materia de que se trate que de los grados de especialización.

En ciertas materias existe un elevado número de casos con características (y quizá soluciones) similares, por lo que la especialización judicial pudiera ser la respuesta para atender con mayor celeridad esos casos; mientras que en otras materias pueden ser pocos casos pero de elevada complejidad, lo cual amerita que sea un tribunal especializado que conozca esos asuntos para poder comprender los aspectos técnicos, económicos y de política pública que resulten en menor tiempo de resolución y con mayor calidad en las sentencias.

Los tipos y grados de especialización representan un abanico de posibilidades. Los tipos pueden ser por materia (p. ej. penal, civil), por grupo (p. ej. para jóvenes, para bancos), por la clase de procedimiento, por el área geográfica que cubre el tribunal (Gramckow y Walsh, 2013). Los grados de especialización van desde tribunales especializados separados y con procedimientos diferentes, una sala especializada en un tribunal o

---

<sup>7</sup> “I do not reject all specialization, it is a question of the right amount” (Posner, 1983, p. 788) [traducción de la autora].

la existencia de jueces expertos cuando lleguen casos de la materia específica (Gramckow y Walsh, 2013). Por su parte, en cuanto a la materia de antitrust o competencia económica, Ginsburg y Wright (2013) afirman que la especialización se deriva del número de casos; de las habilidades y la capacitación de los jueces; o lo que denominan especialización informal también conocida como especialización de opinión que es cuando uno de los jueces es quien redacta la sentencia de ese tipo específico de casos.

El tipo de especialización de los Tribunales de Competencia y Telecom en México es: (1) por materia, competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión; (2) por grupo, las normas, los actos y las omisiones de los reguladores de competencia económica y telecomunicaciones (Cofece e IFT), aunque pueden haber actos de otras autoridades que pueden estar sujetos a la jurisdicción de estos tribunales por razón de materia; y (3) por área geográfica, toda la República Mexicana (Consejo de la Judicatura Federal, 2013a).

No hay un tipo de procedimiento específico, toda vez que se siguen las reglas del amparo indirecto con la peculiaridad de que está prohibido suspender las normas y actos de los reguladores (salvo la imposición de multa y la orden de desincorporación por parte de la Cofece) (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28).

El grado de especialización es alto en tanto que son Tribunales de Competencia y Telecom cuyo objeto se constriñe a las materias de competencia económica y telecomunicaciones. Dado que la competencia económica refiere a mercados y su regulación, se ha resuelto que no sólo los actos de la Cofece y del IFT están sujetos a la jurisdicción de los Tribunales de Competencia y Telecom sino también otras materias como la petrolífera en cuanto a lo que se refiere a “fomentar la libre competencia y concurrencia en ese sector, con independencia del carácter formal de la autoridad administrativa que los haya emitido, en virtud de que forman parte de toda una política de competencia tendente a lograr una mayor participación de los agentes económicos en ese mercado” (SCJN, 2018b).

### 3. *¿Por diseño o producto derivado?*

Baum (2009) afirma que, aunque las pruebas son mixtas, normalmente los tribunales especializados son un producto derivado e involuntario de otras metas. Incluso manifiesta que ha sido el sentido común más que

análisis extensos y sistemáticos lo que da origen a los tribunales especializados (Baum, 2009).

Analizando las justificaciones expresadas en la exposición de motivos para reformar la Constitución mexicana e incluir la orden para la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom y de la investigación realizada, se muestra que en el caso de estos tribunales: (1) no existieron estudios, análisis o investigaciones que ponderaran la conveniencia y pertinencia de su creación (Cámara de Diputados, 2019; CFJ, 2019 y s.f.; Cofece, s.f.; CJEF, 2019 y s.f.; IFT, 2019; Presidencia de la República, 2019a y 2019b; SCT, s.f. y 2019; Senado de la República, 2019a y 2019b; SCJN, 2019a y 2019b); (2) fue más de sentido común al asumir que jueces conocedores de aspectos técnicos de alta complejidad serían los idóneos para conocer y resolver los juicios de amparo en estas materias (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013); y (3) sí se puede decir que la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom no era la meta sino que fue un producto derivado, considerando que la meta fue acabar con los litigios excesivos (varios medios de defensa, impugnaciones múltiples) e impedir que se otorgaran suspensiones de los actos de las autoridades que frenaban la política pública (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013).

#### 4. *Consecuencias de la especialización*

Baum (2009) asegura que se sabe más de las causas de la especialización que de las consecuencias, porque existe escasa información del efecto de los tribunales especializados, toda vez que es difícil comparar tribunales generalistas y los especializados aun cuando operen en las mismas áreas y materias.

Los efectos de la especialización dependen de formas específicas y otros atributos (Baum, 2009), lo cual coincide con Gramckow y Walsh (2013) al referir a la Chancery Court de Delaware como un tribunal especializado de gran prestigio y reconocimiento. Gramckow y Walsh (2013) afirman que no existe evidencia de que la especialización de dicha corte sea la clave del prestigio y reconocimiento, sino que estos son consecuencia del marco jurídico y del ambiente altamente favorable.

Las experiencias de los actores relevantes (juzgadores, litigantes, regulador de telecomunicaciones y concesionario indígena) en los Tribunales

de Competencia y Telecomunicaciones refieren en su gran mayoría que ha sido positiva la existencia de estos (Álvarez, 2020). Sin embargo, también algunos actores relevantes manifestaron que los Tribunales de Competencia y Telecom tienen una tendencia a favorecer al gobierno: “un proyecto político para que hubiese tribunales que resolvieran por consigna siguiendo la línea del gobierno en turno” (Álvarez, 2020, p. 32).

Continuar condenando o alabando la creación de tribunales especializados sin investigaciones serias sobre las consecuencias que tiene su existencia y desempeño, conducirá a conclusiones sin sustento o de simple retórica académica. Es importante que se emprendan nuevas investigaciones sobre tribunales especializados en específico (p. ej. los Tribunales de Competencia y Telecom) con métricas definidas para analizar las consecuencias de los tribunales especializados. En cada caso concreto se obtendrá información sobre si los jueces son más o menos deferentes a la autoridad, si los jueces utilizan o no conocimientos técnicos para resolver los asuntos, si los litigantes están interponiendo demandas o defendiéndose con argumentos y pruebas técnicas o no, entre otros aspectos.

#### IV. ¿VENTAJAS O DESVENTAJAS DE LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS?

Todo depende del cristal con el cual se mire. Así que, aunque algunos aspectos que se presentan enseguida se señalan por algunos autores como positivos o negativos, mi análisis de cada aspecto es en relación al caso específico de los Tribunales de Competencia y Telecom aun cuando difiera de las opiniones de los autores.

##### 1. *Eficiencia*

La eficiencia como una causa para establecer tribunales especializados es generalmente reconocida (Baum, 2009; Fix-Fierro, 2013; Ginsburg y Wright, 2013; Gramckow y Walsh, 2013; Posner, 1983).

La eficiencia puede desprenderse de enfoques diferentes: eficiencia medida a partir del número de asuntos nuevos y el número de asuntos que se concluyen (ingresos-egresos); eficiencia medida en una disminución de la duración de los juicios (celeridad); eficiencia en relación al cumplimien-

to de los objetivos de política pública o aquellos establecidos en la ley (objetivos de política pública).

Fix Fierro citando a Legomsky refiere que la eficiencia puede ser: para reducir la carga de los tribunales generales; porque los jueces poseen conocimientos lo que permite dedicar más tiempo a problemas específicos; porque menos jueces se dedicarán a la misma cuestión con lo cual se disminuye la posibilidad de contradicción; y al evitar conflictos sobre la competencia de los tribunales, entre otros (Legomsky, 1990, citado en Fix-Fierro, 2013).

La experiencia de los jueces hace que puedan identificar con mayor rapidez las cuestiones relevantes de los juicios (Ginsburg y Wright, 2013), lo cual coincide con lo expuesto por Legomsky en cuanto al menor tiempo para “educar” a jueces. En las experiencias de los actores relevantes de los Tribunales de Competencia y Telecom algunos destacaron precisamente que se redujo la duración de los litigios y que se fue acumulando conocimiento (Álvarez, 2020).

Fix-Fierro enfatiza en especial que:

...se requiere determinar medidas específicas y ponderadas para cada sistema judicial y para cada tipo de tribunal, para indicar cargas de trabajo comparables, más que ingresos de asuntos, ya que un asunto es una unidad difícil de definir y comparar (Fix-Fierro, 2013, pp. 297 y 298).

Coincido con Fix-Fierro especialmente en materias de competencia y telecomunicaciones que pueden tener una elevada complejidad técnica y económica, de negocios y política pública. En las estadísticas de la duración de los juicios de amparo en telecomunicaciones:

La duración mínima, máxima y promedio de los juicios que arrojó esta investigación permite confirmar que existe una cercanía entre la duración mínima y promedio de manera constante, mientras que algunos juicios de amparo tienen duraciones mucho mayores al promedio. En estos casos puede deberse a juicios de amparo en Telecom complejos técnicamente, de cuestiones innovadoras o decisiones novedosas del regulador, del desahogo de pruebas periciales, de que algún aspecto del juicio fue materia de resolución de la SCJN [Suprema Corte de Justicia de la Nación], entre otros. Las estadísticas sí muestran que la duración máxima de los juicios de amparo ha ido reduciéndose de manera constante y año con año (Álvarez, 2020, p. 81).

En cuanto a eficiencia como sinónimo de rapidez en la resolución de casos, Ginsburg y Wright (2013) manifiestan que es inexistente una base empírica de que los tribunales especializados son más eficientes que los tribunales generalistas basados en la tasa de ingresos/egresos de asuntos (judicial outputs). Lo anterior es aplicable al caso mexicano en competencia económica y telecomunicaciones.

La información pública disponible en México en cuanto a estadística judicial de los tribunales en materia administrativa que serían los tribunales “generalistas” previos a la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom<sup>8</sup> (1) no permite estimar la duración de los juicios,<sup>9</sup> y (2) no está desagregada en cuanto a las materias que versan (p. ej. fiscal, medioambiental, de responsabilidad de servidores públicos).<sup>10</sup> Por tanto, no es posible saber si los Tribunales de Competencia y Telecom son más eficientes en términos de rapidez (judicial outputs) en la decisión final respecto de cuando estos asuntos eran competencia de los tribunales administrativos.

Nuevamente debe recordarse que un análisis sobre la eficiencia en cualquiera de sus vertientes (ingresos-egresos; celeridad; cumplimiento de objetivos de política pública) tendría que analizarse respecto de tribunales especializados en específico y evitar arrojar conclusiones generales que no serán de utilidad para decidir sobre la creación o permanencia de tribunales especializados. Para ilustrar lo anterior, habrán materias que sea muy conveniente la métrica de número de ingresos-egresos por año para eva-

---

<sup>8</sup> Los tribunales en materia administrativa en sí son especializados, pero serían los tribunales que previo a la reforma constitucional en competencia y telecomunicaciones, veían principalmente los asuntos de competencia económica y telecomunicaciones. De ahí que para poder hacer una evaluación en cuanto a si el tiempo de procesamiento de los juicios de amparo ha variado en asuntos de competencia y telecomunicaciones ahora que son competencia de los Tribunales de Competencia y Telecom, se tendría que hacer contra los tribunales administrativos del Poder Judicial de la Federación.

<sup>9</sup> Si bien dicha estadística reporta el número de asuntos que ingresaron en un año y los que egresaron, no es posible determinar la duración de los juicios con confiabilidad porque tendría que hacerse una revisión de expedientes uno por uno y si se toma sólo ingresos/egresos se puede esconder la duración mínima, máxima y en promedio de los asuntos específicos de competencia y telecomunicaciones. Para más información sobre duración de juicios en Tribunales de Competencia y Telecom, ver Álvarez, 2020 pp. 60-63.

<sup>10</sup> Los tribunales administrativos del Poder Judicial Federal mexicano ven asuntos medioambientales, sanitarios, fiscales, de responsabilidad de servidores públicos, entre otros. Antes del 10 de agosto de 2013, también tenían jurisdicción sobre los asuntos de competencia económica y telecomunicaciones.

luar si un tribunal especializado es eficiente o no. Sin embargo, para otros tribunales especializados como los Tribunales de Competencia y Telecom, lo relevante no son los ingresos-egresos porque si el número de ingresos-egresos fuera similar podría dar la idea falsa de eficiencia cuando pudiera más bien tratarse de que las sentencias están siendo superficiales y por ello el balance ingresos-egresos está equilibrado.

Por lo que respecta a celeridad y los Tribunales de Competencia y Telecom, es preciso señalar que no apareció como una motivación para la creación de estos tribunales (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013). De cualquier manera, la evaluación realizada por la OCDE en 2017 concluyó que los Tribunales de Competencia y Telecom han fomentado la eficiencia y la solidez de sus decisiones pues los servidores públicos cuentan con conocimiento de telecomunicaciones, no existe suspensión de las decisiones del IFT y los juicios que antes podían durar 8 años ahora son de 1 año (OCDE, 2017).

## 2. Uniformidad

La uniformidad en las decisiones también referida como la consistencia en las resoluciones judiciales es considerada por la mayoría como una ventaja (Baum, 2009; Fix-Fierro, 2013; Ginsburg y Wright, 2013; Gramckow y Walsh, 2013; Posner, 1983), lo que reduce la posibilidad de contradicción (Fix Fierro, 2013), evita el *forum shopping* y facilita el desarrollo de planes de negocios (Ginsburg y Wright, 2013).

Posner (1983) encuentra un problema con la uniformidad que es la ausencia de decisiones judiciales que se confronten (*competing opinions*), lo cual para él reduce la diversidad de ideas y enfoques. Posner (1983) expresa preocupación por el monopolio judicial en una materia, en atención a que incrementaría el poder del gobierno en un sistema judicial como el de EUA que es muy difuso.

A menos que exista un solo juez o tribunal en una especialidad donde sí podría existir un supuesto como el que señala Posner de monopolio judicial, en el caso de los Tribunales de Competencia y Telecom a pesar de que sólo son dos juzgados de primera instancia (juzgados de distrito) y dos tribunales de segunda instancia (tribunales colegiados),<sup>11</sup> han existido

---

<sup>11</sup> Si bien existen cuatro tribunales unitarios en materias civil, administrativa y especializada en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones del Primer

resoluciones judiciales divergentes lo que podrían ser las opiniones que se confrontan (competing opinions) cuya ausencia preocupa a Posner. Cuando han existido criterios contradictorios, a través del Pleno de Circuito constituido por los magistrados de los tribunales colegiados de los Tribunales de Competencia y Telecom se ha decidido qué criterio debe prevalecer (Consejo de la Judicatura Federal, 2015; Poder Judicial Federal, 2018a, 2018b, 2018c, 2019a y 2019c).

Además, un antecedente de los Tribunales de Competencia y Telecom fue que para las licitaciones de concesiones sobre frecuencias del espectro radioeléctrico iniciadas en el año 2010,<sup>12</sup> el Consejo de la Judicatura Federal emitió un acuerdo para que todas las demandas de amparo presentadas en contra de dichas licitaciones fueran tramitadas en un juzgado de la Ciudad de México<sup>13</sup> (Consejo de la Judicatura Federal, 2011). La decisión de concentrar los juicios de amparo en este tema de telecomunicaciones obedeció a “resolverlos de manera congruente y libres de contradicción, buscando con ello que el interés público prevaleciera” (Álvarez, 2018, p. 364). De lo anterior se desprende que al menos en México en telecomunicaciones, incluso antes de la existencia de los Tribunales de Competencia y Telecom, no existió inquietud o preocupación sobre un posible monopolio judicial.

El monopolio judicial tampoco se evidenció en los juicios de amparo presentados en contra del Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil cuya creación se ordenó con la reforma a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de abril de 2021. Los dos jueces de distrito de los Tribunales de Competencia y Telecom decidieron en sentido totalmente distinto. El juez primero de distrito resolvió desechar las demandas de amparo al considerar

---

Circuito, estos tribunales unitarios no son competentes para conocer de los juicios de amparo indirecto que se inicien en contra de los actos, las omisiones y las normas del IFT y de la Cofece.

<sup>12</sup> En las licitaciones que iniciaron en 2010 (licitaciones 20 y 21) diversos concesionarios promovieron amparos en distintas ciudades de la República Mexicana para buscar frenar o al menos retrasar las licitaciones. Esa estrategia creó innecesariamente incertidumbre en el mercado, además de que los actos de la autoridad debían defenderse en todo lo largo y ancho del país y se tenían pronunciamientos judiciales contradictorios entre sí. Para más información véase Álvarez, 2018, Hernández, 2014; y Roldán, 2014.

<sup>13</sup> El juzgado que recibió los amparos fue el Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

que no se afectaba el interés jurídico de los que las promovieron (Aristegui Noticias, 2021), mientras el juez segundo de distrito admitió las demandas de amparo y concedió las suspensiones de los actores reclamados (Cruz, 2021).

Por otra parte, Baum (2009) considera que la especialización judicial llevaría a los jueces a contar con una perspectiva estrecha que los limita y que prejuicia su entendimiento. No comparto esa afirmación, toda vez que los jueces, aunque estén especializados en una materia, no están exentos de continuar en el estudio de los principios generales del Derecho, la evolución de los derechos humanos y mejores prácticas judiciales.

Por el contrario, los jueces especializados tienen en todo caso una obligación adicional a la de un juez generalista y que es adentrarse en la comprensión de los aspectos de complejidad técnica, económica, regulatoria y la comprensión de la política pública en la materia de especialidad. Si Posner y Baum han sostenido que la especialización de los jueces es juzgar como una virtud de los jueces generalistas, agregaría que los jueces especializados deben estar especializados tanto en juzgar como en conocimientos amplios de la materia del tribunal especializado al que pertenecen.

### 3. *Calidad*

La calidad de las resoluciones es un aspecto que se destaca como de las virtudes de la especialización judicial (Baum, 2009; Ginsburg y Wright, 2013; Gramckow y Walsh, 2013). Pero, ¿qué debe entenderse por esa calidad? Baum (2009) señala que la calidad tiene varias interpretaciones, porque puede ser considerada calidad respecto de lo que los jueces quieren lograr (p. ej. quieren interpretar bien la ley, quieren hacer buena política pública).

La calidad para los tribunales especializados debe —en mi opinión— evaluarse en las decisiones judiciales, donde los jueces tienen conocimiento técnico, económico, regulatorio y de política pública, comprenden el contexto del asunto y están en posibilidad de aplicar dicho conocimiento especializado al resolver.

Se asume que los jueces que están especializados tendrán conocimientos y pericia en la materia respectiva, lo que se traducirá en resoluciones de mayor calidad. Sin embargo, con un enfoque en el sistema judicial de EUA, Posner (1983) y Baum (2009) argumentan que para un juez gene-

ralista el estar adscrito a un tribunal especializado puede reducir su satisfacción personal y hacer que el pertenecer a dicho tribunal sea menos atractivo, lo cual genera un impacto en la calidad de los jueces.

Los argumentos de Posner y Baum deben matizarse en otros sistemas judiciales como el mexicano, pues todo dependerá del tipo de materia que sea de la competencia del tribunal especializado para poder asumir que formar parte de él es un premio o un castigo.

En el caso de los Tribunales de Competencia y Telecom, para la integración de los primeros jueces se realizó una invitación en la cual existieron requisitos especiales y mayores que para pertenecer a otro tipo de tribunales, logrando una convocatoria de al menos 11 jueces que voluntariamente presentaron su solicitud para pertenecer a ellos<sup>14</sup> (Consejo de la Judicatura Federal, 2013b, 2013c y 2013d).

En cuanto a competencia económica, Ginsburg y Wright (2013) afirman que los jueces expertos aportan el uso adecuado y sofisticado de conceptos legales y económicos especializados. En el caso mexicano, una de las justificaciones para la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom fue para que los jueces se especializaran en aspectos técnicos de alta complejidad (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013).

Los conocimientos especializados en la materia de competencia y telecomunicaciones pueden favorecer la calidad de las decisiones, sin embargo, deben tenerse en cuenta 2 aspectos muy importantes en cuanto a los Tribunales de Competencia y Telecom: (1) el demandante (quejoso) en el amparo indirecto debe expresar los conceptos de violación, aportar las pruebas y periciales para demostrar el actuar indebido del IFT o de la Cofece;<sup>15</sup> y (2) para poder evaluar si los Tribunales de Competencia y Telecom están efectivamente resolviendo con base en los aspectos técnicos, debe hacerse una investigación que revise a profundidad los casos.

---

<sup>14</sup> Presentaron 9 magistrados su interés y 2 jueces de distrito.

<sup>15</sup> Es importante recordar que, en el caso de competencia económica y telecomunicaciones en México, el único medio de defensa es el juicio de amparo indirecto y que la litis la fija el demandante (quejoso) quien debe expresar los conceptos de violación para que los jueces puedan resolver. De ahí la importancia de lo que exprese el demandante, porque lo que no alegue en su reclamación, los jueces no lo podrán remediar salvo que se trate de personas o grupos en los que la Ley de Amparo prevé la suplencia de la queja, es decir, la posibilidad de que los jueces introduzcan argumentos de violaciones cometidas por las autoridades (p. ej. niñas, niños y adolescentes, pueblos originarios o indígenas, ejidatarios).

Los argumentos técnicos siempre son hechos valer en los juicios de amparo presentados en los Tribunales de Competencia y Telecom, acompañándose de pruebas periciales para demostrarlo (Álvarez, 2020). Sin embargo, de las experiencias en los Tribunales de Competencia y Telecom por parte de actores relevantes se identifica que (1) hace falta aprendizaje sobre temas técnicos en cuanto a cómo presentarlos en la demanda, cómo probarlos y de qué manera pueden ser útiles para que los jueces los tomen en cuenta al resolver, y (2) existe una imperiosa necesidad de reforzar las pruebas periciales (Álvarez, 2020).

La evidencia o pruebas del desempeño de los tribunales especializados en EUA está disperso o es ambiguo (Baum, 2009). Para evaluar la calidad de las decisiones y del desempeño de los tribunales especializados tienen que analizarse a profundidad los expedientes de casos relevantes en los tribunales especializados, lo cual necesariamente debe incluir las demandas, las contestaciones de demanda, la manera en que las partes en el juicio presentan sus argumentos técnicos y las pruebas de las partes (p. ej. periciales en aspectos técnicos, económicos, etcétera), con una metodología especial y con expertos independientes de las partes.

#### 4. *Ideología*

Autores como Baum (2009), Ginsburg y Wright (2013) afirman que la ideología y las posturas teóricas que los jueces tienen, influyen en mayor medida cuando están en tribunales especializados que cuando están en tribunales generalistas. Así, Baum (2009) asevera que un juez especializado estará apoyando (o inclinado a apoyar) los intereses de una parte de la contienda (p. ej. en casos de responsabilidad civil o torts pudiera inclinarse por los demandantes o por los demandados) o plasmará su postura ideológica (p. ej. liberales/conservadores), aunque él mismo reconoce que el impacto de ideologías y posturas dependerán de las circunstancias específicas del tribunal.

Los jueces como personas tienen ideologías, preferencias y una formación que incide en la manera que resuelven los casos, lo cual es innegable, pero eso es igualmente aplicable a los jueces generalistas y especializados. En México las sentencias de los jueces federales al igual que de las ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reflejan sus ideologías y posturas, por ejemplo, si son formalistas y positivistas o

si son garantistas. Esto queda plasmado sin importar si son jueces de tribunales generalistas o tribunales especializados.

### 5. *Intereses personales de los jueces*

Baum (2009) afirma que los jueces en tribunales especializados tienen intereses propios como el permanecer en los tribunales especializados, tener trabajo más fácil, la autoestima y el reconocimiento de otros, al tiempo que pueden ser más innovadores y enfocarse en casos más interesantes.

López Ayllón, García y Marván (2017) consideran que los jueces especializados estiman su experiencia como una ventaja competitiva por lo cual buscarán maximizar sus diferencias respecto al resto de los jueces para obtener más beneficios. Asimismo, señalan que los jueces especializados pueden caer en el “escapartismo”, en querer demostrar su independencia frente a las autoridades y negarles deferencia (López Ayllón *et al.*, 2017).

No existe una investigación sobre los jueces de los Tribunales de Competencia y Económica para poder afirmar o rechazar que han solicitado su ingreso en estos por los intereses personales que señala Baum, ni si consideran su experiencia como una ventaja competitiva respecto de los jueces generalistas como lo sugieren López Ayllón *et al.*

### 6. *Independencia, ¿garantizada o anulada?*

La especialización judicial puede hacer que los jueces se identifiquen con los programas de gobierno (Posner, 1983) y que sean más favorables a los intereses gubernamentales (Gramckow y Walsh, 2013), aunque dependerá mucho de las circunstancias (Baum, 2009).

Ginsburg y Wright (2013) aseguran que la pérdida de una perspectiva más general y de otros temas por parte de los jueces especializados que conocen a las autoridades y a los litigantes, hace que los tribunales especializados resuelvan que las autoridades actuaron razonablemente. Ciertos actores relevantes de los Tribunales de Competencia y Telecom opinaron que estos actúan en favor del gobierno y de su política (Álvarez, 2020).

Por su parte, López Ayllón *et al.* (2017) estiman que la especialización aumenta los incentivos para que los jueces sean menos deferentes a las

acciones de gobierno porque: (1) usan más conocimientos técnicos y aseguran su existencia y aumentan sus beneficios, y (2) aplican la estrategia de “escapartismo”, es decir, que al estar en el escaparate pretenderán demostrar demasiada independencia de las autoridades gubernamentales y serán agresivos en la revisión de sus decisiones con lo cual maximizarán su diferencia frente a los jueces generalistas.

En el caso específico de marcas resueltos por un tribunal especializado en propiedad intelectual, López Ayllón *et al.* (2017) afirman que los jueces mostraron no ser deferentes a las autoridades: en 50% de los casos el tribunal revocó la decisión de la autoridad (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial); en 50% de los casos revisaron el fondo del asunto; y en el 49.7% de los casos el tribunal sentenció que el análisis de la autoridad fue incorrecto, por lo cual el tribunal llevó a cabo un análisis material y además ordenó a la autoridad que concediera la marca.

Reitero que cada tribunal especializado debe evaluarse y analizarse en específico, porque contrario a los hallazgos en el caso de marcas por parte de López Ayllón *et al.*, en el caso de Tribunales de Competencia y Telecom las estadísticas en cuanto a la resolución de los amparos en telecomunicaciones no muestran una tendencia a conceder amparos, ni a negarlos, ni a sobreseerlos, por lo cual no puede afirmarse que exista una deferencia a la autoridad (Álvarez, 2020). Ello a pesar de que en 2015 se difundieron notas periodísticas sobre un estudio que afirmaba que siempre le daban la razón a la autoridad (González, 2015; Sigler, 2015; Tejado, 2015). En la opinión de diversos actores relevantes de los Tribunales de Competencia y Telecom, sí ha existido un elevado grado de deferencia hacia las autoridades, aunque se ha reducido con el tiempo por la acumulación de conocimiento especializado de los jueces (Álvarez, 2020).

Para la independencia de los jueces, la titularidad de por vida del cargo de juez y la garantía de la no reducción salarial son factores fundamentales, independientemente de si son generalistas o especializados (Baum, 2009). Gramckow y Walsh (2013) identifican como riesgo a la independencia e imparcialidad de los jueces especializados, la familiaridad entre las partes.

En México, independientemente de si son generalistas o especializados, en el Poder Judicial Federal los jueces tienen plazos fijos para su encargo y pueden además ser ratificados por nuevos periodos, al tiempo de que gozan la garantía de la no reducción salarial (Constitución Mexicana, artículos 94 décimo segundo párrafo y 97). La Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación publicada el 7 de junio de 2021 establece

que el primer nombramiento para jueces/magistrados será por 6 años, pudiendo ser ratificados con lo cual el nombramiento se vuelve permanente, salvo que sean privados de sus cargos por supuestos previstos en la ley o por cumplir 75 años.

Es importante señalar que un juez puede tener un plazo fijo como juez, pero el Consejo de la Judicatura Federal puede adscribirlo a un tribunal y posteriormente cambiarlo a otro. Con base en la nueva Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial Federal (2021), dicho Consejo puede realizar cambios de adscripción por necesidades del servicio y cumpliendo con ciertos objetivos (p. ej. garantizar la legitimidad de los tribunales y juzgadores) y sin que tenga que justificar las necesidades del servicio si se trata de cambios de adscripción de tribunales de la misma especialidad.

La práctica de cambios de adscripción puede generar inquietudes en especial cuando es en los Tribunales de Competencia y Telecom, porque los jueces de estos tribunales son los responsables de conocer y resolver disputas de grandes grupos económicos y políticos. Las decisiones de los jueces de los Tribunales de Competencia y Telecom pueden muchas veces afectar los intereses de grandes grupos corporativos o del gobierno, por lo que requieren certeza no sólo del plazo fijo como jueces sino también del plazo de su adscripción en los Tribunales de Competencia y Telecom.

Para muestra sirve el siguiente caso real sobre el magistrado Jean Claude Tron Petit, uno de los fundadores de los Tribunales de Competencia y Telecom.

[E]l magistrado Tron se caracteriza por su frescura, innovación y hasta rebeldía, diría yo, en su forma de trabajar. Nada acartonado, valiente y apasionado por la academia, con vínculos importantes internacionales, independiente, transparente y con una visión distinta y fresca de lo judicial [...] el magistrado no ha tenido ningún empacho en defender públicamente los derechos fundamentales de las audiencias, aún si se echaba encima a los grandes poderes mediáticos [...] (Levy, 2017).

El Mag. Tron Petit no es cualquier magistrado. Él ha sido ponente en los casos más emblemáticos de competencia económica y telecomunicaciones. Bajo su ponencia se determinó que Coca-Cola había cometido prácticas monopólicas (asunto Big Cola); él fue quien sentó criterios jurisprudenciales para el levantamiento del velo corporativo para evitar que a través de subterfugios y esquemas corporativos, las empresas evitaran cumplir con la ley; él ha proporcionado criterios para la evaluación del mercado relevante; él creó el concepto jurisprudencial de grupo de inte-

rés económico gracias al cual las empresas pueden considerarse parte de un grupo bajo ciertos supuestos para evitar que se perjudique el proceso de competencia por arreglos corporativos; bajo su ponencia también se determinó que las afiliadas independientes de Televisa forman parte de su grupo de interés económico, confirmándose con ello que Televisa es preponderante y sujeta a obligaciones específicas; él ha sido impulsor para que exista una discusión amplia sobre derechos de audiencias y pluralidad. El listado anterior son sólo ejemplos de la impartición de justicia real, y más allá de la formalidad y comodidad de muchos otros juzgadores (Álvarez, 2017).

El magistrado Jean Claude Tron Petite fue nombrado para el Primer Tribunal Colegiado de Competencia y Telecom en 2013 con un plazo de 3 años, el cual fue prorrogado por 4 años más para que su plazo en los Tribunales de Competencia y Telecom concluyera el 15 de octubre de 2020 (Consejo de la Judicatura Federal, 2015). Después de resolver un polémico caso donde se enfrentaban dos grandes grupos de poder mediático y el IFT, sin justificar la conclusión anticipada de la adscripción del magistrado Tron Petit en los Tribunales de Competencia y Telecom, el Consejo de la Judicatura Federal concluyó anticipadamente el plazo de designación y lo “readscribió” a un tribunal generalista en materia administrativa.

La decisión del CJF [Consejo de la Judicatura Federal] difícilmente puede aislarse de las decisiones tomadas bajo la ponencia del Mag. Tron Petit como el amparo otorgado a Canal 40 en contra de la decisión del IFT de que Televisa no era dominante en TV restringida, y por virtud de la cual el IFT tuvo que resolver nuevamente —con plenitud de jurisdicción, pero observando lo dispuesto por la ley— y declarando a Televisa dominante (Álvarez, 2017). Actuar con autonomía en México parece empezar a configurarse como un intento de suicidio profesional, o te alineas o te vas; qué mensaje envía el Consejo de la Judicatura con esto al resto de los integrantes de los tribunales, qué mensaje a los particulares. Es un gravísimo golpe a la independencia de los juzgadores (Levy, 2017).

El Consejo de la Judicatura Federal sin justificar la decisión de remover a un juzgador del Tribunal de Competencia y Telecom, mandó una mala señal al foro. Por lo que, para garantizar la independencia de los jueces de estos tribunales especializados, el Consejo de la Judicatura Federal de-

biera otorgar los nombramientos de jueces con plazos determinados para cumplirse en los Tribunales de Competencia y Telecom, sin la posibilidad de realizar una “conclusión anticipada”, “readscripción” o remoción, salvo por causa grave.

Debe señalarse que la nueva Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación (2021) refiere que los cambios de adscripción deben “Garantizar la especialización de los órganos jurisdiccionales cubriendo la vacante con servidoras o servidores públicos que hubieren resultado vencedores de concursos especializados en la competencia del órgano jurisdiccional” (artículo 63 fracción IV).

### 7. *¿Conflictos competenciales?*

Los conflictos y las controversias sobre qué tribunal serán competente para un asunto, son identificados como una desventaja para la especialización de tribunales (Fix-Fierro, 2013; Ginsburg y Wright, 2013; Posner, 1983). Posner (1983) adicionalmente considera negativo el que existan tribunales especializados que puedan concentrarse en un área geográfica (p. ej. Washington D. C.), argumentando que eso eliminaría la diversidad regional en atención a que los jueces federales se convierten en jueces en sus propias ciudades.

Sí han existido conflictos en cuanto a la competencia de los Tribunales de Competencia y Telecom cuando son autoridades distintas de los reguladores de competencia y telecomunicaciones (Cofece e IFT). Los conflictos se han generado porque existen temas de telecomunicaciones que están estrechamente vinculados con otras materias como las autorizaciones para la instalación de redes de telecomunicaciones, pagos gubernamentales por el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, la difusión de contenidos audiovisuales en franjas de horarios para la protección de la niñez (SCJN, 2018a y 2018b, Poder Judicial Federal, 2019b).

La línea no es clara en cuanto a qué asuntos vinculados a las telecomunicaciones y emitidos por una autoridad distinta al IFT, serán de la competencia de los Tribunales de Competencia y Telecom y cuáles serán de la competencia de los tribunales administrativos o incluso de tribunales generales (en áreas geográficas donde no hay tribunales especializados en materia administrativa). En cuanto a competencia y cuando se trata de asuntos relacionados con el libre mercado de autoridades distintas a la

Cofece, se ha atribuido competencia a los Tribunales de Competencia y Telecom como se mencionó anteriormente.

Finalmente, cabe señalar que con el auge de la era digital y la convergencia de mercados del mundo físico y el mundo virtual, han surgido conflictos competenciales entre la Cofece y el IFT. En estos conflictos ambas autoridades consideran ser competentes, por lo que los Tribunales de Competencia y Telecom han ido sentando precedentes al resolver si corresponde a la Cofece o al IFT conocer de dichos asuntos. Sin embargo, al ser ambas autoridades sujetas a la competencia y jurisdicción de los Tribunales de Competencia y Telecom, no impacta en cuestiones competenciales entre estos tribunales y los generalistas.

## V. JUECES ESPECIALIZADOS, ¿QUIÉN, CÓMO Y POR CUÁNTO TIEMPO?

Los elementos más importantes de la especialización judicial están relacionados con elegir a los jueces y al personal adecuado (Baum 2009; Gramckow y Walsh, 2013).

La importancia en la designación de quienes serán los jueces es esencial al igual que lo es para determinar las personas que encabezarán los órganos reguladores. En el caso de las telecomunicaciones y la competencia económica mucho se ha escrito y debatido sobre las características, las salvaguardas institucionales, el perfil y el procedimiento que deben tener los titulares de los órganos reguladores, mas no en lo relativo a eso mismo para quienes sean los jueces de los Tribunales de Competencia y Telecom. Por lo cual sirva este artículo para analizar el proceso de selección y rotación de los Tribunales de Competencia y Telecom y proponer mejoras.

### 1. *¿Influencia en selección?*

Los grupos de interesados en la materia de la especialidad (litigantes, autoridades,<sup>16</sup> organizaciones de la sociedad civil, etcétera) buscarán influir en la selección de los jueces (Baum, 2009), aunque no se pronuncien

---

<sup>16</sup> Posner considera que existe menos independencia del proceso político en la selección de jueces para tribunales especializados que cuando es para tribunales generalistas. Aunque posteriormente matiza su opinión, Posner refiriéndose al sistema judicial de EUA, afirma que el Congreso o el Ejecutivo designarán a jueces para tribunales espe-

públicamente (Ginsburg y Wright, 2013). Baum (2009) señala que aunque el gobierno busque influir en las reglas de cómo seleccionar a los jueces, los apoyos y los padrinazgos de un candidato a juez juegan un papel más importante al tiempo que el poder de diferentes grupos de interesados se compensan entre sí.

Para reducir el incentivo de las autoridades y de los litigantes en influir en el proceso de selección, Ginsburg y Wright (2013) sugieren que se seleccionen a partir de jueces generalistas y por un plazo determinado con la finalidad de que al terminar su encargo sepan que regresarán a un tribunal generalista. Esto porque si se eligiera a jueces de entre personas especialistas de la materia, entonces como especialista es posible que prefiera no confrontarse con el foro especializado al que a final de cuentas regresará (Ginsburg y Wright, 2013).

## 2. Perfil y requisitos

La European Network of Councils for the Judiciary (2011) señala que los jueces deben ser personas de pensamiento crítico e independiente, con sensibilidad social y mente abierta. Asimismo, los jueces deben contar con competencias que incluyen habilidades intelectuales (p. ej. conocimiento cultural y legal, capacidades analíticas, capacidad de hacer juicios de manera independiente), habilidades personales (p. ej. asumir responsabilidades de su encargo, ecuanimidad, independencia, persuasión, sensibilidad, sociabilidad, integridad, imperturbabilidad, habilidad de cooperar), ética en el trabajo, habilidad para expresarse y buena reputación (European Network of Councils for the Judiciary, 2012). Los jueces y el personal de los tribunales deben tener la disposición para aprender y mejorar sus propias habilidades (Gramckow y Walsh, 2013). Todo lo anterior aplica en mi opinión tanto para jueces generalistas como para especializados.

Gramckow y Walsh (2013) afirman que los jueces deben tener compromiso con la materia del tribunal especializado, así como deben apoyar las metas y políticas especiales. Además, sugieren que los tribunales especializados “no son un buen lugar para jueces que acaban de convertirse en jueces” (Gramckow y Walsh, 2013, p. 22).

---

cializados según sus intereses porque es más fácil predecir como resolverán los jueces especializados. (Posner, 1983).

Qué tan amplio debe ser el conocimiento especial y qué tipo de conocimiento o habilidades se requieren (esto es, conocimiento jurídico especializado, contexto social, conocimiento técnico o forense) depende en la especialización y qué tan diferente es de la práctica de un tribunal general. Algunas especializaciones necesitan más conocimiento jurídico especializado puntual; otros requieren más comprensión de algunas cuestiones de sustancia no jurídica (el contexto técnico o social, por ejemplo) o habilidades diferentes (tal como la habilidad de comunicarse con niños, fungir como mediador en asuntos familiares, etcétera)<sup>17</sup> (Gramckow y Walsh, 2013, p. 21).

Efectivamente, dependiendo de la materia de especialización, las habilidades y los conocimientos pueden diferir. Lo que es muy importante es que los requisitos para aspirar a ser jueces especializados estén previa y claramente definidos, y que sean públicos (European Network of Councils for the Judiciary, 2012).

Para la primera designación de jueces para los Tribunales de Competencia y Telecom se indicó como perfil el que fueran personas mesuradas, honorables y prudentes en la resolución de los asuntos (Consejo de la Judicatura Federal, 2013b), perfil que en mi opinión debe ser igualmente aplicable para cualquier tipo de juez, generalista o especializado.

Además, se requirió (1) experiencia mínima en materia administrativa dentro del poder judicial,<sup>18</sup> (2) contar con estudios o reconocimientos en materia administrativa, competencia económica, telecomunicaciones o radiodifusión, y (3) no haber sido sancionado por una conducta grave en los últimos 5 años (Consejo de la Judicatura Federal, 2013b y 2013c). Se evaluarían también los resultados de las visitas de inspección de los tribunales en donde hubieren sido titulares en los últimos 5 años (Consejo de la Judicatura Federal, 2013b y 2013c). Para el proceso de selección de jueces para las designaciones posteriores en los Tribunales de

---

<sup>17</sup> “How extensive the special knowledge should be and what type of knowledge or skills are needed (that is, special legal expertise, social context, technical or forensic knowledge) depend on the specialization and how different it is from the general court practice. Some specializations require more focused special legal expertise only; others require more understanding of certain non-legal substance matters (the technical or social context, for example) or different skills (such as the ability to communicate with children, mediate in family matters, and so on)”, (Gramckow y Walsh, 2013, p. 21), [Traducción de la autora].

<sup>18</sup> Para el cargo de juez(a) de distrito al menos debía ser de 10 años y para el cargo de magistrado(a) de al menos 15 años.

Competencia y Telecom, carecieron de perfiles o requisitos específicos (Álvarez, 2020).

### 3. *Proceso de selección*

...el método de selección y nombramiento, así como la experiencia profesional previa o el entrenamiento especializado de un candidato a un cargo judicial, garantizan en buena medida que el poder judicial será independiente de los otros poderes públicos y sociales, así como su fidelidad a la letra y el espíritu de la ley. (Fix-Fierro, 2013, p. 306).

El procedimiento de selección de jueces debe ser abierto y sujeto a escrutinio público, además de que debe buscar que exista diversidad (European Network for Councils for the Judiciary, 2012).

A nivel federal en México, el Consejo de la Judicatura Federal es el órgano del Estado Mexicano encargado de realizar el proceso de selección para jueces. Antes de la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación (2021), este se llevaba a cabo por medio de una convocatoria pública, la aprobación de un examen de conocimientos cuyas calificaciones más altas pasaban a la etapa de resolución de caso práctico y examen oral, a partir del cual un jurado<sup>19</sup> definía las personas que debían designarse y el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal otorgaba los nombramientos.<sup>20</sup> En la Ley de Carrera Judicial se establece el procedimiento para los concursos que involucrarán diversas etapas, algunas previstas en la propia ley y otras que definirá la Escuela Federal de Formación Judicial.

---

<sup>19</sup> El jurado está formado por una persona del Consejo de la Judicatura Federal, un juez ratificado o un magistrado ratificado (según si el concurso es para juez o magistrado), y una persona designada por el Instituto de la Judicatura Federal de entre los integrantes de su Comité Académico. Artículo 117 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

<sup>20</sup> Artículos 105 a 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente hasta y en los términos del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de junio de 2021.

En esta Ley de Carrera Judicial (2021) se prevé la existencia de concursos para órganos jurisdiccionales especializados que integrarán listas específicas para vacantes en dichos órganos.

Debe aclararse que uno es el procedimiento para convertirse en juez/magistrado y otro procedimiento es a qué tribunal se le asigna al juez/magistrado, a lo que se le conoce como la adscripción<sup>21</sup>. La Ley de Carrera Judicial (2021) prevé que la adscripción garantizará la especialización para lo cual se cubrirán las vacantes de órganos especializados con quienes hayan resultado vencedores en los concursos especializados que se lleven a cabo. A la fecha de concluir este artículo (junio de 2021), ninguna convocatoria o adscripción se había realizado con base en la Ley de Carrera Judicial.

En cuanto al primer procedimiento para la designación de jueces/magistrados en los Tribunales de Competencia y Telecom, este se realizó a través de una convocatoria pública para que los jueces/magistrados interesados, presentaran una solicitud expresando los motivos por los cuales deseaban formar parte de los Tribunales de Competencia y Telecom y debían cumplir con el perfil y requisitos señalados en el apartado “B. Perfil y Requisitos” anterior (Consejo de la Judicatura Federal, 2013b y 2013c).

Presentaron solicitudes 9 magistrados y 2 jueces, de los cuales únicamente 1 jueza y 3 magistrados cumplieron los requisitos y fueron nombrados como jueza del Primer Juzgado de Distrito y como magistrados del

---

<sup>21</sup> Previo a la expedición de la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial Federal (2021), la adscripción por parte del Consejo de la Judicatura Federal se basaba en diversos elementos (calificación obtenida en el concurso, grado académico y cursos, antigüedad y experiencia profesional, desempeño en el poder judicial federal), a los cuales les asigna una puntuación y “atendiendo a la necesidad del servicio” puede dar preferencia a personas con discapacidad y a jefes de familia que tengan también labores de cuidado de personas menores de edad o con necesidad de cuidados especiales (Consejo de la Judicatura Federal, 2006 según se ha reformado al 2019, artículos 31 a 36)

La última convocatoria realizada por el Consejo de la Judicatura Federal (2019) previo a la Ley de Carrera Judicial fue dirigida únicamente a mujeres para convertirse en juezas de distrito. En dicha convocatoria no se mencionaron en qué ciudad o en qué materia existían plazas para juezas, lo cual es la costumbre en las convocatorias del Consejo de la Judicatura Federal. En la convocatoria se señaló que las concursantes debían señalar el lugar de adscripción de su preferencia y que el Consejo resolvería en definitiva adscribiendo a las ganadoras del concurso preferentemente en el lugar que ellas hubieren seleccionado o donde fuera su lugar de residencia, considerando la calificación en el concurso, las plazas vacantes (sin señalar cuáles eran) y las necesidades del servicio. (Consejo de la Judicatura Federal, 2019b).

Primer Tribunal Colegiado de Circuito, ambos en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (Consejo de la Judicatura Federal, 2013d).

Para designar jueza/magistrados en el Juzgado Segundo y Segundo Tribunal Colegiado, el Consejo de la Judicatura Federal integró una lista de 16 jueces y 35 magistrados que cumplieran los requisitos de antigüedad y experiencia en materia administrativa, de donde el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal seleccionó a la jueza para el Segundo Juzgado y los magistrados para el Segundo Tribunal Colegiado (Consejo de la Judicatura Federal, 2013d).

Posterior a las primeras designaciones, cuando se ha tenido que cubrir alguna vacante<sup>22</sup>, no existe evidencia que hayan existido convocatorias públicas para que aquellos jueces interesados en formar parte de los Tribunales de Competencia y Telecom presentaran su solicitud.

La Ley de Carrera Judicial (2021) da sustento a un cambio en la manera de ocupar los cargos de jueces/magistrados en los Tribunales de Competencia y Telecom, toda vez que prevé expresamente la realización de concursos específicos para órganos jurisdiccionales especializados. En dichos concursos es conveniente que se evalúen conocimientos básicos de competencia económica y telecomunicaciones. Para ello es importante que la Escuela Federal de Formación Judicial incorpore de manera permanente cursos de capacitación en esas materias que incluyan aspectos económicos y técnicos de competencia y telecomunicaciones.

#### 4. *Plazo y rotación*

Aun cuando no existe un plazo definido como adecuado para la duración de los jueces en un tribunal especializado, Ginsburg y Wright (2013) señalan que, si el periodo en el que un juez estará en un tribunal especializado es limitado, entonces como sabrá que regresará después a un tribunal generalista, habrá menor incentivo a que los grupos de interés busquen influir en la selección del jueces.

---

<sup>22</sup> Se han tenido que cubrir vacantes por conclusión del plazo de adscripción, por readscripción, por promociones de juezas a magistradas, por jubilación y por fallecimiento. Para conocer el detalle de las juezas/jueces y magistradas/magistrados que han integrado los Tribunales de Competencia y Telecom, así como la duración en dichos cargos, véase Anexo 1 de Álvarez, 2020.

En el caso mexicano, la Constitución señala que deberá haber rotación de los jueces de los Tribunales de Competencia y Telecom, sin establecer un tiempo. Si bien la rotación llegó al texto constitucional, ni la exposición de motivos de la reforma constitucional ni los dictámenes de las comisiones en el Congreso de la Unión abordaron la justificación o conveniencia de la rotación (Iniciativa de Reforma Constitucional en Telecomunicaciones, 2013; Cámara de Diputados, 2013; Senado de la República, 2013).

Los actores relevantes en los Tribunales de Competencia y Telecom expresaron como positivo la existencia de la rotación para que exista “posibilidad de opiniones frescas”, para que “se cumplan ciclos” y se dé “paso a nuevas generaciones” (Álvarez, 2020 p. 48).

Las primeras designaciones para jueces en los Tribunales de Competencia y Telecom tuvieron plazos escalonados de entre 2 y 3 años, prorrogándose por 4 años más en algunos casos (Álvarez, 2020). Varios actores relevantes de los Tribunales de Competencia y Telecom estiman que el escalonamiento es algo positivo, pero que el plazo de 4 años para jueces especializados es insuficiente proponiendo plazos mayores de entre 6 y 10 años (Álvarez, 2020). Importantísimo es que los plazos para los cuales se nombre a un juez para los Tribunales de Competencia y Telecom, sean fijos y durante ese plazo no puedan ser removidos, cambiados o “readscritos”, salvo por causa grave y justificada (ver sección IV apartado F de este artículo).

Si bien las discusiones en torno a las personas en Tribunales de Competencia y Telecom se han centrado en los jueces, debe buscarse que también el personal cuente con el perfil, conocimientos y experiencia. En específico en México, los secretarios de estudio y cuenta y los secretarios proyectistas son pilar fundamental de los tribunales (generalistas y especializados, locales y federales), para la recepción, trámite, desahogo de pruebas, proyectar la sentencia y dar seguimiento al cumplimiento de esta. Dichos secretarios de los Tribunales de Competencia y Telecom reciben capacitación, acumulan conocimiento y experiencia. Sin embargo, la costumbre en el Poder Judicial Federal mexicano es que cuando a un juez lo cambian de adscripción a otro tribunal, los secretarios se van con él a su nueva adscripción. El nombramiento de secretarios proyectistas es considerado un puesto de confianza, su designación y remoción es libre (artículo 30 de la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación, 2021).

Lo anterior va en contra de la acumulación de conocimientos y experiencia dentro de los Tribunales de Competencia y Telecom, y ocasiona

que los nuevos secretarios deban pasar por una curva de aprendizaje en las materias especializadas. Por lo cual el plazo en que el personal de los juzgados y en específico los secretarios, están en un Tribunales de Competencia y Telecom debiera ser uno razonable para que acumulen conocimiento, lo pongan en práctica y puedan transmitirlo cuando lleguen nuevos jueces y nuevo personal a los tribunales.

### 5. *Capacitación*

La capacitación de jueces y el personal judicial es esencial. De acuerdo con la European Network of Councils for the Judiciary (2011), la capacitación debe ser de alta calidad al inicio y de manera continua, debiendo comprender lo relativo a las labores de ser jueces, cuestiones sociales, económicas y culturales, así como entrenamiento en habilidades (p. ej. saber escuchar, habilidades interpersonales). Adicional al conocimiento del Derecho, la capacitación debe incluir el de políticas públicas que llevaron a la creación de los tribunales especializados, áreas relacionadas y de las implicaciones de las decisiones judiciales (Gramckow y Walsh, 2013).

La capacitación debe incluir no sólo a jueces sino a todo el personal de los tribunales para que se forme una masa crítica de futuros jueces y personal judicial en tribunales especializados (Gramckow y Walsh, 2013). La capacitación debe identificar necesidades concretas de jueces y personal judicial e incluir capacitación internacional (Gramckow y Walsh, 2013).

Es importante destacar que la OCDE (2017) sugirió incluso que en los Tribunales de Competencia y Telecom tengan un mínimo de expertos técnicos y económicos internos para apoyar las decisiones judiciales, los cuales formarían parte del personal del juzgado y que requeriría capacitación también.

El Instituto de la Judicatura Federal (hoy Escuela Federal de Formación Judicial) mexicano desde la creación de los Tribunales de Competencia y Telecom realizó diplomados, cursos y seminarios sobre telecomunicaciones, radiodifusión y competencia, independientemente de otras capacitaciones en materias diversas. El primer curso en competencia y telecomunicaciones fue obligatorio para los primeros jueces designados para los Tribunales de Competencia y Telecom “para garantizar su profesionalización en todos los temas respectivos, considerando que la reforma

Constitucional vino a revolucionar todas estas materias” (Consejo de la Judicatura Federal, 2013D).

Debe insistirse en que la capacitación debe abarcar jueces y personal judicial, tanto para que conozcan todo como para que ese mismo personal pueda llegar a convertirse en jueces especializados. Finalmente, sería conveniente que antes de que un juez asumiera funciones en los Tribunales de Competencia y Telecom, tuviera oportunidad suficiente para capacitarse en los temas más importantes de competencia económica y telecomunicaciones.

## VI. CONCLUSIONES

Los tribunales y la justicia especializados deben analizarse en tribunales específicos, toda vez que los pros y contras de especializar un tribunal dependen de la materia de que se trate. Además de que las investigaciones sobre tribunales en específico resultarán de mayor utilidad para la toma de decisiones respecto a la creación o permanencia de tribunales en una materia en particular. También es relevante considerar el sistema jurídico del país, pues lo que son desventajas para algunas tradiciones jurídicas, para otras pueden ser ventaja o incluso la regla.

Los Tribunales de Competencia y Telecom fueron creados sin que existiera un análisis profundo de su pertinencia, siendo más bien un producto derivado porque con la reforma constitucional se buscaba reducir el número excesivo de litigios por diferentes medios de defensa y prohibir las suspensiones de los actos de los reguladores de competencia y telecomunicaciones. De cualquier manera, estos tribunales creados en 2013 cumplen con criterios que favorecen la especialización tal como ser áreas de complejidad técnica y muy dinámicas.

Existe necesidad de realizar investigación enfocada a las consecuencias de la especialización de tribunales. Para ello se sugiere que sea sobre tribunales especializados en específico como pueden ser los Tribunales de Competencia y Telecom, definiendo métricas para identificar si hay más o menos deferencia a las autoridades, si los litigantes y los jueces utilizan o no conocimientos técnicos o especializados en su argumentación, si se eleva o no el estándar de revisión judicial en aspectos técnicos o especializados, etcétera.

La eficiencia de los tribunales especializados tiene varias vertientes (ingresos-egresos; celeridad; cumplimiento de objetivos de política pública), por lo que debe realizarse investigación y análisis sobre tribunales especializados en específico y con base en el tipo de eficiencia relevante a la materia que vaya a redundar en una mejor justicia especializada.

La calidad es una de las virtudes que se destacan de los tribunales especializados, aunque puede interpretarse de múltiples formas. En mi opinión la calidad debe evaluarse mediante un análisis a profundidad de expedientes judiciales para ver si las partes argumentaron aspectos técnicos o especializados y si las decisiones judiciales evidencian conocimiento técnico, económico, regulatorio y de política pública. Este tipo de investigación debe hacerse con una metodología especial y con expertos independientes, debiendo revisar las posiciones de las partes (p. ej. demandas, contestaciones de demanda, informes de las autoridades, sentencias judiciales), identificar si se presentan argumentos técnicos o especializados y las pruebas exhibidas.

A diferencia de otros casos presentados en la literatura analizada para este artículo, en los Tribunales de Competencia y Telecom no existe evidencia que las ideologías de los jueces hayan trascendido de una manera diferente a como lo habrían hecho en un tribunal generalista. Tampoco está demostrado que las sentencias de los juicios en telecomunicaciones en estos tribunales hayan tenido una tendencia a conceder amparos, a negarlos, ni a sobreseerlos, por lo cual no puede afirmarse ni rechazarse que exista una deferencia a la autoridad. Además de que se requeriría realizar una revisión a profundidad de los expedientes para poder llegar a una conclusión en ese sentido.

De las desventajas de los tribunales especializados, la literatura destaca que una es los conflictos competenciales que puede surgir. Si bien en los Tribunales de Competencia y Telecom han existido este tipo de conflictos, no debieran ser un impedimento para la existencia de este tipo de tribunales. Además, conforme pasa el tiempo, se va delimitando la competencia con lo cual las disputas competenciales deben reducirse significativamente.

La independencia de los jueces está relacionada con el plazo de los jueces (p. ej. determinados años, vitalicia) y la garantía de no reducción de los salarios, lo cual es independiente de si son jueces generalistas o especializados. En el Poder Judicial Federal de México los nombramientos de jueces son por plazos fijos durante los cuales no podrán ser removidos,

salvo causa grave, y existe la garantía de no reducción de los salarios en la Constitución.

No obstante, lo anterior, los plazos para los cuales son designados los jueces para los Tribunales de Competencia y Telecom, han sido modificados por el Consejo de la Judicatura Federal sin que exista causa justificada, ni mucho menos causa grave. De ahí que, para abonar a la independencia de jueces en estos tribunales, los plazos de designación o adscripción a los Tribunales de Competencia y Telecom deben ser por una temporalidad durante la cual no puedan ser cambiados de tribunal, ni removidos, salvo que se demuestre falta grave y se haga pública la decisión de cara a la sociedad. Asimismo, deben existir criterios objetivos, transparentes y públicos para la prórroga de los nombramientos de jueces en dichos tribunales.

El procedimiento para seleccionar a jueces para tribunales especializados debe iniciar con el diseño de un perfil adecuado para la materia y los requisitos que deben cumplirse para aspirar al cargo. El perfil y los requisitos deben ser públicos previa a cualquier convocatoria al concurso para ocupar los cargos. Existen competencias y habilidades básicas que cualquier juez debe tener, a las que deben agregarse competencias y habilidades necesarias específicamente por la materia de especialización del tribunal.

El Consejo de la Judicatura Federal acostumbraba hacer convocatorias para concursar para convertirse en juez sin señalar en qué materia había vacantes, ni en qué ciudades serían. De entre las personas ganadoras del concurso, dicho Consejo decidía a qué tribunales se irían los jueces. Este procedimiento puede mejorarse en general para cualquier tipo de juzgado, con más transparencia (p. ej. identificar los tribunales, materias y ciudades disponibles).

Por cuanto hace a los Tribunales de Competencia y Telecom, la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación (2021) abre la posibilidad de que se realicen concursos específicos para ocupar cargos. Sería una buena práctica que se les realizara un examen de conocimientos básicos de competencia y telecomunicaciones. Si no hubiere interesados en convertirse en jueces de estos tribunales, entonces el Consejo podría buscar qué jueces de tribunales generalistas tendrían el perfil y requisitos para un adecuado desempeño en materias que presentan complejidad técnica, económica, regulatoria y de política pública, y cuyo dinamismo es constante.

La capacitación de jueces y del personal judicial es fundamental, debiendo impartirse de manera constante, de conocimientos y competencias judiciales generales y de aquellas necesarias por la materia de especialidad. Sería conveniente que previamente a asumir el cargo de jueces en Tribunales de Competencia y Telecom, se les proporcionara capacitación en los temas más importantes de competencia y telecomunicaciones. Además, la Escuela Federal de Formación Judicial debiera impartir de manera permanente cursos de conocimientos en esas materias que incluyan aspectos económicos y técnicos de competencia y telecomunicaciones.

Finalmente, debe buscarse que no sólo los jueces tengan garantías de inamovilidad y capacitación, sino que debiera ser extensivo a otras personas de los Tribunales de Competencia y Telecom con lo son los secretarios de acuerdos y proyectistas.

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

ÁLVAREZ, Clara-Luz (2018). Telecomunicaciones y Radiodifusión en México. Ciudad de México: Posgrado en Derecho de la UNAM. Recuperado el 4 de julio de 2020 de <http://claraluzalvarez.org/?p=416>.

ÁLVAREZ, Clara-Luz (2020). Tribunales Especializados en Telecomunicaciones: Experiencia y Estadísticas. Ciudad de México: Universidad Panamericana.

Aristegui Noticias (2021, 26 de abril). “Juez desecha 53 demandas de amparo contra Padrón de Telefonía Móvil”, Aristegui Noticias, 26 de abril de 2021, <https://aristeguinoticias.com/2604/mexico/juez-desecha-53-demandas-de-amparo-contr-padron-de-telefonía-movil/>.

BAUM, Lawrence (2009) “Probing the Effects of Judicial Specialization,” *Duke Law Journal* 58:1667–84.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2013). Dictamen en sentido positivo a la iniciativa con proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78 y 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. Ciudad de México, 14 de marzo de 2013.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2019). Oficio CPC/383/2019 de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, de 28 de abril de 2019.

- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (s.f.). respuesta a la solicitud de información con número de folio 1011100012619.
- Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (2019). Oficio 12C.256/2019 de Unidad de Transparencia de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, de 14 de mayo de 2019.
- Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (s.f.). Oficio de respuesta a la solicitud de información con número de folio 0220000011919.
- CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2006). Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, publicado en el Diario Oficial de la Federación y según ha sido modificado (última reforma el 17 de octubre de 2019).
- CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2011). Acuerdo General 1/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma el segundo párrafo de los puntos quinto del Acuerdo General 18/2007 y sexto del Acuerdo General 34/2007, reformados y adicionados por el diverso Acuerdo General 50/2008 todos del propio Pleno, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 2011.
- CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2013a), Acuerdo General 22/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación como Juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción territorial en toda la República. A la conclusión de funciones de los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región y su transformación como Primer y Segundo Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República. Así como su domicilio, fecha de inicio de funcionamiento y a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los Órganos Jurisdiccionales indicados. Y al cambio de denominación de la oficina de correspondencia común del Centro Auxiliar de la Primera Región, publicado el 9 de agosto de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL(2013b). Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece el perfil que deberán reunir los titulares de los órganos jurisdiccionales en materia administrativa especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, la invitación a los jueces y magistrados interesados en participar y el procedimiento de designación de los mismos, 7 de agosto de 2013.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2013c). Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que aclara y precisa el perfil que deberán reunir los titulares de los órganos jurisdiccionales en materia administrativa especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, 28 de agosto de 2013.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2013d). Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal el 18 de septiembre de 2013.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2014). Atlas jurisdiccional 2014, Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2015a). Acuerdo General 8/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2015b). Oficio SEADS/849/2015 del Secretario Ejecutivo de Adscripción, de 4 de septiembre de 2015.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2018) Acuerdo General 57/2018 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al cambio de denominación de los Tribunales Unitarios en Materias Civil y Administrativa del Primer Circuito, publicado el 14 de diciembre de 2018 en el Diario Oficial de la Federación.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2019a). Oficio SECNO/1068/2019 de la Secretaría Ejecutiva de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal, de 10 de abril de 2019.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2019b). Convocatoria al primer concurso interno de oposición para la designación de Juezas de Distrito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 2019.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2019c) Acuerdo General 23/2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la denominación, residencia, competencia, jurisdicción territorial, domicilio y fecha de inicio de funciones del Cuarto Tribunal Unitario en Materias

Civil, Administrativa y Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones del Primer Circuito; así como a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los Tribunales Unitarios de la Semiespecialidad y Circuito indicados; y que reforma el similar 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito, publicado el 13 de noviembre de 2019 en el Diario Oficial de la Federación.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (s.f.). Respuesta de la Unidad de Transparencia a la solicitud de información con número de folio 0320000201119.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Constitución Mexicana).

CRUZ, René. (2021). “Juez concede las dos primeras suspensiones definitivas contra el PANAUT”, MVS Noticias, 28 de abril de 2021, <https://mvsnoticias.com/noticias/seguridad-y-justicia/juez-concede-las-dos-primeras-suspensiones-definitivas-contra-el-panaut/>.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (2021). Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de abril de 2021.

EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY (2011). *Councils for the Judiciary Report 2010-2011*. Dublin: European Network of Councils for the Judiciary.

EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY (2012). *Dublin Declaration on Standards for the Recruitment and Appointment of Members of the Judiciary*. Dublin: European Network of Councils for the Judiciary.

FIX-FIERRO, Héctor (2013). *Tribunales, Justicia y Eficiencia*. Ciudad de México: UNAM.

GINSBURG, Douglas, y WRIGHT, Joshua (2013). “Antitrust Courts: Specialists versus Generalists”, *Fordham International Law Journal*, Volume 36, Issue 4 2013 Article 5o.

- GONZÁLEZ, Hugo. 2015. “Pura gente importante... y preocupada”, *Milenio*, 7 de septiembre de 2015, <https://www.milenio.com/opinion/hugo-gonzalez/tecno-empresa/pura-gente-importante-y-preocupada>.
- GRAMCKOW, Heike, y WALSH, Barry (2013). *Developing Specialized Court Services*. Washington, D. C.: Banco Mundial.
- HERNÁNDEZ, César, “La regulación y el sistema judicial se dan la mano: Los litigios del espectro radioeléctrico 2008-2011”, en Mariscal, Judith (editora), *Licitación 21*, CIDE, México, 2014, pp. 95-144.
- Iniciativa de reforma constitucional en telecomunicaciones* (2013). Iniciativa de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (Enrique Peña Nieto) ante la Cámara de Diputados el 11 de marzo de 2013.
- INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT) (2019). Oficio IFT/212/CGVI/UT/1255/2019 de la Unidad de Transparencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones, de 14 de mayo de 2019.
- Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2021.
- Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de mayo de 1995 y según fue modificada (última reforma el 1 de mayo de 2019). Nota: por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de junio de 2021, se expidió una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio *et al.* (2017). *Especialización Judicial y Deferencia*. En *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, GARCÍA, Adriana y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coords.). Ciudad de México: CIDE.
- MVS Noticias. (2021, 28 de abril). “Juez concede las dos primeras suspensiones definitivas contra el PANAUT”, MVS Noticias, 28 de abril de 2021, <https://mvsnoticias.com/noticias/seguridad-y-justicia/juez-concede-las-dos-primeras-suspensiones-definitivas-contra-el-panaut/>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2012) *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2017). *Estudio de la OCDE sobre Telecomunicaciones y Radiodifusión en México 2017*.

PODER JUDICIAL FEDERAL (2018a). “Instituto Federal de Telecomunicaciones. La representación de los desacuerdos formulados por los concesionarios que previamente tengan interconectadas sus redes debe hacerse, por regla general, dentro del lazo previsto en el artículo 129, penúltimo párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, Tesis: PC.XXXIII.CRT J/14 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, Marzo de 2018, Tomo III, Pág. 2673, 2016435.

PODER JUDICIAL FEDERAL (2018b). “Concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones. El auto admisorio de la demanda de amparo promovida en contra de la decisión del Instituto Federal de Telecomunicaciones que decide no sancionar a diverso concesionario por el presunto incumplimiento a las condiciones de su título de concesión, no es la actuación oportuna para decidir si el promovente tiene o no interés”, Tesis: PC.XXXIII.CRT. J/13 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 57, Agosto de 2018, Tomo II, Pág. 1532, 2017662.

PODER JUDICIAL FEDERAL (2018c). “Multa prevista en el artículo 298, inciso E), fracción I, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Es aplicable a todas las personas que faciliten o entreguen servicios de telecomunicaciones y radiodifusión de uso público o privado, sin contar con la concesión o autorización”, Tesis: PC.XXXIII.CRT. J/17 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo II, Pág. 696, 2018885.

PODER JUDICIAL FEDERAL (2019a). “Telecomunicaciones. No debe concederse al quejoso el acceso en el juicio de amparo al dictamen confidencial en el que se sustenta la improcedencia de una denuncia contra el agente económico preponderante en aquel sector, si ésta es la materia del juicio”, Tesis: PC.XXXIII.CRT J/18 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo II, Pág. 2190, 2019203.

PODER JUDICIAL FEDERAL (2019b). “Competencia para conocer de los juicios de amparo indirecto promovidos contra la regulación en materia de desarrollo urbano, estatal o municipal, cuando las disposiciones relativas incidan en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión. Corresponde a los juzgados de distrito

- en materia administrativa especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones”, Tesis: PC.XXXIII.CRT. J/19 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario del Semanario Oficial de la Federación, Libro 65, Abril de 2019, Tomo II, Pág. 1522, 2019660.
- PODER JUDICIAL FEDERAL (2019c). “Tercero interesado en el juicio de amparo indirecto. CFE suministrador de servicios básicos tiene ese carácter cuando, entre otros, se reclame el acuerdo número A/058/2017 de la Comisión Reguladora de Energía”, Tesis: PC.XXXIII.CRT. J/20 A (10a.), 10ª Época, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo II, Pág. 1847, 2021017.
- POSNER, Richard A. (1983). “Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function,” 56 Southern California Law Review 761 (1983).
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2019a). Oficio de 10 de abril de 2019 del Director de Análisis Jurídico y de Gestión Documental de la Oficina de la Presidencia en respuesta a la solicitud de información con número de folio 0210000097719.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2019b). Oficio de 10 de abril de 2019 del Director de Análisis Jurídico y de Gestión Documental de la Oficina de la Presidencia en respuesta a la solicitud de información con número de folio 0210000097919.
- ROLDÁN, José, “La Licitación 21. Intereses, jueces y estrategias en la “justicia cautelar”, en Mariscal, Judith (editora), Licitación 21, CIDE, México, 2014, pp. 145-203.
- SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES (SCT) (s.f.). Respuesta de la Unidad de Enlace para la Transparencia y Acceso a la Información, a la solicitud de información con número de folio 0000900130019.
- SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES (2019). Respuesta de 22 de abril de 2019 de la Unidad de Enlace para la Transparencia y Acceso a la Información de la Subsecretaría de Comunicaciones, a la solicitud de información con número de folio 0000900129919.
- SENADO DE LA REPÚBLICA (2013). Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía; y Estudios Legislativos, con la opinión de

las Comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la Minuta con proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78 y 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. Ciudad de México, 18 de abril de 2013.

SENADO DE LA REPÚBLICA (2019a). Oficio SGSP/1904/280 de la Secretaría General de Servicios Parlamentarios del Senado de la República, de 22 de abril de 2019.

SENADO DE LA REPÚBLICA (2019b). Oficio SGSP/1904/281 de la Secretaría General de Servicios Parlamentarios del Senado de la República, de 22 de abril de 2019.

SIGLER, Edgar. (2015). “Pierden´ abogados en tribunales especializados”, *El Financiero*, 14 de septiembre de 2015, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/pierden-abogados-en-juzgados-especializados>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018a). “Lineamientos de clasificación de contenidos audiovisuales de las transmisiones radiodifundidas y del servicio de televisión y audio restringidos. La competencia para conocer de los juicios de amparo en los que se demanda su inconstitucionalidad corresponde a los juzgados de distrito en materia administrativa”, Tesis: 2a./J. 44/2018 (10a.), 10ª Época, Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo II, Pág. 1638, 2016933.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018b). “Órganos jurisdiccionales en materia administrativa especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. Son competentes para conocer de los juicios de amparo o sus recursos cuando los actos reclamados tengan como objetivo crear condiciones de libre competencia y concurrencia en el mercado de los petrolíferos, como lo son la determinación de los precios de las gasolinas y el diésel”, Tesis: 2a./J. 68/2018 (10a.), 10ª Época, Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, Pág. 425, 2017325.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019a). Folio Interno UT/I/0178/2019 de Transparencia y Acceso a la Información de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 8 de abril de 2019.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019b). Folio Interno UT/I/0179/2019 de Transparencia y Acceso a la Información de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 8 de abril de 2019.

TEJADO, Javier (2015). “Los juzgados captados por el regulador”, El Universal, 8 de septiembre de 2015, <https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/javier-tejado-donde/cartera/2015/09/8/los-juzgados-cooptados-por-el>.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## 200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021)

### *Two hundred years of Colombian National Constitutions (1821-2021)*

*Recepción:* 17 de febrero de 2021

*Aceptación:* 21 de mayo de 2021

Hugo Andrés ARENAS MENDOZA \*

**RESUMEN:** Este artículo de investigación intenta establecer las razones por las que se han producido los cambios de constituciones a través de la historia colombiana; para esto, se debe analizar el contexto histórico en que se produce cada una de ellas, específicamente, se estudiarán las cartas fundamentales de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 y la vigente de 1991. Para esto, se utilizará tanto el método histórico-jurídico como el inductivo, lo que permite sacar algunos parámetros para entender los cambios constitucionales y su relación con los factores reales de poder. En conclusión, los cambios constitucionales en Colombia han obedecido a diferentes causas como la independencia ante la corona española, las guerras civiles, las crisis económicas y las causas religiosas.

**Palabras clave:** Constituciones, Colombia, violencia, historia y poder constituyente.

**ABSTRACT:** *This research article seeks to establish the reasons why constitutional changes have occurred throughout Colombian history. It is first necessary to briefly present the constitutional history of these past two hundred years. Specifically, the Constitutions of 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 and the current of 1991, will be studied and the historical context within which each one occurred will be analyzed. This study uses both historical-legal and inductive analytical methods, which allows us to draw some parameters to understand constitutional changes and their relationship with the real elements of power. In conclusion, Colombia's constitutional changes have arisen due to different causes such as independence from the Spanish crown, civil wars, economic crises and religious causes.*

**Keywords:** *Constitution, Colombia, violence, history and constituent power.*

---

\* Abogado y Sociólogo. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca y Doctor en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università di Trento. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [hugo.arenas@urosario.edu.co](mailto:hugo.arenas@urosario.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2832-5224>.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *El nacimiento de la Constitución de la República de Colombia de 1821*. III. *El surgimiento de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830*. IV. *El origen de la Constitución de la Nueva Granada de 1832*. V. *La creación de la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1843*. VI. *La Constitución Política de la Nueva Granada de Colombia de 1853*. VII. *La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858*. VIII. *La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863*. IX. *La Constitución Política de la República de Colombia de 1886*. X. *La Constitución Política de 1991*. XI. *Conclusiones*. XII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la Revolución de los Comuneros de 1781, que se presentó por aumentos tributarios, se empezaron a deteriorar las relaciones con la corona española, hechos que continuaron durante el siglo XIX. Así, el 20 de julio de 1810 inició la independencia nacional en contra de la colonización, que trajo como resultado natural la expedición de Constituciones desde diversos lugares, la primera fue la de Cundinamarca de 1811; a partir de ésta, existieron otras importantes cartas que tampoco eran nacionales.<sup>1</sup> Las primeras normas fundamentales del periodo de la independencia, comprendido entre 1810 y 1819, fueron basadas en concepciones iusnaturalistas y liberales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> “Durante este periodo, hubo otras constituciones provinciales: las del Socorro, de agosto 15 de 1810; Tunja, de diciembre 9 de 1811; Antioquia, de marzo 21 de 1812 y julio 12 de 1815; Cartagena, de junio 15 de 1812; Pamplona, de 22 de mayo de 1815; Mariquita, de junio 21 de 1815; y Neiva, de agosto 31 de 1815. Estas ocho cartas, si bien ricas en novedades jurídicas y veleidades políticas, no merecen mención especial en un estudio como este por dos razones: porque todas ellas siguieron el camino de los documentos inaugurales y divergentes de 1811, y porque tuvieron muy pocos efectos prácticos, si es que tuvieron alguno, debido a las guerras de la época: la guerra constitucional, la guerra civil y la guerra de independencia. Más aún, cualquier Carta constitucional provincial o nacional que proclamara la independencia de la Nueva Granada y la soberanía de los neogranadinos, desaparecieron con la violenta reconquista española” (Valencia Villa, 2018, pp. 132-133).

<sup>2</sup> “Se caracterizó por la proliferación de declaraciones de independencia al estilo norteamericano, inspiradas en principios de carácter iusnaturalistas que invocaban de *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

A partir del triunfo del ejército libertador, bajo la dirección de Simón Bolívar, el 20 de agosto de 1819 nace la Gran Colombia, conformada principalmente por los territorios actuales de Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Panamá.<sup>3</sup>

La Constitución de la República de Colombia del 30 de agosto de 1821 es la primera Constitución nacional de la segunda república, es decir, después de la independencia definitiva de nuestro país del imperio español.<sup>4</sup> A continuación, respondiendo a cada contexto determinado que presentaba variaciones en los factores de poder, se expedirían otras ocho Constituciones colombianas.

Este trabajo pretende responder a la pregunta sobre ¿cuáles son las razones por las que se han producido los cambios de Constituciones a través de la historia colombiana? Para responder a esta interrogante es necesario presentar brevemente la historia constitucional colombiana de estos doscientos años, es decir, desde la primera Constitución nacional de 1821 hasta nuestros días, y analizar el contexto histórico en que se produce cada una de ellas.

Para ello, se utilizará el método histórico-jurídico y el inductivo para sacar algunas conclusiones que nos permitan entender la manera en que se han producido los cambios constitucionales y su relación con los facto-

---

rechos superiores y connaturales del hombre para efectos de justificar las decisiones de independencia respecto del Estado español y la consecuente formación de Estados o Repúblicas soberanas. A la par de las declaraciones, y fundamentalmente en el caso colombiano, la adopción de un buen número de constituciones políticas por las principales provincias integrantes del entonces virreinato de la Nueva Granada, en donde se recogían no solo los postulados clásicos del Estado liberal profesado por Locke, Montesquieu y Rousseau, sino también instituciones, órganos funciones y principios que veinte años atrás habían adoptado y desarrollado los revolucionarios norteamericanos y franceses” (Santofimio Gamboa, 2017, p. 167).

<sup>3</sup> “Tras el triunfo de Boyacá de agosto de 1819, Simón Bolívar pudo cristalizar sus ideas integracionistas triunfantes en el Congreso de Santo Tomás de Angostura convocado en diciembre de ese año y reunido en mayo de 1821, donde se aprobó una Ley Fundamental (17 de julio) que fundía los territorios correspondientes a la Capitanía General de Venezuela, el Virreinato de la Nueva Granada y la Presidencia de Quito en una sola Nación, la República de Colombia, dividida en tres grandes departamentos (Venezuela, Nueva Granada —ahora Colombia— y Quito)” (Mayorga García, 2010, pp. 70 y 71).

<sup>4</sup> “La Constitución de Cúcuta es el primer texto constitucional que se promulgó para nuestro país, junto con Venezuela y Ecuador, luego de producirse el rompimiento definitivo de España. Aparentemente esta carta representó un distanciamiento contundente con las instituciones constitucionales” (Malagón Pinzón, 2012, p. 52).

res reales de poder, puesto que, como lo explica Ferdinand Lasalle (1996), “...la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social...” (pp. 37 y 38).

La historia del constitucionalismo colombiano nos hace pensar que las normas fundamentales nacen como pactos políticos entre las elites y normalmente al finalizar una guerra civil. Una visión muy acertada es la presentada por Valencia Villa (2018) en uno de los más grandes trabajos de derecho constitucional colombiano, titulado “Cartas de batalla”, con lo que quiere significar que el ganador imponía su nueva Constitución y con ella su visión sobre lo que debía ser el país. Puntualmente afirma: “Tras esta nueva travesía por el laberinto, el desafío sigue siendo el mismo: comprender las funciones reales del derecho, más allá de las apariencias y las formulaciones del derecho. «Hay que oír el estruendo de la batalla en el cielo de las constituciones»”.

A partir de lo anterior se puede hacer una breve síntesis del origen de las nueve Constituciones colombianas: la primera, de 1821, se origina por la independencia ante los españoles gracias a la victoria de Bolívar del Puente de Boyacá en 1819; la segunda, establecida en 1830, se produce como consecuencia de la imposición del pensamiento del libertador sobre el de Santander con el fin de unificar parte de América del Sur, pero se dice que nació muerta porque la disolución era inevitable; la tercera, firmada en 1832, surge con la derrota del proyecto unificador y la muerte de Bolívar, y así el espacio dejado por el libertador fue llenado por las ideas impulsadas por Santander de crear un Estado independiente formado a través de las provincias del centro, que se denominaría “La Nueva Granada”; la cuarta Constitución es la de 1843, que se origina al terminar la “Guerra de los Supremos”, donde se ocupa el vacío de poder dejado por Santander; la quinta es la de 1853, que está impulsada por la entrada de un nuevo actor a la arena política, se trata del surgimiento de la clase burguesa en Colombia y la introducción del pensamiento liberal; la sexta, la de 1858, es ese tránsito al pensamiento liberal, con la llegada tanto de una gran carta de derechos como la introducción de una forma de estado federal; la séptima, la de 1863, fue la más radical de la ideología liberal de Colombia, resultado de la victoria de los liberales en la guerra de 1860-1861; la octava, la de 1886, la que más años subsistió, nace de la victoria de los conservadores

en la guerra de 1885-1886; y, finalmente, la novena, de 1991, que cumple 30 años de vigencia, surge en un momento de una grave guerra interna que libró el Estado en contra de los narcotraficantes y los grupos ilegales que habían puesto en jaque los pilares fundamentales del país (todas estas ideas son presentadas y sustentadas brevemente en este artículo).

Así, el objetivo general de esta investigación es identificar el contexto histórico-jurídico que contribuyó al nacimiento de las Constituciones colombianas nacionales. Por esto, sus objetivos específicos son: a) presentar el contexto histórico en que surgieron las Constituciones colombianas; b) conocer las principales etapas del constitucionalismo colombiano; c) identificar la ideología que las orientó, y d) establecer algunas conclusiones sobre la información analizada.

En este orden de ideas, se deben retomar las palabras de uno de los principales constitucionalistas colombianos de todos los tiempos, Diego Uribe Vargas (1985), que afirma:

Las constituciones de Colombia analizadas a la luz de la técnica jurídica, o sometidas a la crítica rigurosa de la exégesis, sin la perspectiva de los antecedentes, y de aquellos protagonistas que en unos casos los encarnaron y en otros les impusieron su propia dinámica, sería labor incompleta, quizá útil para el jurista erudito, pero de ninguna manera al alcance de quien a través de la historia de las instituciones pretende descubrir las huellas dactilares de la personalidad de la nación, su pasado, el presente, y los hechos que preparan el futuro (p. 24).

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el importante marco para la historia colombiana, tanto de los 200 años de la primera Constitución nacional —la de 1821— como los 30 años de la Constitución de 1991, este escrito se divide en los siguientes apartados: el nacimiento de la Constitución de la República de Colombia de 1821 (II); el surgimiento de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830 (III); el origen de la Constitución de la Nueva Granada de 1832 (IV); la creación de la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1843 (V); la Constitución Política de la Nueva Granada de Colombia de 1853 (VI); la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 (VII); la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 (VIII); la Constitución Política de la República de Colombia de 1886 (IX), y la Constitución Política de 1991 (X).

## II. EL NACIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1821

La primera carta magna nacional fue la Constitución de la República de Cúcuta de 1821 o Constitución de Cúcuta,<sup>5</sup> que se produjo después de la victoria definitiva en contra de la corona española en 1819. La “Gran Colombia” estaba constituida por los territorios de los actuales países de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela. De esta forma, como lo recuerda David Bushnell (2007):

Unos meses después de la victoria de Boyacá, el Congreso de Angostura (hoy ciudad de Bolívar, en el bajo Orinoco), proclamó la unión de todo el territorio que anteriormente conformaba el virreinato de la Nueva Granada como una nación única con el nombre de República de Colombia. En aquel momento, el actual Ecuador estaba totalmente dominado por los españoles y la Nueva Granada solamente contaba con representación simbólica en el Congreso. Sin embargo, en lo que respecta a la Nueva Granada y Venezuela, la unión ya era un virtual *fait accompli* por la manera en que se había conducido la lucha militar por la independencia. Unos ejércitos libertadores, indiscriminadamente compuestos por venezolanos y neogranadinos, habían cruzado las fronteras una y otra vez, y a la larga todos habían aceptado el comando supremo del venezolano Simón Bolívar; el mismo libertador apoyaba fuertemente la causa de la unión (p. 85).

Además de la influencia del propio pensamiento del libertador Simón Bolívar,<sup>6</sup> esta Constitución tuvo como padres intelectuales a José Restrepo, Vicente Azuero, Luis de Mendoza, Fernando Gómez y José Cornelio

---

<sup>5</sup> “Se reúne en Cúcuta un congreso constituyente que sanciona la ley fundamental de Santo Tomás de Angostura. Lo preside José Félix de Restrepo. Instalado el 1o. de enero de 1821, expide la Constitución de la Gran Colombia el 30 de agosto” (Sáchica, 1996, p. 80).

<sup>6</sup> “Arranquemos pues con el proyecto de Constitución de 1819. Este nació del discurso pronunciado por El Libertador en el Congreso que se reunió para tal efecto en la aludida ciudad.

Bolívar argumentó que el régimen de gobierno republicano es y debe seguir siendo el que debe adoptarse. Este se fundamenta en la soberanía popular, en la división de poderes, en la libertad civil, en la proscripción de la esclavitud, en la abolición de la monarquía” (Malagón Pinzón, 2007, p. 91).

Valencia<sup>7</sup> y se basó en algunas de las ideas de las Constituciones de Estados Unidos de 1787, de Francia de 1789 y de Cádiz de 1812.<sup>8</sup> Respecto a los lineamientos esenciales de la primera norma fundamental nacional colombiana, Gustavo Samper Bernal (1957) explica:

Son características de la Constitución de 1821: centralismo político y administrativo; un ejecutivo poderoso; gobierno popular y representativo; protección de las garantías individuales; seguridad personal, libertad, propiedad inviolable y sagrada; igualdad ante la ley. Se dividen los poderes públicos en tres ramas: Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Se da plena intervención del pueblo en la formación de las leyes por medio de sus representantes. Se erige un poder judicial al amparo de intrigas y del interesado ascendiente de los ricos. Se proclama la religión católica, apostólica y romana como la del Estado colombiano. Fue como lo afirmó públicamente Simón Bolívar ‘una ley de unión, de igualdad y libertad’. Por otra parte, ese era el ideal acariciado por el Libertador desde 1819, ‘Unidad debe ser nuestra divisa’, les decía a sus amigos en Santo Tomás de Angostura” (p. 21).

La Constitución tiene 191 artículos, que se dividen en los siguientes diez títulos: I. De la nación colombiana y de los colombianos; II. Del territorio de Colombia y de su gobierno; III. De las asambleas parroquiales y electorales; IV. Del Poder Legislativo; V. Del Poder Ejecutivo; VI. Del Poder Judicial; VII. De la organización interior de la república; VIII. Disposiciones generales; IX. Del juramento de los empleados, y X. De la observancia de las leyes antiguas; interpretación y reforma de esta Constitución.<sup>9</sup>

Sobre su contenido se puede destacar que es una gran extensión territorial, con soberanía nacional, independiente de España, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, apoya la religión católica pero no la establece como la

<sup>7</sup> “La gran colombiana de 1821 fue obra de José Manuel Restrepo, Vicente Azuero, Luis de Mendoza, Diego Fernando Gómez y José Cornelio Valencia” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 14).

<sup>8</sup> “Pero no podía ser sino una obra tan perfecta como las circunstancias lo permitieron no obstante que sus autores la venían estudiando desde 1819. Es un trabajo meditado y serio. Su redacción es concisa. Su inspiración se encuentra en las constituciones de Francia, los Estados Unidos y Cádiz” (Samper Bernal, 1957, p. 21).

<sup>9</sup> Constitución Política de Colombia de 1821. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 55-88).

oficial, conservadora, y se consagran once derechos (o libertades fundamentales).

De esta forma, en la Constitución de 1821 se evidencia claramente el poder constituyente porque surge de un cambio en los factores de poder, específicamente cuando se produce la derrota de los españoles en la batalla de Boyacá del 7 de agosto de 1819 y se empieza a formar una nueva nación independiente, que será conformada por estos antiguos territorios (y los que se van independizando), de donde nacerá la Gran Colombia.

### III. EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1830

La segunda carta fundamental nacional se produce en 1830, recoge parte del pensamiento republicano de Bolívar<sup>10</sup> acogido en la carta boliviana de 1826. Coincidiendo con los principales historiadores,<sup>11</sup> la Constitución de 1830 estaba condenada a muerte y con ella era inminente la disolución del sueño de Simón Bolívar de unión de las repúblicas liberadas.

Para entender el cambio constitucional se debe recordar que existían proyectos de separación por parte de los caudillos, principalmente venezolanos y ecuatorianos, quienes sostenían la idea de que la Gran Colombia debería terminar.<sup>12</sup> De este modo, desde que se estaba escribiendo la nueva Constitución, muchos pensaban que era una tarea sin sentido, debido a las claras divisiones, y que era mejor adoptar una ley fundamental que coincidiera con la realidad.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> “Nosotros tenemos otros argumentos que nos llevan a plantear que la ideología de Simón Bolívar perteneció al pensamiento republicano, y no a las ideas liberales” (Mala-gón Pinzón, 2007, p. 75).

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Uribe Vargas (1985); Restrepo Piedrahita (2009); Samper (1951).

<sup>12</sup> “La última de las naciones que conformaban la Gran Colombia que perseveró en el proyecto de mantener la unidad fue la Nueva Granada, cuyos esfuerzos en tal sentido no solo se materializaron en la Constitución de 1830, sino en la amplitud para discutir fórmulas que fuesen compatibles con las aspiraciones crecientes de autonomía seccional. Venezuela y el Ecuador habían ido demasiado lejos, impulsadas por el espíritu vindicatorio de los caudillos militares, y aprovechando el desorden institucional de las horas finales de la Gran República” (Uribe Vargas, 1985, p. 116).

<sup>13</sup> “Para los bolivarianos, el intento de salvar la República de Colombia serviría de justificación para mantener a Bolívar en el poder, cosa que también deseaban por otras

En aquel tiempo fue evidente que la Constitución era discutible y mucho más si se tiene en cuenta el fallido intento de su reforma en la Convención de Ocaña de 1828;<sup>14</sup> así surgió el Decreto orgánico del 27 de agosto de 1828. En este entorno desfavorable,<sup>15</sup> el 5 de mayo de 1830 nacería la siguiente Constitución Política de la República de Colombia, norma que fue redactada por el denominado “Congreso Admirable” con representantes de la Nueva Granada, Venezuela y Ecuador.<sup>16</sup>

Esta Constitución tenía 167 artículos, repartidos en doce títulos, y otros artículos transitorios, a saber: Título I. De la nación colombiana y su territorio; II. De la religión en Colombia; III. De los colombianos; IV. De los deberes de los colombianos y de sus derechos políticos; V. De las asambleas parroquiales y electorales; VI. Del Poder Legislativo; VII. El Poder Ejecutivo; VIII. De la fuerza armada; IX. El Poder Judicial; X. Del régimen interior de la República; XI. De los derechos civiles y de las garantías; XII. De la observancia, interpretación y reforma de la Constitución, y Artículos transitorios.<sup>17</sup>

De su articulado se desprende que es una gran extensión territorial, con soberanía nacional, independiente de España, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, la religión católica como la oficial, conservadora, y el constituyente

---

razones: un gobierno fuerte, orden político y, en caso de los militares, la protección de su poder y sus privilegios. Los liberales neogranadinos pensaban todo lo contrario. Según ellos, con la desmembración de Colombia ya no se justificaría la permanencia del Libertador en el poder, al tiempo que también se librarían de sus antagonistas militares venezolanos. En cuanto a los partidarios venezolanos de la secesión, ya en 1830 Bolívar se había convertido en enemigo suyo precisamente porque sólo él podría, quizás, impedir la separación de Venezuela de la Unión” (Palacios y Safford, 2002, pp. 269 y 270).

<sup>14</sup> “La Convención de Ocaña, reunida en 1828, quiso modificar, sin éxito, la Constitución de Cúcuta” (Trujillo Muñoz, 2012, p. 18).

<sup>15</sup> “Para superar la crisis de la Constitución de Cúcuta y poner fin al decreto orgánico de 1828 con el cual se instauró la dictadura, mientras se reexaminaban las instituciones, el propio libertador Simón Bolívar instaló en Bogotá el llamado Congreso Admirable (el 20 de enero de 1930), que estuvo presidido por el Mariscal Sucre” (Younes Moreno, 2016, p. 4).

<sup>16</sup> “Representantes de Venezuela, Nueva Granada y Ecuador formularon la de 1830: José María Carreño, Juan Gual y José Miguel de Unda, de la primera nación; Manuel María Quijano, Francisco Miranda, José Cucalón, Eusebio María Canabal, Estanislao Vergara y José Antonio Amaya, granadinos; del Ecuador José Modesto Larrea, Martín Santiago de Icaza y José Félix Valdivieso” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 14).

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia de 1830. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 100-134).

dedica todo un capítulo de la Constitución al tema de los derechos o libertades fundamentales.

Resulta evidente que tanto la duración como el impacto de la Constitución de 1830 fueron muy reducidos y con esto, como lo analiza Carlos Sáchica (1996), “se cierra este primer ciclo con el fracaso manifiesto de 1830, expedida por el Congreso Admirable, de la cual se dice ‘que nació muerta’, porque la Gran Colombia ya no existía” (p. 83).

De esta forma, la Constitución de 1830 desaparece tanto por las divisiones políticas internas como por la evidente disolución de la Gran Colombia y, en consecuencia, se empezaría a consolidar una verdadera nación colombiana desde el centro del país.

#### IV. EL ORIGEN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA GRANADA DE 1832

La Constitución de 1830 tuvo una vigencia supremamente corta, siendo rápidamente desplazada, por lo que se ha dicho que “nació muerta”. Asimismo, rápidamente, el 1o. de marzo de 1832 nacería la nueva Constitución de la Nueva Granada, que, aunque mantenía similitudes con su predecesora,<sup>18</sup> era un nuevo proyecto que se concentraría en las regiones del centro, y sin la idea de reunificación con los países vecinos, impulsado en muchas ocasiones por el propio libertador, quien había muerto hace tan sólo un poco más de un año.<sup>19</sup>

El golpe definitivo de la Constitución de 1830 se produjo con la muerte de Antonio José de Sucre el 30 de junio de 1830 y la de Simón Bolívar el 17 de diciembre de ese mismo año. Con el deceso del libertador, la situación política se modificó profundamente, puesto que el nombramiento provisional del general Rafael Urdaneta en la Presidencia hasta el regreso de Bolívar ya no tenía justificación. El nuevo tablero de poder sufrió

<sup>18</sup> “La Constitución de la Nueva Granada promulgada el 1 de marzo de 1832 exhibe estructura con rasgos similares a la que se había expedido en el Congreso Admirable” (Uribe Vargas, 1985, p. 120).

<sup>19</sup> “Una vez que el Libertador había fallecido, su nombre pertenecía solamente a la Historia, y su prestigio perdía toda autoridad y toda fuerza. Desde aquel momento el partido boliviano, sin razón de ser, en lo personal, se halló desorientado y en disolución, mayormente cuando le faltaba todo punto de apoyo en las provincias venezolanas y ecuatorianas” (Samper, 1951, p. 197).

ría las siguientes modificaciones, hábilmente redactadas por Palacios y Safford (2002):

Como Urdaneta había definido su régimen como un gobierno interino hasta el regreso de Bolívar, la muerte del Libertador lo dejó sin fundamento. En los primeros meses de 1831, las fuerzas liberales avanzaron contra Urdaneta desde el Cauca y el valle del Alto Magdalena, bajo el liderazgo de los generales José María Obando y José Hilario López, y desde el Casanare, bajo el mando del general Juan Nepomuceno Moreno. Entre tanto, varias rebeliones militares pusieron fin al control bolivariano de Antioquia y gran parte de la costa atlántica, al tiempo que surgieron grupos guerrilleros en Ibagué, el Socorro y en las inmediaciones de Bogotá. En abril de 1831, previas negociaciones, Urdaneta renunció en favor del vicepresidente constitucional, el general Domingo Caicedo, con la garantía de que no se tomarían represalias contra quienes lo habían apoyado (p. 272).

Ante este panorama se inició un profundo cambio con la ley fundamental de la Nueva Granada, del 15 al 17 de noviembre de 1831, que explica la necesidad de establecer un Estado independiente conformado por las provincias del centro y de los demás territorios que continuaban siendo parte del proyecto nacional. Del mismo modo, el Decreto Legislativo del 15 de diciembre de 1831 del presidente José Márquez creó la Nueva Granada; además señaló que se debía establecer un gobierno provisorio y precisó que se mantenían tanto las leyes como las instituciones existentes hasta la expedición de la nueva Constitución.

En consecuencia, era natural que naciera la carta de la Nueva Granada de 1832, como consecuencia de la división de la Gran Colombia; será la primera Constitución posterior a la muerte del libertador<sup>20</sup> y redactada por colombianos.<sup>21</sup> Su contenido eran 219 artículos, distribuidos en títulos así:

<sup>20</sup> “Inevitable era ya a todas luces la división de Colombia: la agitación política que ya por espacio de seis años venía presenciándose en ella, y los continuos movimientos revolucionarios emanados de la aspiración de la independencia y la soberanía de las tres secciones que en época más gloriosa la formaron, patentizaban la imposibilidad de manejar un territorio tan vasto y una población de tan opuesto carácter, cuando yacía inerte la primera espada y dormía el sueño eterno el primer genio de la América Latina” (Pombo y Guerra, 1951, p. 242).

<sup>21</sup> “La del *Estado de la Nueva Granada* (1832) se debió a Bernardino Tovar, Juan de la Cruz Gómez, Domingo Cuenca, Inocencio Vargas y Romualdo Liévano” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 15).

I. Del Estado de la Nueva Granada y de los granadinos; II. De los ciudadanos de la Nueva Granada; III. Del gobierno de la Nueva Granada; IV. De las elecciones; V. Del Poder Legislativo; VI. Del Poder Ejecutivo; VII. Del Poder Judicial; VIII. Del régimen interior de la república; IX. De la fuerza armada; X. Disposiciones generales; XI. Del juramento de los empleados; XII. De la interpretación o reforma de esta Constitución y de la observación de las leyes, y Disposiciones transitorias.<sup>22</sup>

En lo concerniente a su contenido, se puede destacar que es una extensión territorial mucho menor que no incluye a Venezuela y retorna a los límites con Guatemala, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, la religión católica como la oficial, conservadora y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

En síntesis, el Poder Constituyente en la Constitución de 1832 reflejó una nueva realidad: la muerte del proyecto de Simón Bolívar para lograr la unidad entre los países liberados y el nacimiento de uno nuevo, el de la Nueva Granada. Esta norma fundamental viviría hasta 1843.

## V. LA CREACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE LA NUEVA GRANADA DE 1843

Los acontecimientos informaban que el nuevo presidente de la República era el general Francisco de Paula Santander, después de haberle reestablecido en sus títulos y dignidades perdidas, por su exilio de 1829 a 1832, debido al juicio que enfrentó con posterioridad a la conspiración septembrina. Su sucesor será José Márquez, elegido en 1837, quien derrotó a José María Obando, candidato de Santander.<sup>23</sup> No obstante la intención del

---

<sup>22</sup> Constitución de la Nueva Granada de 1832. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 141-186).

<sup>23</sup> “La elección del sucesor del general Santander, 1837, resalta dentro del contexto latinoamericano del siglo XIX por el simple hecho de que el candidato apoyado por la administración saliente fuese el derrotado y que esta derrota fue aceptada pacíficamente. El candidato de Santander era José María Obando, cuyas credenciales como hábil adalid de las causas liberales estaban a la vista. Por lo demás, Obando contaba con un grupo de leales seguidores en todas las provincias del suroeste. Sin embargo, sobre su candidatura se levantaba una sombra: la sospecha de que, en cierta manera, él había tramado el ase-

nuevo presidente de evitar nuevos conflictos, la guerra de los Supremos estallaría durante su presidencia.

La guerra de 1839 a 1841, denominada por los historiadores como la “Guerra de los Supremos” o de los “Conventos”, con un fuerte contenido religioso,<sup>24</sup> inició con la clausura de cinco conventos para dedicarlos a la instrucción pública. Como lo explica Valencia Villa (2018):

Lo que se inició entonces como la Guerra de los Conventos se convirtió muy pronto en la Rebelión de los Supremos, cuando el motín instigado por la Iglesia fue empleado por los contenciosos herederos de Santander, los líderes emergentes de la Nueva Granada, no sólo para combatir al Gobierno sino también y sobre todo para tratar de ocupar el vacío de poder dejado por el último de los padres fundadores (p. 149).

Sobre la terminación de la guerra, se deben retomar las palabras de Manuel Pombo y José Guerra (1951), quienes afirman:

Triunfante después de la guerra el partido conservador, o *ministerial*, como todavía se llamaba, acometió la empresa de reformar la Constitución de 1832, atendiendo a las indicaciones del poder ejecutivo, el clamor general que por todas partes se escuchaba de que se uniformase en modo alguno la legislación, que se encontraba por entonces en el mayor desorden a causa de las opuestas pretensiones. La rebelión debelada había hecho palmaria, con dolorosa experiencia, la necesidad urgente de reforzar la autoridad ejecutiva, tan recientemente combatida en los últimos tiempos. “Fortalecer los elementos del orden y estabilidad” fue la consigna de los que propusieron la reforma, “para conjurar futuras y peligrosas revueltas” (p. 318).

Por todo lo anterior, se comprende fácilmente que la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1843 fuera marcadamente

---

sinato del general Antonio Sucre, hombre de mayor confianza de Bolívar y uno de los héroes aclamados de la lucha de la independencia” (Bushnell, 2007, p. 137).

<sup>24</sup> “La guerra denominada «de los Conventos» o de los Supremos tuvo su origen en la aplicación de una disposición legal tomada en 1821 y permanentemente pospuesta: por la Ley 8 de junio de 1839 se procedió a la supresión de los conventos que albergaran menos de ocho religiosos, para destinar sus locales y bienes al fomento de las misiones y de la educación. A causa de ello, varios caudillos militares inconformes, entre ellos José María Obando, se levantaron contra el gobierno apoyados por los gobernadores liberales y durante tres años mantuvieron una defensa de la religión ultrajada” (Mayorga García, 2010, pp. 93-94).

conservadora, centralista, católica, que buscara el restablecimiento del orden público y fortaleciera el Poder Ejecutivo.

La Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1843, compuesta por 174 artículos (dos de ellos transitorios) que se reparten entre los siguientes quince títulos: I. De la República de la Nueva Granada; II. De los ciudadanos; III. Del gobierno de la Nueva Granada; IV. De la religión de la República; V. De las elecciones; VI. Del Poder Legislativo; VII. Del Poder Ejecutivo; VIII. Del Poder Judicial; IX. El régimen político de las provincias, cantones y distritos parroquiales; X. Del régimen municipal de las provincias, cantones y distritos parroquiales; XI. De la responsabilidad de los empleados públicos, y de los juicios que se siguen ante el Senado; XII. Disposiciones varias; XIII. Del juramento constitucional; XIV. De la interpretación o reforma de la Constitución, y Disposiciones finales.<sup>25</sup>

Sobre sus principales lineamientos, sus disposiciones precisan que es una extensión territorial mucho menor, manteniendo los límites de la Constitución anterior, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, la religión católica como la oficial, conservadora y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

De esta forma, es evidente cómo esta Constitución se originó por las disputas entre los nuevos factores reales de poder o los grandes caudillos militares de las diferentes regiones el país que querían retornar al poder y establecer una Constitución mucho más centralista, católica y conservadora.

## VI. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA NUEVA GRANADA DE COLOMBIA DE 1853

Durante los años que transcurrieron entre la Constitución de la Nueva Granada de 1843 y la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 se presentaron tres hechos fundamentales para la historia colombiana: el fortalecimiento del pensamiento liberal;<sup>26</sup> la abolición de la esclavitud en

<sup>25</sup> Constitución de la Nueva Granada de 1843. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 187-222).

<sup>26</sup> “Tres acontecimientos que influirían en la suerte de nuestro país se produjeron a mediados del siglo XIX: la Revolución de 1848 en Francia, la fundación oficial de los *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

1851,<sup>27</sup> y el ascenso de una nueva clase social conformada por comerciantes que entra en la disputa por el poder como una nueva elite.<sup>28</sup> En este contexto histórico donde nace la primera Constitución liberal, la de 1853, que empieza a preocuparse por la inclusión de nuevas poblaciones, la defensa de sus derechos y la posibilidad de una mayor autonomía para los territorios, se empezará a construir el federalismo de este periodo en Colombia.

La Constitución de la Nueva Granada de 1853 reemplaza a la de 1843, es la primera Constitución liberal. Fue firmada por el presidente José Obando en Bogotá el 21 de mayo de 1853 y sus principales precursores ideológicos fueron los constitucionalistas liberales<sup>29</sup> Antonio del Real y Florentino González.<sup>30</sup>

La Constitución de 1853 es la norma fundamental más concreta del país porque tiene tan solo 65 artículos, divididos en nueve capítulos, que son: I. De la República de la Nueva Granada y de los granadinos; II. Del gobierno de la república; III. De las elecciones; IV. Del Poder Legislativo; V. Del

---

partidos políticos colombianos —en 1848 el liberal y en 1849, el conservador— y la llegada al poder en Colombia de José Hilario López, mandatario de estirpe liberal con claro espíritu reformador, secundado por un grupo de liberales reformistas dispuestos a modernizar el país” (Mejía Arango, 2007, p. 23).

<sup>27</sup> “Por medio de una ley en mayo de 1851, todos los esclavos que quedaban en la Nueva Granada recibieron la libertad el 1o. de enero del año siguiente” (Bushnell, 2007, pp. 160 y 161).

<sup>28</sup> “En el intervalo tuvo lugar uno de los más críticos procesos de cambio social económico en la historia de Colombia: la llamada crisis de medio siglo. La principal característica de la crisis, que se entiende aproximadamente entre 1847 y 1854, es la emergencia de una nueva clase social —los comerciantes y exportadores de materias primas del sector agropecuario— que crea su propia fuerza política —el Partido Liberal—, que consigue el control del gobierno y entroniza una nueva elite —el Olimpo Radical— y que lanza un ambicioso conjunto de reformas con miras a terminar la guerra de independencia desmantelando las instituciones coloniales”. (Valencia Villa, 2018, pp. 150 y 151).

<sup>29</sup> “Los liberales seguían considerando las instituciones norteamericanas como la única clave del progreso de aquel gran pueblo. Por eso, muchas de las normas de la Constitución golgótica de 1853, que fue redactada en su totalidad por don Florentino González, se resisten de aquella inevitable influencia” (Samper Bernal, 1957, pp. 76 y 77).

<sup>30</sup> “Comparados el proyecto de Antonio del Real y del texto constitucional definitivo se observan coincidencias apreciables, pero debe tenerse presente que aquel autor había incorporado al suyo —como lo declaró oportunamente— numerosas disposiciones del proyecto de 1851.

No es sorpresa, por tanto, comprobar que entre el texto de Florentino González y el de la Constitución de 1853 sean mínimas las coincidencias. Se trataba de dos concepciones muy distanciadas respecto de la forma de Estado” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 61).

Poder Ejecutivo; VI. De la formación de las leyes; VII. Del Poder Judicial; VIII. Del régimen municipal, y IX. Disposiciones varias.<sup>31</sup>

De sus artículos se concluye que es una extensión territorial mucho menor, manteniendo los límites de la Constitución anterior, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, la religión católica como la oficial, conservadora (aunque con inicios de ideas liberales) y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

La Constitución de 1853 organizaba a la Nueva Granada en provincias, distritos parroquiales y otros territorios; dejando de lado la posibilidad de una verdadera organización con estados soberanos, aunque con gran autonomía;<sup>32</sup> al perder parte de su soberanía el gobierno central comenzó a debilitarse. Así, entre 1855 y 1857 se establecen los estados soberanos de Panamá, Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena.

En síntesis, era evidente tanto la consolidación de las ideas liberales en Colombia como la creación de los estados soberanos, con lo que se pasó a un sistema federal y, en consecuencia, fue necesario expedir una nueva norma superior en 1858, la Constitución Política para la Confederación Granadina.

## VII. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA CONFEDERACIÓN GRANADINA DE 1858

El 1o. de abril de 1857 Mariano Ospina sucede en la Presidencia a Manuel María Mallarino,<sup>33</sup> nombrando secretarios de Estado a tres conservado-

<sup>31</sup> Constitución de 1853. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 226-243).

<sup>32</sup> “Al amparo de las normas que reconocían autonomía provincial dentro de la Carta de 1853, cada una de las secciones de la patria fue adoptando el género de legislación más acorde con sus necesidades y temperamento, cristalizando el anhelo autonomista en verdaderas constituciones de contorno definido” (Uribe Vargas, 1985, p. 147).

<sup>33</sup> “La administración del doctor Mallarino estuvo caracterizada por una tolerancia política de la que muy pocos gobernantes han podido hacer gala entre nosotros. Hombre de plena confianza del Partido Conservador, al Doctor Mallarino correspondía adelantar la ardua tarea de trabajar con un gobierno de transición, entre la exaltación de los vencidos liberales y las impacientes indiscretas ambiciones de la derecha” (Samper Bernal, 1957, p. 83).

res.<sup>34</sup> El 22 de mayo de 1858 se expide la Constitución de la Confederación Granadina, invocando la presencia de dios. Esta norma fundamental, orientada por Florentino González,<sup>35</sup> continúa con la implantación de un régimen liberal, por lo que establece una forma de Estado Federal con los ocho estados soberanos existentes y consagra una amplia lista tanto de derechos como de libertades individuales para los granadinos.

La segunda Constitución liberal colombiana tendrá como pilares fundamentales el pensamiento liberal, la protección de los derechos individuales y la búsqueda de una forma de Estado federal basada en estados soberanos; de este modo, se instaura un gobierno popular, representativo, alternativo, electivo, responsable, defensor de las garantías. Así, cada estado soberano podía darse su propio código y desde 1860, con la expedición del Código de Cundinamarca, empezará el gran desarrollo de los códigos de los estados soberanos.<sup>36</sup>

La Constitución de 1858 tiene 75 artículos, divididos en nueve capítulos, que son: I. De la nación y de los individuos que la componen; II. De los bienes y cargos de la Confederación; III. Facultades y deberes de los estados; IV. Del gobierno de la confederación; V. De los derechos individuales; VI. Elecciones; VII. Disposiciones varias; VIII. Reforma de esta Constitución, y IX. Disposiciones transitorias.

De sus artículos se concluye que es una extensión territorial mucho menor, manteniendo los límites de la Constitución anterior, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, mantiene la religión católica, liberal, con un modelo federalista y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

---

<sup>34</sup> “El gobierno del presidente Ospina Sucedió al del presidente Mallarino y se diferenció radicalmente de éste, pues a tiempo que el doctor Ospina había dado participación a los dos partidos, el doctor Ospina nombró secretarios de Estado a tres conservadores: don Manuel Antonio Sanclemente para Gobierno y Guerra, don Juan Antonio Pardo para Relaciones Exteriores y don Ignacio Vergara para Hacienda” (Bravo Arteaga, 2012a, p. 263).

<sup>35</sup> “Había llegado el momento propicio para don Florentino González, fortificado como se hallaba ahora en la altura estratégica de la Procuraduría General de la Nación. La exposición de motivos con que acompañó en 1858 su nuevo —y esta vez victorioso— proyecto de Constitución para la Confederación Granadina es la condensación de su pensamiento constitucional, cultivado y difundido en treinta años de docencia universitaria, de estatista y de hombre de estudio” (Restrepo Piedrahita, 2009, pp. 63 y 64).

<sup>36</sup> Este tema se encuentra desarrollado en Mayorga García (1991, pp. 291-313). Véase también Mayorga García (2006, pp. 103-160).

A pesar del acuerdo de los políticos de los dos partidos por el modelo propuesto, a los pocos años el general Tomás Cipriano de Mosquera proclamó la independencia del estado soberano del Cauca,<sup>37</sup> el 8 de mayo de 1860,<sup>38</sup> produciéndose la Guerra de 1860-1861, que finalizará con la entrada del general a Bogotá,<sup>39</sup> con esto se dará por terminada la guerra a nivel general y el vencedor se declarará presidente.

De este modo, muere la Constitución de 1858 al darse los Pactos de la Unión del 20 de septiembre de 1861,<sup>40</sup> y se presenta la necesidad de crear una nueva carta, que será la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de Rionegro de 1863.

## VIII. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA DE 1863

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863<sup>41</sup> fue expedida por 70 representantes de cada uno de los nueve estados, en la población

<sup>37</sup> “El Cauca fue el eje minero del periodo colonial, y decayó en la segunda mitad del siglo XVIII; se quebraron en buena medida los lazos de sujeción esclavistas e indígenas; entró en crisis el modelo hacienda-mina; la región se fragmentó y perdió su tradicional hegemonía económica, aunque mantuvo una alta presencia política en el ámbito nacional hasta el periodo federal” (Ortiz Mesa, 2005, pp. 71 y 72).

<sup>38</sup> “En mayo de 1859 el gobierno asignó a cada estado un inspector de la fuerza pública, que debía supervisar las fuerzas armadas estatales. Los liberales temieron que éstos y otros agentes nacionales enviados por el gobierno de Ospina se utilizaran para mirar a los gobiernos estatales no controlados por conservadores. Sus temores resultaron justificados cuando en 1860 el inspector militar nacional del Cauca inspiró una sublevación contra el gobierno estatal, precedido por el general Tomás Cipriano de Mosquera” (Safford y Palacios, 2004, p. 423).

<sup>39</sup> “Por esa circunstancia conforme a la Carta Constitucional de 1858, asumió el mando el ministro de mayor edad del gabinete del último presidente constitucional, el rosarista Ignacio Gutiérrez Vergara. Ello le valió que, tras ser capturado, Mosquera lo sentenciará a muerte, pero la intervención de muchos a su favor logró que se conmutara la sentencia” (Mayorga García, 2010, p. 151).

<sup>40</sup> “A juicio de la crítica histórica, el Pacto de Unión entre los Estados soberanos de Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima, suscrito en Bogotá el 20 de septiembre de 1861, encarna la verdadera constitución política del Estado” (Uribe Vargas, 1985, p. 158).

<sup>41</sup> “La Constitución de 1863 fue firmada por los convencionistas el 8 de mayo, o sea a los tres años exactos del grito de insurrección del general Mosquera contra el gobierno del doctor Ospina Rodríguez” (Bravo Arteaga, 2012b, p. 280).

de Rionegro, ubicada en el estado soberano de Antioquia;<sup>42</sup> sin embargo, “...sus miembros fueron electos por voto directo, pero dada la situación política, únicamente entre los candidatos del liberalismo” (Jiménez, 1990, p. 45). En consecuencia, queda consagrada “la orientación liberal clásica en todos los órdenes” (Sáchica, 1996, p. 85). Se debe tener presente, como lo especifica Diego Uribe Vargas (1977), que “...la preocupación de los constituyentes de Rionegro se centró en dos puntos fundamentales: ilimitada autonomía para los estados que conformaban la Unión, y el carácter absoluto de los derechos y libertades individuales” (p. 159).

La Constitución de 1863 contenía 93 artículos, divididos en trece capítulos: I. La nación; II. Bases de la Unión; III. Bienes y cargas de la Unión; IV. Colombianos y extranjeros; V. El gobierno general; VI. Poder Legislativo; VII. Poder Ejecutivo; VIII. Poder Judicial; IX. Ministerio Público; X. Elecciones; XI. Disposiciones varias; XII. Reforma, y XIII. Régimen.<sup>43</sup>

Sobre sus principales lineamientos se debe afirmar que mantiene los límites de la Constitución anterior, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, consagra la libertad de culto, con un modelo federalista, liberal y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

Al expedirse la Constitución de 1863,<sup>44</sup> que era liberal, federalista y que no invocaba el nombre de dios, se evidenció que se iban a presentar fuertes confrontaciones entre los ejércitos y guerrillas tanto liberales como conservadoras.<sup>45</sup> Como lo explica Valencia Villa:

---

<sup>42</sup> Estos constituyentes se reunieron desde el 4 de febrero de 1863 hasta la promulgación de la Constitución el 8 de mayo de 1863. Véase Uribe Vargas (1977, p. 156).

<sup>43</sup> Constitución de 1863. Véase Restrepo Piedrahita (1995, pp. 301-327).

<sup>44</sup> “La Constitución de 1863 fue firmada por los convencionistas del 8 de mayo, o sea a los tres años exactos del grito de insurrección del general Mosquera contra el gobierno del doctor Ospina Rodríguez...”

Finalmente, la convención dispuso que el primer presidente de los Estados Unidos de Colombia sería elegido por la Convención para un período que terminaría el 1o. de abril de 1864, cuando comenzaría el período de dos años del presidente elegido popularmente. Como presidente transitorio fue elegido el general Mosquera, quien se posesionó el 14 de mayo de 1863, acto con el cual se clausuró la Convención de Rionegro” (Bravo Arteaga, 2012b, pp. 280-281).

<sup>45</sup> “Basta recorrer muy rápidamente la historia del escaso cuarto de siglo transcurrido para reconocer que 1863 a 1885, había en las instituciones, y por consecuencia de éstas,

Si las Constituciones grancolombianas y granadinas son campos de batalla, ello obedece a que son compromisos, arreglos estratégicos de ideologías, fuerzas políticas e intereses económicos en conflicto. Las Constituciones federales, en cambio, y en especial el estatuto de Rionegro son terrenos de lucha en un sentido diferente: ellas plantean un desafío doctrinal a sus adversarios (el Partido Conservador, la Iglesia Católica, los terratenientes) al hacer del código del Estado producto partidista y transformar así todo el debate político en un duelo por una nueva ley de leyes (Samper, 1951, p. 311).

En este sentido, durante la vigencia de la norma fundamental se produjeron dos guerras civiles: la de 1876-1877<sup>46</sup> y la de 1884-1885.<sup>47</sup> Al triunfar los liberales en la primera, mantuvieron con vida la Constitución de Rionegro; sin embargo, al salir victoriosos los conservadores en la segunda, crearon la Constitución de 1886.

Con todos los factores antedichos, la guerra de 1884-1885 estalló bajo la Presidencia de Rafael Núñez, las revueltas iniciaron en Santander, pero fueron rápidamente aplacadas;<sup>48</sup> no obstante, se expandieron a los diferentes estados. Finalmente, la batalla definitiva fue la de la “Humareda”, en la que los conservadores causaron irreparables daños a los liberales.<sup>49</sup>

---

en las costumbres políticas, un cúmulo de elementos de desorganización, arbitrariedad y anarquía que imposibilitaba el buen gobierno” (Samper, 1951, p. 311).

<sup>46</sup> Acerca de la Guerra de 1876-1877 véase Arenas Mendoza (2009).

<sup>47</sup> Sobre la guerra civil de 1884 a 1885 véase Arenas Mendoza (2020, pp. 213-238).

<sup>48</sup> “Más este fracaso no contuvo los planes caóticos del liberalismo; queriendo fomentar el desorden en los estados gobernados por los independientes, intención que originó el golpe de Gaitán, a pesar de esta tentativa fallida, repitieron la jugada en el istmo: en la ciudad de Panamá, en la noche del 14 de octubre de 1885, se apoderaron del remolcador inglés Morro, del vapor costarricense Alhajuela y se dirigieron a otros puertos para atacarlos sorpresivamente. Poco después abandonaron el Morro por temor a las represalias inglesas, pero continuaron la campaña con el otro vapor, logrando derrotar al presidente del estado, quien intentó aprisionarlos. Entonces el gobierno federal declaró turbado el orden público y envió refuerzos, lo cual calmó pasajeramente la situación” (Liévano Aguirre, 2011, pp. 321 y 322).

<sup>49</sup> “El combate en La Humareda —17 de junio de 1885— fue la acción de armas que definió la guerra. Las tropas liberales al mando del general Sergio Camargo hicieron frente al ejército gobernista comandado por el conservador Guillermo Quintero Calderón. La batalla, que tuvo lugar en las orillas del río Magdalena, cerca de la población de El Banco, fue muy cruenta y en ella perdieron la vida destacados jefes del ala rebelde. Aunque los radicales consiguieron el retiro de las huestes de Quintero, las mayores pérdidas las sufrieron ellos mismos, con bajas muy grandes en el número de soldados y con daños materiales irreparables” (Mejía Arango, 2007, pp. 601 y 602).

Después de la guerra de 1884-1885, la Constitución liberal de 1863 llegaría a su fin abriéndole paso a la experiencia conservadora de la Regeneración<sup>50</sup> y a la Constitución centralista de 1886.<sup>51</sup>

## IX. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1886

Una vez derrotados los liberales en la guerra de 1884-1885, inició el periodo de la regeneración conservadora cuyo objetivo era terminar el modelo federal que había favorecido las guerras civiles, al darles demasiada autonomía a cada uno de los estados miembros y, concretamente, por la posibilidad de establecer ejércitos estatales. Asimismo, se buscaba debilitar los territorios de Antioquia y Cauca, principales enemigos del modelo centralista.<sup>52</sup>

Los representantes de los antiguos estados soberanos conformaron un Consejo Nacional para expedir una Constitución centralista, conservadora y católica que estableciera los cimientos fundamentales de un país.<sup>53</sup> Su intención primordial era restablecer el orden o regenerar el país, combatiendo la desorganización en que lo había dejado el pensamiento liberal de los años anteriores.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> “De esa dominante obsesión por el orden que es impuesto como necesidad auténticamente sentida por quienes tienen conciencia del caos en que sumió a la nación la contraria pasión disolvente de liberación abolicionista, se derivará el estilo de todo el sistema constitucional ordenador: su fuerte estructura, su autoridad y poderes, su moderación y controles, su concepto de libertad y derechos limitados al servicio de principios morales y valores sociales que consolidan ese mismo orden” (Sáchica, 2012, pp. 333 y 334).

<sup>51</sup> Para una perspectiva muy interesante sobre la regeneración y la Constitución de 1886 véase Barreto Roza (2011).

<sup>52</sup> “En 1886 la Regeneración, en cuanto obra de centralización política, había sido una empresa inconclusa al no lograr la desintegración territorial de los más conflictivos y poderosos émulos del Estado Central, como eran los Estados de Antioquia y Cauca” (Vidal Perdomo, 1999, p. 224).

<sup>53</sup> “El 12 de mayo de 1886 el proyecto base para las deliberaciones y decisiones del Consejo Nacional Constituyente que desde noviembre del año anterior había sido encomendado para redacción a Miguel Antonio Caro, José Domingo Ospina Camacho, Carlos Calderón, Felipe F. Paúl, Antonio Roldán y Jesús Casas Rojas, fue presentado por éstos después de seis meses de labores” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 29).

<sup>54</sup> “Como se puede verificar, hay en el aspecto dogmático del Acuerdo de 1885 una identidad completa con las declaraciones y principios preconizados por Núñez en su propósito de reforzar la autoridad, condicionar la libertad y el derecho al interés social, y re-

Se basó en el pensamiento conservador de Rafael Núñez y de Antonio Caro;<sup>55</sup> reemplazó la ideología liberal contenida en la Constitución de Rionegro de 1863, implantando, a grandes rasgos, un Estado católico, conservador y unitario que abolía el sistema federalista, que había sido fuertemente cuestionado en los años anteriores.<sup>56</sup>

El contenido de la Constitución Política de 1886 se distribuye en 210 artículos, más otros literales correspondientes, distribuidos en los siguientes veintinueve títulos: I. De la nación y el territorio; II. De los habitantes: nacionales y extranjeros; III. De los derechos civiles y garantías sociales; IV. De las relaciones entre la Iglesia y el Estado; V. De los poderes nacionales y del servicio público; VI. De la reunión y atribuciones del Congreso; VII. De la formación de las leyes; VIII. Del Senado; IX. De la Cámara de Representantes; X. Disposiciones comunes a ambas cámaras; XI. Del presidente y del vicepresidente de la República; XII. De los ministros del despacho; XIII. Del Consejo de Estado; XIV. Del Ministerio Público; XV. De la administración de justicia; XVI. De la fuerza pública; XVII. De las elecciones; XVIII. De la administración departamental y municipal; XIX. De la hacienda; XX. De la reforma de esta Constitución y abrogación de la anterior, y XXI. Disposiciones transitorias.<sup>57</sup>

De su articulado se desprende que mantiene los límites de la Constitución anterior, con soberanía nacional, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático censitario, consagra la religión cató-

---

unificar y nacionalizar los poderes básicos del Estado, que es lo que reclaman los grupos de intereses que apoyan la regeneración” (Sáchica, 2012, p. 340).

<sup>55</sup> “Suerte adversa corrió esta iniciativa (la de Samper) al igual que las otras dos de los delegatarios Rafael Reyes —que llevó como proyecto de Sergio Arboleda atrás comentado— y Ospina Camacho —que tampoco era de su autoría sino de César Medina— porque desde el principio fueron desechados para no discutir sino el que con la imponente dirección de don Miguel Antonio Caro sería elaborado y vendría a ser la matriz de la Constitución de 1886” (Restrepo Piedrahita, 2009, p. 95).

<sup>56</sup> “...durante la década de 1880 las clases dirigentes colombianas comenzaron a preocuparse por la instauración de un poder central capaz de consolidar un sistema político que lograra integrar los diferentes sectores dominantes, con el propósito de echar a andar un Estado-nación como marco necesario para el desarrollo de una sociedad capitalista que permitiera superar la crisis que los antiguos modos de producción estaban generando en el país desde los años setenta” (Borja, 2000, p. 45).

<sup>57</sup> Véase Constitución de la República de Colombia de 1886; Restrepo Piedrahita (1995, pp. 341-388).

lica como la oficial, con un modelo centralista con descentralización administrativa, conservador y dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales.

Para concluir, la Constitución de la República de Colombia de 1886 significó el retorno del partido conservador al poder, después de derrotar a los liberales en la guerra civil de 1884-1885; el cambio constitucional será muy profundo, porque la nueva Constitución tendrá como banderas la creación de una país católico, conservador y centralista con descentralización administrativa. Esta Constitución tuvo vigencia desde 1886 hasta 1991, por lo que sufrió varias reformas, dentro de las que se destacan la de 1910, 1936, 1945, 1968 y 1986.

## X. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Durante la presidencia de Virgilio Barco (1986-1990) se había generalizado tanto la crisis económica<sup>58</sup> como la violencia<sup>59</sup> del narcotráfico, la guerrilla y los paramilitares. Así, tanto los objetivos estatales como los ciudadanos eran víctimas de las bombas; había un gran número de enfrentamientos entre los grupos armados y, en general, un gran número de atentados que buscaban generar miedo a los habitantes del territorio nacional. Los asesinatos incluyeron a cuatro candidatos para la siguiente presidencia

---

<sup>58</sup> “Si bien el énfasis de los gobiernos de Belisario Betancur y Virgilio Barco fue social en un contexto de crisis política más que económica, el primero enfrentó una aguda crisis industrial, a causa del endeudamiento externo de las empresas y el alza de las tasas de interés en el mercado internacional. Esta coyuntura interna, acompañada de un aumento del déficit fiscal, coincidió con la crisis de la deuda en América Latina. El gobierno de Betancur tuvo que acordar el primer programa de ‘ajuste voluntario’ con el Fondo Monetario Internacional, que consistió en una drástica reducción del gasto público y una sustancial devaluación del peso. La primera medida se tradujo en una congelación de los salarios y de los programas de educación y vivienda popular; como otros programas de ajuste en el Tercer Mundo, los más pobres pagaron desproporcionalmente. La devaluación protegió a la industria, pero la corriente iba en otra dirección. Barco empezó a dismantelar la protección arancelaria, obra que completó Cesar Gaviria (1990-1994) entre 1990 y 1992” (Palacios y Safford, 2002, p. 611).

<sup>59</sup> “La tasa de homicidios se había incrementado por factores políticos y por el florecimiento del tráfico ilegal de drogas; pero también había habido un aumento de casi todas las formas de actividad criminal, lo cual reflejaba, entre otras cosas, la rápida expansión de las ciudades y la creciente complejidad y frustración de la vida moderna, para no mencionar la incapacidad del Estado colombiano de hacer algo al respecto” (Bushnell, 2007, p. 357).

del país, que fueron Jaime Pardo, Bernardo Jaramillo, Carlos Pizarro y José Galán.

La Constitución Política de 1886 había sufrido diversas modificaciones parciales en su articulado; sin embargo, para que se redactara una nueva Constitución fue necesario que confluyeran diversos factores económicos, políticos y sociales que permitieron materializar el texto de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991.<sup>60</sup>

Para la materialización de la reforma constitucional se siguió la propuesta de incluir una novedosa séptima papeleta,<sup>61</sup> cuyos resultados encauzaron al gobierno hacia la posibilidad de organizar una Asamblea Nacional Constituyente,<sup>62</sup> que finalmente fue conformada por distintos sectores políticos.<sup>63</sup>

La vigente Constitución fue expedida el 4 de julio de 1991 durante la Presidencia de César Gaviria. El texto definitivo está compuesto por más de 400 artículos (incluyendo los transitorios), donde se desarrolla tanto

---

<sup>60</sup> “La convocatoria original de una Asamblea Constituyente, que tenía la misión de introducir reformas específicas a la Constitución, se fue transformando, por diversas vicisitudes políticas e institucionales que no es del caso mencionar, en una verdadera Asamblea Constitucional que declaró su autonomía y carencia de límites para expedir una nueva Constitución Política, como efectivamente sucedió: El 4 de julio de 1991, durante el gobierno del Presidente César Gaviria, el país estrenaba la nueva Carta Política y comenzaba una nueva etapa de nuestro desarrollo institucional como nación” (Arenas Monsalve, 2018, pp. 93 y 94).

<sup>61</sup> “La viabilidad de la *séptima papeleta* se despejó el 27 de febrero de 1990, cuando el registrador nacional del Estado Civil conceptuó que la inclusión de ese voto en el sobre electoral no anularía los demás. El 11 de marzo siguiente un millón y medio de colombianos votaron por la séptima papeleta, según escrutinios extraoficiales” (Younes Moreno, 2016, p. 37).

<sup>62</sup> “Tras cuarenta días de campaña, la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente se cumplió el 9 de diciembre de 1990. En la jornada se eligieron 70 constituyentes, que habrían de sesionar en la ciudad de Bogotá entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991. De un total de 29 listas inscritas, 45 delegatarios fueron elegidos por cociente electoral y 25 por residuo” (Quinche Ramírez, 2015, p. 23).

<sup>63</sup> “Así, aunque el Partido Liberal había sacado el mayor número de elegidos (25 constituyentes de 70), el M-19, con una lista ecléctica de exguerrilleros, intelectuales y líderes comunitarios, tenía una presencia muy importante (19 constituyentes), como también la tenía la facción del Partido Conservador dirigida por Álvaro Gómez (11 constituyentes). Había además dos representantes de los grupos indígenas, uno de ellos Lorenzo Muelas... También había sindicalistas, un estudiante, varios activistas de derechos humanos, dos representantes de la UP, gente de todas las regiones, dos cristianos, y un par de exguerrilleros de grupos pequeños que se desmovilizaron también, en una variedad política sin precedente” (Lemaitre Ripoll, 2016, pp. 14 y 15).

una parte dogmática como una orgánica. Se integra por los siguientes títulos (y las disposiciones transitorias): I. De los principios fundamentales; II. De los derechos, garantías y deberes; III. De los habitantes y del territorio; IV. De la participación democrática y de los partidos políticos; V. De la organización del Estado; VI. De la rama legislativa; VII. De la rama ejecutiva; VIII. De la rama judicial; IX. De las elecciones y de la organización territorial; X. De los organismos de control; XI. De la organización territorial; XII. Del régimen económico y de la hacienda pública; XIII. De la reforma de la Constitución y de las disposiciones transitorias. Esta norma ha tenido más de treinta reformas constitucionales.

De su articulado se desprende que mantiene los límites de la Constitución anterior, con soberanía, independiente de otras potencias extranjeras, con tres ramas de poder, con un sistema popular y representativo, acoge un sistema democrático, libertad religiosa (aunque con una tendencia católica), con un modelo centralista con descentralización administrativa, con mayor autonomía para las entidades territoriales, dedica un capítulo a los derechos y libertades fundamentales y encaminada a la materialización de un Estado social y democrático de derecho.

La Constitución Política de 1991 surgió en un momento en que el Estado colombiano se había vuelto inviable desde el punto de vista de pobreza, violencia, crisis económica, política, militar y social. Esta propuesta de constituir un Estado social de derecho se ha mantenido por más de treinta años, y a pesar de las grandes mejoras introducidas falta mucho por recorrer en Colombia para que seamos un país donde se pueda vivir dignamente.

Entre las grandes novedades de la Constitución de 1991 se destacan: primero, la continuación del desarrollo del Estado social de derecho esbozado en la reforma de 1936; segundo, la incorporación de grandes novedades democráticas como la elección popular de gobernadores y mayor autonomía a las entidades territoriales (además de que las dota de más recursos económicos); tercero, la introducción de sistemas más avanzados de control a los gobernantes; cuarto, una generosa ampliación del catálogo de derechos fundamentales; quinto, el fomento y la aplicación de los derechos fundamentales por medio de diversos medios de control (por ejemplo, la acción de tutela); y, sexto, la creación de una Corte Constitucional autónoma, cambiando la competencia que tenía en la materia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

## XI. CONCLUSIONES

1. Las Constituciones nacionales colombianas cumplen dos siglos de historia (1821-2021), completándose nueve cartas magnas hasta el día de hoy; en este lapso, las normas fundamentales que han orientado nuestro territorio son las de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 y 1991. Todas ellas obedecieron, en cierta medida, a diferentes cambios en el contexto social, ideológico, político y económico, que produjeron alteraciones en los factores reales de poder.
2. La primera Constitución nacional colombiana es la de 1821, que se expide como consecuencia del triunfo de los libertadores sobre los españoles, proclamando la independencia definitiva de la Gran Colombia. Con el surgimiento de este nuevo Estado fue necesario expedir una carta que estableciera los lineamientos de funcionamiento de este nuevo proyecto.
3. A su vez, la carta de 1830 surge como un último intento de mantener el sueño del libertador, consistente en lograr la unidad de varios de los Estados latinoamericanos que recientemente habían conseguido su independencia de la corona española. Su vigencia fue mínima por varias razones, principalmente por la muerte de Simón Bolívar y las intenciones separatistas de los caudillos criollos.
4. La tercera norma fundamental nació en 1832, siendo la materialización de la creación de un verdadero proyecto nacional impulsado por Francisco Santander, quien vino a llenar el espacio dejado por la muerte del libertador. Así inició un nuevo Estado que se construirá desde las provincias centrales, puesto que las zonas más alejadas también constituirán nuevas naciones.
5. A continuación, la Constitución colombiana de 1843 se originó por las disputas entre los grandes caudillos militares de las diferentes regiones del territorio, quienes querían que reconocieran su poder a nivel central, el fortalecimiento de la religión católica y un país con una ideología mucho más conservadora.
6. La quinta Constitución es la de 1853, que nace por el impulso de las ideas liberales, específicamente por la consolidación de los derechos individuales (abolición de la esclavitud en 1851 y el surgimiento de una nueva clase burguesa en Colombia). Entre 1855 y 1857 se produce la configuración de los estados soberanos.

7. Posteriormente se redacta la Constitución de 1858, una norma necesaria por la consolidación del pensamiento burgués, el ascenso del partido liberal al poder y el cambio territorial a un modelo federal; es decir, se habían modificado las bases fundamentales de la Constitución. Además, estalló la guerra civil de 1860-1861, en la que el caudillo Tomás Cipriano de Mosquera resultó vencedor al entrar a Bogotá y apresar al presidente. Así, se dan los Pactos de la Unión de 1861 y se presenta la necesidad de crear una nueva carta fundamental.
8. La tercera y última Constitución liberal fue la de 1863, donde se logra la máxima expresión de esta ideología; de esta manera, se establecían los Estados Unidos de Colombia como un país defensor de los derechos individuales (incluyendo la libertad de culto) y con una forma de Estado federal en su territorio. Durante su vigencia se producen dos guerras civiles: la de 1876-1877, en la que triunfan los liberales, y la de 1884-1885, donde se imponen los conservadores.
9. La octava Constitución colombiana fue la de 1886, que nació cuando el victorioso partido conservador retornó al poder y estableció su pensamiento como pilar fundamental constitucional, especialmente la reunificación del poder en el centro en la capital del país (al quitarle poder a los estados soberanos que ahora serán departamentos), el regreso de la religión católica como oficial y la forma de estado unitaria. Esta Constitución tuvo una vida larga de más de 100 años, aunque se le realizaron algunas reformas.
10. La novena Constitución colombiana, la de la República de Colombia de 1991, nació en un momento histórico muy complejo, puesto que, por ejemplo, había un nivel de pobreza altísimo, violencia, narcotráfico, violaciones de derechos humanos (también por parte del Estado), departamentos insostenibles y corrupción. Como dato importante para el derecho comparado, surge de la iniciativa de los estudiantes, al introducir una nueva papeleta en las elecciones a favor de la realización de una nueva Constitución, que después será declarada viable por la Corte Suprema de Justicia (al entenderlo como un pronunciamiento del constituyente), lo que permitió la convocatoria de una Asamblea Nacional para su expedición.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS MENDOZA, H. A. (2009). *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- ARENAS MENDOZA, H. A. (2020). Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (24), 213-238. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.09>.
- ARENAS MONSALVE, G. (2018). *El derecho colombiano de la seguridad social* (4a. ed.). Bogotá: Legis.
- BARRETO ROZO, A. (2011). *Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- BORJA, M. (2000). *Estado, sociedad y ordenamiento territorial en Colombia*. Bogotá: CEREC.
- BRAVO ARTEAGA, J. R. (2012a). La Constitución de 1858. En *Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX*, t. I (2a. ed.). Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- BRAVO ARTEAGA, J. R. (2012b). La Constitución de 1863. En *Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX*, t. I (2a. ed.). Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- BUSHNELL, D. (2007). *Colombia. Una nación a pesar de sí misma: nuestra historia desde los tiempos precolombianos hasta hoy* (17a. ed.). Bogotá: Planeta.
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. (2016). Administración pública, derecho administrativo y constitución. En ARENAS MENDOZA, H. A. (ed.). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez.
- JIMÉNEZ, L. (1990). *El pensamiento liberal en las Constituciones*. Bogotá: Ediciones El Tiempo.
- LASALLE, F. (1996). *¿Qué es una Constitución?* (3a. ed.). Bogotá: Editorial Panamericana.

- LEMAITRE RIPOLL, J. (2016). El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”. En ALVIAR GARCÍA, H., LEMAITRE RIPOLL, J. y PERAFÁN LIÉVANO, B. (eds. y coords.). *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- LIÉVANO AGUIRRE, I. (2011). *Rafael Núñez*. Bogotá: Grijalbo.
- MALAGÓN PINZÓN, M. A. (2007). *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MALAGÓN PINZÓN, M. A. (2012). *Los modelos de control administrativo en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- MAYORGA GARCÍA, F. (1991). Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (14), 291-313. Disponible en: <https://historia-delderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/24835>.
- MAYORGA GARCÍA, F. (2006). El proceso de codificación civil en Colombia. En Cruz, O. (coord.). *La codificación*. México: Porrúa-UNAM.
- MAYORGA GARCÍA, F. (2010). *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: una historia de luces y sombras*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- MEJÍA ARANGO, L. (2007). *Los radicales. Historia política del radicalismo del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ORTIZ MESA, L. J. (2005). Cap. 1 Guerras civiles e Iglesia católica en Colombia en la segunda mitad del siglo XIX. En *Ganarse el cielo defendiendo la religión. Guerras Civiles en Colombia, 1840-1902*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- PALACIOS, M. y SAFFORD, F. (2004). *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia*. Bogotá: Editorial Norma.
- POMBO, M. y GUERRA, J. (1951). *Constituciones de Colombia*, Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Económica, Prensas del Ministerio de Educación Nacional.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. (2015). *Derecho constitucional colombiano* (6a. ed.). Bogotá: Temis.
- RESTREPO PIEDRAHITA, C. (1995). *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (2a. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- RESTREPO PIEDRAHITA, C. (1998). *Derecho constitucional colombiano: siglo XIX*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional.
- RESTREPO PIEDRAHITA, C. (2009). *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SÁCHICA, L. C. (1996). *Nuevo Constitucionalismo colombiano* (20a. ed.). Bogotá: Temis.
- SÁCHICA, L. C. (2012). La contrarrevolución restauradora de 1886. En *Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX*, t. I (2a. ed.). Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- SAMPER, J. M. (1951). *Derecho público interno de Colombia*. Bogotá: Biblioteca Popular de la Cultura Colombia.
- SAMPER Bernal, G. (1957). *Breve historia constitucional y política de Colombia*. Bogotá: Talleres Editoriales de la Litografía de Colombia.
- SANTOFIMIO Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TRUJILLO MUÑOZ, A. (2012). El constitucionalismo colombiano en el siglo XIX. En *Historia constitucional de Colombia. Siglo XIX*, t. I (2a. ed.). Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- URIBE VARGAS, D. (1977). *Las Constituciones de Colombia. Historia crítica y textos*, t. I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
- URIBE VARGAS, D. (1985). *Las Constituciones de Colombia* (vol. I). Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana.
- VALENCIA VILLA, H. (2018). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Panamericana.
- VIDAL PERDOMO, J. (1999). *El federalismo*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- YOUNES MORENO, D. (2016). *Derecho constitucional colombiano* (14a. ed.). Bogotá: Legis.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El estado de excepción y el COVID-19 en México

### *The state of exception and the COVID-19 in Mexico*

*Recepción:* 15 de julio de 2020

*Aceptación:* 3 de diciembre de 2020

Jaime CÁRDENAS GRACIA \*

**RESUMEN:** Nuestro derecho constitucional no tiene respuestas integrales para enfrentar la excepcionalidad. El derecho en periodos de excepción y de emergencia es diverso al derecho en los periodos ordinarios de paz. Se requiere un derecho que regule la excepción fuera de las concepciones autoritarias. En el derecho constitucional de nuestro tiempo, los estados de excepción y de emergencia deben estar sometidos al ordenamiento jurídico: los poderes o facultades del gobernante deben limitarse en ellos. Es necesario eliminar cualquier arbitrariedad en el ejercicio del estado de excepción y reducir sensiblemente las posibilidades de discrecionalidad. La excepción debe estar sometida al derecho, a la consecución de los derechos fundamentales, y a la preservación del principio de división de poderes.

**Palabras clave:** Estado de excepción, derechos fundamentales, división de poderes.

**ABSTRACT:** *Our constitutional law does not have comprehensive answers to face the exceptionality. The law in periods of exception and emergency is different from the law of ordinary periods of peace. A law is required to regulate the exception outside authoritarian conceptions. In the constitutional law of our time, states of emergency must be subject to the legal system: the powers or faculties of the ruler must be limited in them. It is necessary to eliminate any arbitrariness in the exercise of the state of exception and in reducing the possibilities of discretion. The exception must be subject to fundamental rights and the preservation of the principle of division of powers.*

**Keywords:** *State of exception, fundamental rights, and the principle of division of powers.*

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: [jaicardenas@aol.com](mailto:jaicardenas@aol.com). ORCID: 0000-001-7566-2429.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del estado de excepción contemporáneo*. III. *La comprensión jurídico-constitucional de los estados de excepción y de emergencia*. IV. *Los estados de excepción, de emergencia sanitaria y de intervención federal en el derecho mexicano*. V. *El derecho secundario que se requiere para normar la suspensión de derechos y garantías, la emergencia sanitaria y la intervención federal*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho mexicano carece de respuestas integrales para abordar la situación de excepcionalidad producto del estado de emergencia sanitaria resultante de la pandemia de covid-19. No tenemos una regulación secundaria suficiente para ello. El artículo 29 constitucional carece de legislación reglamentaria y el artículo 73, fracción XVI, de la ley fundamental no cuenta con suficiencia legislativa. La pandemia de COVID-19 nos ha tomado por sorpresa y jurídicamente desprevenidos. No tenemos una comprensión cabal, constitucional ni legal del significado y de las consecuencias de los estados de excepción y de emergencia. En este ensayo trataremos de proponer las líneas fundamentales de la legislación secundaria que nos falta en la materia, además de comprender el alcance teórico de los estados y situaciones de emergencia y de excepción.

Nuestra hipótesis consiste en señalar que la regulación jurídica de los estados de emergencia y de excepción es diversa a la de las etapas ordinarias de la vigencia del derecho. En México no tenemos una legislación acabada sobre la emergencia y excepción que satisfaga los parámetros del Estado constitucional y democrático de derecho y los estándares del derecho internacional en materia de derechos humanos. En consecuencia, proponemos las líneas de ese ordenamiento futuro, además de comprender el alcance teórico-filosófico del estado de excepción. Nuestra metodología recurre a la filosofía política, al derecho constitucional comparado y al análisis del derecho constitucional nacional sobre los estados de excepción y de emergencia.

El estado de excepción se produce en tiempos distintos a los ordinarios. En esta situación, los días son aciagos y todos los ámbitos o esferas de vida, incluyendo la jurídica, se trastocan. Podríamos *grosso modo* hablar

de tres tiempos en relación con el derecho: el tiempo de guerra, es decir, cuando se declara la guerra a una potencia extranjera —artículos 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución—; el tiempo de paz, que es la época ordinaria en la que el Estado nación no hace la guerra y puede desplegar sus instituciones y ordenamiento jurídico para atender las situaciones de vida comunes, y la fase denominada estado de excepción (que en uno de sus extremos puede coincidir con el de guerra, pero que puede no dar lugar a ella), que se presenta cuando la sociedad, el Estado o ambos viven una profunda crisis, debido a razones económicas, medioambientales, sanitarias, de convulsión social o política, de invasión extranjera o de conflicto entre poderes o entre niveles de gobierno —artículos 29; 73, fracción XVI; 76, fracciones V y VI, y 119, párrafo primero, de la Constitución—.

Podemos también afirmar que, en cada una de las tres etapas (guerra, paz o estado de excepción), el derecho es diverso y distinto. Debe señalarse que el derecho sólo es posible plena y totalmente —derecho constitucional y democrático— en el estado de paz, pues en los estados de guerra o de excepción el derecho sufre alteraciones muy profundas, hasta el grado de ponerse en duda si el resultado de éstas puede seguir considerándose como derecho. Esto sucedió principalmente en el mundo previo a la Segunda Guerra Mundial, periodo en el que se dudaba si había un auténtico derecho porque el derecho válido del tiempo ordinario se encontraba suspendido (Schmitt, 2009) o porque los fines del derecho (la justicia, la libertad, la igualdad o la paz) se expresaban trastocados o, simplemente, no se manifestaban.

Esto quiere decir que, en contraste con los periodos de paz, los periodos de excepción o de guerra hacen muy difícil el cumplimiento y la realización del derecho. En las teorías contemporáneas del derecho se ha realizado un esfuerzo teórico y normativo muy grande para que, en la medida en que las circunstancias lo permitan, pueda regir un derecho propio del Estado constitucional y democrático tanto en los periodos de excepción como en el de guerra, aunque sea con algunos cambios o características distintivas. Igualmente, el derecho convencional ha incrementado los estándares que, en materia de derechos humanos, deben ceñir a los estados de emergencia y de excepción. Así mismo, en el derecho comparado encontramos la tendencia a establecer fuertes mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad en la materia.

## II. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONTEMPORÁNEO

Se discute si el estado de excepción tiene su origen en instituciones romanas, como la dictadura, o si, más bien, tiene su génesis en el *iustitium*. La dictadura ha sido la explicación preferida y se suele decir que, en los periodos convulsos y de conflicto de la república romana, los cónsules elegían temporalmente a un dictador que reunía en él todos y cada uno de los poderes máximos para atender la excepcionalidad —el *imperium* extraordinario era establecido por una *lex curiata* que definía los fines de la dictadura—. Concluido o resuelto el conflicto, las cosas volvían a su estado ordinario y se ponía fin a la dictadura.

La segunda explicación procede de Agamben. Este autor sitúa uno de los antecedentes del estado de excepción en el *iustitium* de la república romana. La institución mencionada derivaba de lo siguiente:

Cuando se tenía conocimiento de una situación que ponía en peligro la República, el Senado emitía un *senatus consultum ultimum* por el que se pedía a los cónsules y, en algunos casos, también al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cualquier ciudadano, que adoptaran cualquier medida que se consideraba necesaria para la salvación del Estado. Este senadoconsulto se basaba en un decreto que declaraba el *tumultus* y que solía dar lugar a la proclamación de un *iustitium* (Agamben, 2010, pp. 63 y 64).

*Iustitium* significa suspensión o cesación del derecho. Se producía un vacío jurídico que autorizaba a un gobernante —o a cualquier persona— a preparar, al margen del derecho, las defensas frente a las calamidades para resolver el *tumultus*. Como dirá muchos siglos después Maquiavelo, se suspende el ordenamiento jurídico para salvarlo. Se rompe o se suspende el derecho para salvar al Estado, a la comunidad o a ambos. El *iustitium* era diferente a la dictadura porque no había creación de una nueva magistratura y porque el enorme poder del que disfrutaba el magistrado responsable no procedía de la concesión de un *imperium*, sino de la suspensión de las leyes. Agamben (2010) parafrasea lo anterior y, filosóficamente, señala que el estado de excepción no se define según el modelo dictatorial de plenos poderes —estado pleromático—, sino según uno de obtención del poder debido al vacío y detención o parálisis del derecho —modelo kenomático— (p. 72).

A partir de esa investigación analógica, Agamben establece polémicas características del estado de excepción: 1) el estado de excepción no es una dictadura —constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana—, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la que todas las determinaciones jurídicas, sobre todo la distinción entre lo público y lo privado, se encuentran desactivadas; 2) son parcialmente incorrectas teorías (como la teoría de la necesidad) que ven en la necesidad la fuente jurídica originaria del estado de excepción, al igual que las teorías que ven en el estado de excepción el ejercicio de un derecho del Estado a la propia defensa o la recuperación de un originario estado pleromático del derecho de los plenos poderes; 3) el estado de excepción no es un estado de derecho, sino un espacio sin derecho, aunque no un estado de naturaleza, y 4) es un espacio donde opera la política, donde el gobernante reviste la *auctoritas* y el *imperium* es fluctuante (Agamben, 2010, pp. 75-77).

Estas características del estado de excepción son polémicas porque el derecho contemporáneo impide el vacío o la suspensión total del orden jurídico. Por ejemplo, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 al artículo 29 constitucional norma, constitucional y convencionalmente, el estado de suspensión de derechos y garantías. Ésta establece lo siguiente: existen derechos y garantías que no pueden ser suspendidos —párrafo segundo del artículo 29 constitucional—; se somete el estado de suspensión a un procedimiento para su aprobación, donde participan los poderes constituidos; las decisiones que se adoptan en el estado de excepción son revisadas de oficio, en su constitucionalidad, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la suspensión se somete a los principios de constitucionalidad, proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, y el Poder Legislativo tiene la facultad para decretar el fin del periodo de suspensión y el Ejecutivo no puede vetar ese decreto. Es decir, en el derecho constitucional mexicano, la suspensión está sometida al derecho, no hay un espacio jurídico totalmente vacío y no se actualizan, en su crudeza, las notas distintivas que señala Agamben para el estado de excepción.

La idea moderna de una suspensión de la Constitución fue introducida en la Constitución del 22 de Frimario del año VIII —24 de diciembre de 1799—. La Constitución del año VIII fue consecuencia del golpe de Estado del 18 de Brumario —9 de noviembre de 1799— que acabó con la Revolución Francesa y confirió importantes poderes a Napoleón Bonaparte, semejantes a los de un dictador. El artículo 22 de esa Constitución

permitía la suspensión de la Constitución en una región o ciudad. La figura de suspensión de la Constitución confluiría con el tiempo con la categoría estado de sitio (Hauriou, 2003, pp. 130-141).

Previo a esta norma constitucional, por un decreto de la Asamblea Constituyente de la Revolución francesa del 8 de julio de 1791 se incorporó jurídicamente el estado de sitio y, de manera interesante, se le distingue del estado de guerra y de paz. El 27 de agosto de 1797 se contempla el estado de sitio en la Ley del Directorio y se amplían, respecto a 1791, los poderes concedidos a la autoridad militar.

Por decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 se prevé que el emperador podía declarar el estado de sitio, con independencia de cual fuera la situación efectiva de una ciudad sitiada o amenazada por fuerzas enemigas. A esta regulación se le llamó estado de sitio ficticio o político. En el artículo 14 de la Carta de 1814 se atribuía al soberano el poder de elaborar los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado.

El estado de sitio fue expresamente mencionado en el Acta Adicional a la Constitución del 22 de abril de 1815 y reservaba su declaración a una ley. Desde entonces, las normas sobre el estado de sitio en Francia se han ido formulando en ley para atender momentos de crisis constitucional hasta el día de hoy. La principal diferencia jurídica entre el estado de sitio francés y el alemán es que, en Francia, lo declara el Poder Legislativo, mientras que, en la tradición alemana, el poder que determina el estado de excepción suele ser el jefe del Estado.

La historia constitucional francesa está llena de ejemplos de la aplicación del estado de excepción, ya sea por gobiernos de derecha o de izquierda. En enero de 1924, cuando estaba en peligro la estabilidad del franco, el gobierno de Poincaré solicitó los plenos poderes en materia financiera y, después de un fuerte debate en donde la oposición legislativa sostuvo que el Gobierno quería eliminar sus competencias, se aprobó una ley el 22 de marzo de ese año que limitó a cuatro meses los poderes especiales del Gobierno en materia financiera.

En diciembre de 1939, el gobierno francés, con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, obtuvo del Poder Legislativo la facultad de aprobar por decreto todas las medidas necesarias para asegurar la defensa de la nación. Durante la Segunda Guerra Mundial toda la actividad legislativa francesa estuvo en manos del Ejecutivo.

La vigente Constitución francesa de 1958 regula en el artículo 16 —solicitado en su redacción por De Gaulle— el estado de excepción de manera peculiar porque el peso del Poder Legislativo en su aprobación casi se ha desvanecido. La norma dice:

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad del territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República, tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Estas medidas deberán estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir con su misión. El Consejo Constitucional será consultado a este respecto. El Parlamento se reunirá automáticamente. La Asamblea Nacional no podrá ser disuelta durante el ejercicio de poderes excepcionales.<sup>1</sup>

En abril de 1961, durante la crisis argelina, De Gaulle recurrió al artículo 16, aunque el funcionamiento de los poderes públicos no se había interrumpido.

En la emergencia suscitada por la pandemia de COVID-19, en Francia se promulgó el 23 de marzo la ley número 290 de 2020, que declaró un estado de emergencia de salud por dos meses y estableció restricciones a los derechos fundamentales, principalmente, al libre tránsito, a la libertad de reunión y a las libertades económicas. La ley previó sanciones a quien violara sus normas. Las sanciones implicaban multas o la pena de prisión de hasta seis meses. El Consejo Constitucional francés en su decisión núm. 2020-800 DC, de 11 de mayo, reconoció el control judicial de las restricciones previstas en la ley 290 para evitar la arbitrariedad de las autoridades.

El origen del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 tiene su antecedente en el artículo 68 de la Constitución bismarckiana y en la Ley sobre el estado de sitio del 4 de junio de 1861, la cual autorizaba al emperador prusiano a declarar el estado de guerra (Denninger, 1996, pp. 445-485). El artículo 48 de la Constitución de Weimar decía:

---

<sup>1</sup> Respecto al estado de sitio, el artículo 36 de la Constitución de 1958 indica que éste será declarado por el Consejo de ministros y no por la Asamblea Nacional.

Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de las fuerzas armadas. A este efecto, puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

La Constitución de Weimar indicaba que una ley precisaría las facultades del presidente, la cual nunca llegó a aprobarse. Lo anterior permitió que las facultades del presidente del Reich quedarán indeterminadas. Por ello, la doctrina constitucional de la época habló de dictadura presidencial.

Entre 1925 y 1929, en Alemania, se aplicó en 250 ocasiones el estado de excepción previsto en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Desde julio de 1930, Alemania había dejado de ser una democracia parlamentaria. Antes del ascenso de Hitler al poder, la Presidencia de Hindenburg, en estado de excepción, fue justificada constitucionalmente por Schmitt en su polémica con Kelsen, indicando que el presidente, al aplicar el artículo 48 de la Constitución, actuaba como un guardián de la Constitución.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1968 se reintrodujo legalmente el estado de excepción al orden constitucional de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La ley alemana vigente regula el estado de necesidad interna, la cual se justifica como la defensa de una constitución democrática liberal.

Durante la pandemia de COVID-19 en Alemania en 2020, el gobierno dictó distintas medidas restrictivas de los derechos humanos y de la libertad de tránsito, basándose en el estado de tensión, diverso al estado de defensa, pues éste aplica en caso de guerra o de invasión al territorio alemán.

En Suiza, el 3 de agosto de 1914, la Asamblea Federal Suiza confirió al Consejo Federal —su Poder Ejecutivo colegiado— la facultad ilimitada de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la neutralidad de Suiza. Los juristas de ese país justificaron el estado de excepción en un derecho de necesidad inherente a la existencia del Estado y en una laguna de derecho que las disposiciones excepcionales debían colmar (García Pelayo, 1991, pp. 569 y ss.).

El estado de excepción no está previsto expresamente en la Constitución italiana de 1947 (Zagrebelsky, 2000, pp. 229-260). Los italianos han acudido al decreto ley para definir estos estados. Los decretos de necesi-

dad y urgencia han sido la vía jurídica para regular los estados de excepción, y se han transformado, a pesar de su origen excepcional, en parte de la vida jurídica ordinaria de ese país. Algunos teóricos dicen que el decreto ley ha trocado a la república parlamentaria italiana en una república gubernamental.

A partir del 31 de enero de 2020, por medio de diversos decretos leyes fundados en el artículo 77 de la Constitución italiana, se han dictado medidas de necesidad y urgencia que han restringido los derechos fundamentales.

En el derecho estadounidense, históricamente se han concedido al presidente de los Estados Unidos poderes soberanos para atender emergencias, incluyendo las militares. La Patriot Act, aprobada después del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York, confirió al presidente de los Estados Unidos poderes extraordinarios, por encima del Congreso, y creó una situación en la que la excepcionalidad se convirtió en regla. Este tipo de legislación en los Estados Unidos es de larga data. Por ejemplo, la National Recovery Act, del 16 de junio de 1933, concedió al presidente Roosevelt poderes ilimitados de reglamentación y de control sobre cualquier aspecto de la vida económica del país (Swisher, 1958, pp. 243-273; Corwin, 1992, pp. 266 y 267).

El 13 de marzo de 2020, el presidente Donald Trump emitió la Proclamación 9994 para establecer la emergencia nacional por la pandemia de COVID-19. Tal proclamación se fundamentó en la Ley Nacional de Emergencia y en la Ley de Seguridad Social, y ha comportado la restricción y limitación de algunos derechos fundamentales.

En España, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución y el artículo 4o., apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno decretó el estado de alarma por la emergencia sanitaria, con motivo de la pandemia de COVID-19, y se expidió en consecuencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020. Debe decirse que el estado de alarma permite hacer frente a los desastres naturales, las crisis de salud, la parálisis de los servicios públicos esenciales y la falta de suministro de las necesidades básicas, y para su determinación no requiere el acuerdo del Congreso de los Diputados. El estado de emergencia es una respuesta a las perturbaciones del orden público que impiden el funcionamiento normal de las instituciones democráticas y los servicios públicos, y, para decretarlo, se requiere el acuerdo del Congreso de los Diputados. El estado de sitio procede en casos de

amenaza contra la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el régimen constitucional español, y debe ser proclamado por el Congreso de los Diputados a propuesta del Gobierno (Cruz Villalón, 1980).

### III. LA COMPRENSIÓN JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA

Para Carl Schmitt, el único que puede decidir sobre el estado de excepción es el soberano. Este estado implica la garantía última del orden del Estado. Los estados de excepción, en la concepción autoritaria de Schmitt, escapan a la regulación normativa, es más, son el ámbito de la suspensión del ordenamiento jurídico en donde es el gobernante el que tiene el poder de decretar el estado de excepción y el que define la situación crítica a través de los medios que se estimen oportunos (Schmitt, 2009).

En las concepciones democráticas, la posición de Schmitt es insostenible. La tendencia en el derecho constitucional de nuestro tiempo es que los estados de excepción y de emergencia estén sometidos al ordenamiento jurídico y que los poderes o facultades del gobernante estén limitadas. En nuestro tiempo se busca eliminar cualquier arbitrariedad en el ejercicio del estado de excepción y reducir sensiblemente las posibilidades de discrecionalidad. La excepción y la emergencia deben estar sometidas al derecho, a la consecución de los derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, a la preservación del principio de división de poderes.

Schmitt, por el contrario, rechazó el normativismo kelseniano y cualquier posibilidad de que el estado de excepción y/o de emergencia pudiera comprenderse jurídicamente (Schmitt, 1990, p. 99). El entendimiento del estado de excepción, para Schmitt, sólo podía abordarse políticamente, ya sea con poderes extraordinarios o con un vaciamiento del orden jurídico para que en el vacío actuara la política.

Para Schmitt, el presidente del Reich estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Podía dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. El presidente del Reich era una suerte de dictador soberano que reunía en sus manos la legislación y la aplicación de la ley, y podía ejecutar inmediatamente por sí solo las normas. El presidente del Reich era el defensor del derecho y su fuente suprema, hasta el grado de que podía

reformular la Constitución sin someterse al procedimiento establecido para ello, interpretaba su contenido con eficacia fulminante y directa, suspendía derechos constitucionales, derogaba leyes, y adoptaba decisiones ejecutivas (Schmitt, 2014, pp. 29 y ss.).

En otras palabras, en Schmitt, el estado de excepción se caracteriza por la desmesura en la concentración de atribuciones en manos del Ejecutivo. La autoridad encargada de aprobar y aplicar la ley —el Ejecutivo— es la misma. No existen para ello, y respecto al poder del presidente del Reich, controles constitucionales o democráticos. El Ejecutivo es una suerte de comisario de la soberanía popular y el guardián de la Constitución (Mehring, 2014, p. 75).

En la teoría más contemporánea del estado de excepción, éste implica el paso del estado de normalidad ordinaria a un estado no regular, en el que deben asumirse dos valoraciones: la comprobación de un estado de peligro para el orden público, el mantenimiento de la Constitución y del Estado, y la necesidad de reaccionar con medidas excepcionales al peligro y/o riesgo. El asunto es delicado porque los poderes que comprueban el peligro y la necesidad de enfrentarlo son los mismos que están legitimados para ejecutar las medidas extraordinarias (Baldi, 1988, p. 620).

Suelen justificarse los estados de excepción y de emergencia como especies del género estado de necesidad. La emergencia o la excepcionalidad se caracteriza como una situación de necesidad transitoria y accidental que enfrenta el Estado. Los elementos de la necesidad son: a) la situación de necesidad o la circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; b) el acto necesario para enfrentar la situación de necesidad; c) el sujeto necesitado, que es la sociedad o el Estado, y d) el derecho de necesidad que deriva del ordenamiento jurídico y establece las condiciones y procedimientos para atender la emergencia o excepcionalidad (Sagüés, 2016, pp. 58-59).

La situación de necesidad impone una solución, por parte del Estado, para evitar producir un daño grave en la sociedad. Se dice que la situación de necesidad involucra hipótesis de peligro o de riesgo de carácter militar, económico, financiero, sanitario o político-institucional. La situación de necesidad significa que el peligro o riesgo no se puede enfrentar con soluciones jurídicas ordinarias o corrientes. En situaciones de necesidad de riesgo extremo está en juego la existencia misma de la sociedad, la estabilidad o supervivencia del Estado, o el sistema político mismo.

El acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado y una reducción de los derechos de los particulares. Generalmente, el Poder Ejecutivo adquiere competencias en detrimento del Legislativo, por ejemplo, a través de los decretos de necesidad y urgencia, que son leyes en el derecho comparado expedidas por el Ejecutivo sin intervención del Congreso.

En cuanto al sujeto necesitado, las doctrinas de corte autoritario sostienen que es el Estado, pero, en las democráticas, el sujeto necesitado no puede ser otro que el pueblo o la sociedad. En situaciones excepcionales, el sujeto necesitado —el pueblo— puede ejercer el derecho de resistencia contra la opresión.

Durante algún tiempo se discutió si la necesidad sólo comportaba fenómenos fácticos o si también tenía contenidos jurídicos. En las concepciones antidemocráticas y anticonstitucionales, la necesidad era sólo una circunstancia fáctica; en las democráticas, la necesidad debe tener fundamentos, regulación y fines jurídicos. Las constituciones contemporáneas regulan con mejor o menor éxito los supuestos, condiciones, procedimientos y consecuencias del estado de necesidad que da lugar a un estado de excepción, de emergencia o de alarma.

Se puede decir, en síntesis, que son tres las dimensiones del estado de necesidad: *a)* una fáctica, que contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad —cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias y quién debe consumarlo—; *b)* la normativa, que estudia las reglas y procedimientos de la situación de necesidad, así como al sujeto necesitado, el acto necesario y la constitucionalidad de la actuación de las autoridades que determinan y norman el estado de necesidad, y *c)* la axiológica, que son los valores jurídico-constitucionales que evalúan y legitiman las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y las normas que lo instrumentaron (Sagüés, 2016, pp. 59-62).

¿Cuál es la justificación del estado de necesidad? Existen dos posturas claramente distinguibles: 1) una mínima o democrática y 2) una máxima o antidemocrática. Para la postura mínima, el estado de necesidad es un medio para salvaguardar los derechos fundamentales y los principios democráticos que, de otra manera, en circunstancias de crisis no podrían tutelarse. En la postura mínima, el estado de necesidad no es un instrumento al servicio del gobernante, sino al servicio de las personas y de sus derechos, por ello el derecho de necesidad debe ejercerse proporcional

y razonablemente para que no degeneren en arbitrariedad o injusticia. En esa concepción mínima, el estado de necesidad y sus especies (excepción, emergencia, alarma, etcétera) deben encuadrarse en valores y limitaciones constitucionales.

En la visión autoritaria o máxima, el estado de necesidad y sus especies sirven para afirmar que los fines del Estado, su existencia y sus proyecciones se encuentran por encima de los derechos de las personas. El príncipe puede asesinar a sus parientes y/o aliados, si con ello conserva o realiza los fines del Estado. El príncipe puede disponer del cuerpo y de los bienes de los súbditos en todo momento. La necesidad justifica las guerras de conquista o las guerras preventivas de nuestra época. La necesidad obliga al príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. La necesidad, en la concepción máxima, está exenta de cualquier control ético.

En nuestros días, no puede admitirse un estado de excepción opuesto o ajeno a la Constitución. El derecho de excepción, emergencia, alarma, sitio, etcétera, no puede afectar los principios fundamentales de la Constitución y jamás puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni suspender la vigencia de la Constitución. En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, los estados de excepción y de emergencia son instituciones reguladas y limitadas por los principios democráticos, la dignidad de las personas y los fines del Estado constitucional (Baldi, 1988, p. 620).

Los estados de excepción y de emergencia, de acuerdo con el orden constitucional de cada Estado, pueden justificar afectaciones al principio de división de poderes y limitaciones y/o restricciones transitorias a los derechos fundamentales. Durante los estados de excepción y de emergencia puede existir un trastocamiento constitucionalmente autorizado de las reglas de distribución horizontal y/o vertical de competencias.

El derecho a los estados de excepción, de emergencia y de alarma, aunque no estuviera expresamente reconocido en el orden constitucional, debe entenderse como un derecho constitucional implícito que se justifica porque sirve para salvaguardar los fines constitucionales últimos. En el derecho de los estados de excepción y de emergencia se produce la subordinación de las reglas del derecho positivo a la ley fundamental de la subsistencia del orden constitucional. Lo importante en todos los casos es tener muy claro que el derecho a la excepción y/o emergencia reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a la lógica de la necesidad, y no conforme a una lógica de la normalidad.

#### IV. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, DE EMERGENCIA SANITARIA Y DE INTERVENCIÓN FEDERAL EN EL DERECHO MEXICANO

El artículo 29 de la Constitución dispone en su primer párrafo que, en casos de invasión (seguridad exterior), perturbación grave a la paz pública (seguridad interior) o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (seguridad interior y exterior), solamente el presidente, con aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente, podrá restringir o suspender derechos humanos y garantías en todo el país, o en una parte de él, por tiempo limitado y por medio de prevenciones generales. Además, agrega que la suspensión y restricción de derechos debe estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro al que se hace frente y se deben observar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Todos los decretos (que deben ser constitucionales) expedidos por el Ejecutivo, con motivo y durante el tiempo de la suspensión o restricción de derechos, deben ser revisados de oficio y prontamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el fin de determinar su constitucionalidad y validez.<sup>2</sup> Las medidas legales y administrativas adoptadas durante la etapa de suspensión o restricción quedan sin vigencia una vez concluida la emergencia. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Con motivo de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, se estableció que, en la suspensión de derechos y garantías, no pueden restringirse ni suspenderse los derechos a que alude el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, algunos sostenemos que esos derechos humanos y garantías tienen prevalencia sobre el resto del bloque de constitucionalidad, pues, aun en el caso extraordinario de la suspensión de derechos y garantías, no pueden limitarse.

Es muy importante señalar que, conforme a la reforma al artículo 29 de la Constitución, para que la suspensión o restricción de derechos y garantías sea constitucional y convencional, debe cumplir con ciertos principios: de legalidad, para que existan normas que lo regulen y se prevean

---

<sup>2</sup> Entre otros autores que tratan el tema antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, véase Fix-Zamudio (2004), Valadés (1974) y Fix-Fierro (2004, pp. 498-508; 2003, pp. 595-657).

los mecanismos de control; de proclamación, para que la suspensión y restricción sea pública; de no discriminación; de notificación, para que las autoridades supranacionales de derechos humanos conozcan del establecimiento y aplicación de la suspensión de derechos y garantías; de temporalidad, para que las medidas no sean eternas, sino transitorias; de amenaza excepcional y no ordinaria; de proporcionalidad, para que las medidas que se adopten estén en consonancia con el peligro que se enfrenta, y de complementariedad, concordancia y compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

Han existido intentos por aprobar una legislación secundaria del artículo 29 constitucional, los cuales no han tenido éxito. Encuentro como explicación de lo anterior, la pugna entre la visión que busca matizar y reducir la juridificación del estado de suspensión de derechos y garantías, y la visión que pretende maximizar la juridificación de la suspensión dentro de parámetros que faciliten su control de constitucionalidad y convencionalidad.

Además del estado de suspensión de derechos y garantías, el presidente de la República cuenta, para algunos, con facultades legislativas propias en el orden constitucional mexicano que son opuestas al principio de división de poderes tradicional. En los términos del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, el Ejecutivo Federal, a través del Consejo de Salubridad General, puede emitir disposiciones generales obligatorias para toda la República en materia de salubridad, tanto en caso de epidemias como de enfermedades exóticas, alcoholismo, sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, o para combatir la contaminación ambiental.

La fracción XVI del artículo 73 constitucional entraña poderes extraordinarios en favor del Ejecutivo, los cuales se ejercen a través del Consejo de Salubridad General, para enfrentar las contingencias que prevé la norma, entre ellas las relativas a una pandemia, como la relacionada con la COVID-19. Esas facultades extraordinarias son, en primera instancia y de manera directa, de carácter sanitario, pero pueden extenderse, como se ha comprobado con la pandemia de COVID-19, a las materias financieras, presupuestales, políticas o las que sean necesarias para atender una pandemia.

Los estados de emergencia por salud pública implican el ejercicio de facultades concurrentes entre la Federación, los estados y municipios. La Ley General de Salud establece la distribución de competencias para controlar, prevenir, vigilar y supervisar el cumplimiento de las medidas

obligatorias que emite el Consejo de Salubridad General. El 30 de marzo de 2020, el gobierno mexicano declaró emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor.<sup>3</sup> Al día siguiente, la Secretaría de Salud Federal decretó medidas extraordinarias para atender la emergencia, entre las que destacan la Jornada Nacional de Sana Distancia y la suspensión inmediata de actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión de la COVID-19. El gobierno mexicano de López Obrador no ha querido pasar de la emergencia sanitaria prevista en la fracción XVI del artículo 73 constitucional al estado de suspensión de derechos y garantías reconocido en el artículo 29 constitucional.

El estado de emergencia sanitaria implica que las restricciones de los derechos deben ser oportunas, transitorias, públicas, proporcionales y no discriminatorias, conforme a los mejores estándares de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>4</sup> y los de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>5</sup> Dichos estándares desarrollan diferentes normas universales, regionales y nacionales de los derechos humanos que son vinculatorias para el Estado mexicano, el cual debe salvaguardarlas para garantizar el principio *pro persona*.

La Federación puede intervenir en la vida interior de las entidades federativas a través de múltiples instrumentos que implican una transgresión al principio de división de poderes vertical. Entre los mecanismos de intervención, podemos mencionar los siguientes. Previsto en el artículo 29 de

---

<sup>3</sup> La declaración fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> Los Principios de Siracusa establecen los siguientes criterios para la limitación de los derechos humanos: la limitación debe estar prevista en el orden jurídico y ser compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la limitación no debe ser arbitraria; puede ser impugnada su aplicación abusiva; no debe ser discriminatoria; debe ser necesaria; debe responder a un objetivo legítimo, y debe ser proporcional. También deben tomarse en cuenta los Estándares de París, el Informe del Relator Especial, Leandro Despouy, sobre derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1997/19) y la Observación General núm. 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11).

<sup>5</sup> Los principios de Limburg son similares a los de Siracusa y agregan algunos criterios para justificar la limitación a los derechos humanos, por ejemplo, las limitaciones no deben impedir el funcionamiento democrático de la sociedad y la limitación no debe aplicarse o interpretarse en menoscabo de un determinado derecho.

la Constitución, la Federación puede suspender derechos humanos y garantías en las entidades, en alguna de ellas o en todas, sin que las entidades federativas puedan intervenir en el procedimiento.

En materia electoral, el Instituto Nacional Electoral (INE) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tienen competencias sobre los procesos electorales locales, según establecen los artículos 41, 99 y 116, fracción IV, de la Constitución. En el caso del INE, éste puede asumir la realización de las elecciones locales.

De acuerdo con el artículo 73, fracciones I y III, de la Constitución, el Congreso de la Unión puede admitir nuevos estados en la Federación sin el consentimiento de las entidades federativas, y puede formar nuevas entidades dentro de los límites de los existentes. En este caso, si las legislaturas de las entidades de los territorios de que se trate no dan su consentimiento, las demás legislaturas locales pueden crear, con el voto de las dos terceras partes, a las nuevas entidades.

Conforme al párrafo segundo de la fracción I del artículo 76 de la Constitución, el Ejecutivo, con la aprobación del Senado, puede aprobar tratados, terminarlos, denunciarlos, suspenderlos, modificarlos, enmendarlos, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre ellos, sin la participación directa de las entidades federativas, incluso si esas normas tuvieran incidencia en su ámbito y en el de los municipios.

A través de la implementación de la Guardia Nacional, el Poder Ejecutivo Federal tiene competencias para emplearla en todo el territorio nacional, incluyendo a las entidades federativas, sin necesidad de que éstas autoricen la participación de la Guardia en el ejercicio de las facultades que la ley determina para ella (Cárdenas Gracia, 2020a, pp. 29-38).

El Senado de la República cuenta con la atribución —artículo 76, fracción V, de la Constitución— para declarar la desaparición de los poderes en las entidades federativas y para nombrar a un titular del Poder Ejecutivo provisional que convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales de la entidad federativa. Tal facultad se ejerce por los poderes de la Federación sin participación de las entidades (González Oropeza, 1987).

El Senado, de acuerdo con la fracción VI del artículo 76 de la Constitución, tiene competencia para resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa, cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado o cuando, con motivo de dichas cuestiones, se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas.

Los Ejecutivos de las entidades federativas, los diputados locales, los magistrados locales, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales y los titulares de órganos constitucionales autónomos locales pueden ser sujetos a juicio político y de declaración de procedencia federal. La resolución se comunica a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda —artículo 76 fracción VII, 110 y 111 de la Constitución—. El Senado de la República designa a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sin tomar en cuenta a las entidades federativas —artículo 76, fracción VIII, de la Constitución—, tal como se previó originalmente en la Constitución de 1917.

También el Senado autoriza, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, los convenios amistosos que, sobre sus respectivos límites, celebren las entidades federativas —artículo 76, fracción X—. En caso de no existir convenio, la competencia es de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos del artículo 46 de la Constitución.

La Auditoría Superior de la Federación fiscaliza a las entidades federativas y a los municipios en los términos del artículo 79 de la Constitución. La Auditoría tiene facultad para fiscalizar las garantías que otorgue el gobierno federal respecto a empréstitos de entidades y municipios, así como los recursos federales que administren las entidades y municipios, en coordinación con las entidades federativas o de manera directa, y también puede fiscalizar las participaciones federales. En cuanto a las aportaciones federales, la fiscalización es directa por parte de la Auditoría Superior de la Federación (Ackerman y Astudillo, 2009).

En materia judicial, las decisiones de las autoridades de las entidades federativas y municipios son susceptibles de ser controvertidas mediante el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. En México no existe federalismo judicial. Casi todas las decisiones de los tribunales locales, aun las de carácter constitucional local, son susceptibles de ser revisadas por los tribunales federales (Collí Ek, 2011, pp. 297-326).

De acuerdo con el artículo 113 de la Constitución, en el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) no hay participación de las entidades federativas ni de los municipios, aunque se le da el mote de nacional. Sin embargo, sus decisiones tienen consecuencias en el ámbito local para los sistemas de anticorrupción de las entidades federativas.

También podemos sumar a los mecanismos de intervención, las competencias que la Federación o las entidades federativas se delegan mutuamente mediante convenios, según lo prevé la fracción VII del artículo 116 constitucional.

Según el artículo 120 de la Constitución, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales, pero el Poder Ejecutivo Federal no está obligado a publicar y a difundir las leyes locales.

El artículo 121 del ordenamiento supremo indica que, en cada entidad federativa, se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales realizados por las otras. A través de leyes generales se regulará la manera de probar los actos, registros y procedimientos. Es decir, nuevamente es el Congreso de la Unión el que determina el alcance de los actos, registros y procedimientos de las entidades federativas.

Finalmente, el primer párrafo del artículo 119 de la Constitución establece el mecanismo de intervención federal. La norma señala que los poderes de la Unión tienen el deber de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia interior. En caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura de la entidad federativa o por su Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida.

La intervención federal implica una afectación severa al principio de división de poderes vertical (Cárdenas Gracia, 2020b). Los poderes de la Unión, con su intervención justificada, trastocan el reparto de competencias entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, en aras de garantizar el orden constitucional de la República al interior de las entidades federativas. La intervención federal también, y mientras permanezca, puede entrañar limitaciones temporales a los derechos fundamentales.

Se trata de un mecanismo que impacta, aunque no de la misma manera que la suspensión de derechos y garantías del artículo 29 constitucional, en la esfera del orden constitucional que las personas ordinariamente viven. El derecho en esta situación presenta características excepcionales en su concepción, interpretación y aplicación.

Dada la trascendencia de la institución, sería importante que el Congreso de la Unión expidiera una legislación reglamentaria del párrafo primero del artículo 119 constitucional que fijara los límites, profundidad y alcance de la intervención federal. Al momento, no existe ordenamiento secundario que señale de manera precisa los supuestos de la intervención, ni los

procedimientos necesarios para decretarla, ni el papel de los poderes de la Unión en la determinación y aplicación del mecanismo de intervención federal.

#### V. EL DERECHO SECUNDARIO QUE SE REQUIERE PARA NORMAR LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS, LA EMERGENCIA SANITARIA Y LA INTERVENCIÓN FEDERAL

En nuestro país, no existen normas secundarias que permitan regular con alguna extensión los estados de suspensión de derechos y garantías, de emergencia o de intervención federal. Para discutir y, en su caso, aprobar esa legislación se debería acudir en primer término al derecho internacional de los derechos humanos —en el ámbito universal, al artículo 4o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, en el sistema interamericano, al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. A partir de ese derecho supranacional se debe entender que la interpretación de las normas, una vez aprobadas, deberá ser restrictiva, para afectar en menor grado los derechos de las personas, además de cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- a) Proclamación oficial de cualquier estado de excepción;
- b) Principio de excepcionalidad;
- c) Atender a los principios de necesidad y proporcionalidad;
- d) Que las autoridades competentes justifiquen la proclamación de cualquier estado de excepción y las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración;
- e) Que las medidas que se adopten no entrañen discriminación alguna;
- f) La temporalidad precisa de las medidas adoptadas;
- g) Carácter inalienable de ciertos derechos humanos;
- h) Contar con otros criterios sustantivos para proteger en especial algunos derechos como el de protección judicial, y
- i) Cumplir con la notificación internacional.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Sobre estos estándares, véase los párrafos 13 a 16 de la Observación General núm. 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11) y las Opiniones Consultivas núm. 8/87 (OC-8/87) y núm. 9/87 (OC-9/87) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre la ley reglamentaria del artículo 29, han existido intentos de aprobación de un cuerpo normativo que han resultado a la postre frustrados. La futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional se debería encargar de precisar los casos que pueden dar lugar a la suspensión de derechos y garantías —invasión, perturbación grave a la paz pública, grave peligro o conflicto—. La ley podría detallar el procedimiento para que, cuando el titular del Poder Ejecutivo advierta la causa de suspensión de derechos y garantías, la solicite al Congreso de la Unión, y éste la apruebe por tiempo limitado, mediante prevenciones generales y, sin que la suspensión o restricción se contraiga a determinada persona, precisando si se aplicará en todo el territorio nacional o sólo en alguna parte de él.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 estableció en su artículo cuarto transitorio que el Congreso de la Unión expediría la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional en el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional. El plazo fue transgredido y hasta la fecha no se ha expedido la legislación reglamentaria respectiva.

Desde luego que la ley reglamentaria debe reforzar el principio constitucional para que, en los decretos que se dicten con motivo de la suspensión de derechos y garantías, no puedan suspenderse los derechos siguientes: 1) a la no discriminación, 2) al reconocimiento de la personalidad jurídica, 3) a la vida, 4) a la integridad personal, 5) a la protección de la familia, 6) al nombre, 7) a la nacionalidad, 8) a los derechos de la niñez, 9) los derechos políticos, 10) las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna, 11) el principio de legalidad y retroactividad, 12) la prohibición de la pena de muerte, 13) la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, y 14) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.

La ley debería puntualizar que tampoco se podrán suspender los siguientes principios: *pro persona*, de no discriminación, de legalidad, de irretroactividad de las leyes y del debido proceso. Igualmente, en la ley no podría suspenderse el valor de la dignidad humana.

Los derechos, garantías y principios que no pueden suspenderse son consecuencia de la redacción del segundo párrafo del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, antes de la reforma mexicana al artículo 29 constitucional, ya había establecido los derechos y garantías que no pueden ser menoscabados en la región interamericana por los procedimientos de suspensión de derechos. No obstante, entre

el artículo 27 de la Convención y el artículo 29 de nuestra Constitución existen diferencias. El artículo 29 constitucional añade al 27 de la Convención como derechos “insuspendibles”, el derecho a la no discriminación y la prohibición de la desaparición forzada y de la tortura.

Las medidas que se dicten con motivo de la suspensión de garantías deben tomar en cuenta la gravedad y la naturaleza del caso. Por eso, las medidas del Ejecutivo deben basarse en los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cada uno de esos principios debe ser desarrollado por la legislación secundaria del artículo 29 constitucional.

El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis, debe determinarse pormenorizadamente en la ley para que todas las medidas legales y administrativas dictadas durante la suspensión queden sin efecto de manera inmediata. Desde luego que la ley reafirmaría que el Ejecutivo no posee veto para oponerse al decreto del Congreso que ponga fin a la suspensión de derechos y garantías.

La ley secundaria debe establecer los plazos y procedimientos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio e inmediatamente, revise la constitucionalidad y la validez jurídica de los decretos que se emitan con motivo de la suspensión de derechos y garantías.<sup>7</sup> El rol más importante de la futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional debe ser el someter a derecho, y a controles jurídicos y político-democráticos, la suspensión de derechos y garantías (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-257).

Un tema más interesante, dado que el artículo 29 de la Constitución reconoce derechos humanos y principios que nunca podrán suspenderse ni restringirse, consiste en saber si en el orden jurídico nacional existen derechos humanos de primer nivel y de segundo nivel, porque los que están contenidos en el artículo 29 tienen una protección reforzada que no tienen los demás derechos humanos. En este sentido, creo que en México queda actualizada, paradójicamente y sólo para estos efectos, la vieja tesis de las decisiones políticas fundamentales de la que hablaba Carl Schmitt. En el futuro, ninguna reforma constitucional podría realizarse para menoscabar

---

<sup>7</sup> En el derecho constitucional comparado, uno de los temas en los que se insiste con mayor ahínco, es en el control de constitucionalidad y convencionalidad a los estados de emergencia y de excepción. Entre otros, véase Zovatto (1987), García Belaúnde (1984), Gallón Giraldo (1979) y García Villegas y Uprimny (2000).

o limitar los derechos humanos o los principios que enumera el artículo 29 de la Constitución.

El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también es muy relevante porque se constituye en el último garante de la constitucionalidad en una situación de suspensión de derechos y garantías. Quien definirá el alcance de las medidas y de los derechos humanos será la Suprema Corte, y no algún otro poder. Lo anterior, aunque nos parece muy correcto, presenta el problema relacionado con la legitimidad democrática de origen de los jueces constitucionales porque los integrantes de la Suprema Corte no son electos por el pueblo y, en situaciones excepcionales y extraordinarias, los ministros le van a señalar a poderes electos por el pueblo que sus decisiones de emergencia no reúnen las condiciones de constitucionalidad ni de validez. Aquí se comprueba el carácter de legislador negativo de la Suprema Corte a la que se ha referido reiteradamente la teoría constitucional popular (Alterio y Niembro Ortega, 2013; Alterio, 2014).

En síntesis, la futura ley reglamentaria del artículo 29 constitucional debe ceñir al poder del hiperpresidencialismo mexicano. El garante de la Constitución, aun durante los estados de excepción, debe ser exclusivamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y no el Ejecutivo o algún otro poder o instancia.

Respecto a la fracción XVI del artículo 73 constitucional, no existe una ley reglamentaria específica que regule las atribuciones del Consejo de Salubridad General, a menos que entendamos que ella es la Ley General de Salud, que ciertamente establece algunas bases limitadas, pero no suficientes, para atender las emergencias sanitarias en situaciones de crisis o extraordinarias. En nuestro país está en vigor el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, publicado el 11 de diciembre de 2009, que concede al Consejo facultades de regulación administrativa general —puede emitir normas administrativas de carácter general—, pero no legislativas, y cuando mucho el citado Consejo puede proponer reformas legales —artículo 9o., fracción VIII, del Reglamento—.

La finalidad de la ley reglamentaria del artículo 73, fracción XVI, consistiría en delimitar las competencias del Consejo de Salubridad General, lo que hoy en día se norma a través del reglamento mencionado, el cual no está diseñado específica ni integralmente para regular las emergencias sanitarias, sino principalmente para situaciones ordinarias relacionadas con la salud. La futura ley reglamentaria podría regular los alcances de la emergencia y las facultades administrativas de carácter general y par-

titular que tendría el Consejo. Seguramente, al igual que en materia de suspensión de derechos y garantías, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería tener facultades de control constitucional de oficio para revisar las determinaciones generales y abstractas del Consejo de Salubridad General, y el Congreso de la Unión debería tener atribuciones de control parlamentario sobre esas decisiones. Las medidas del Ejecutivo y del Consejo de Salubridad General deben basarse, en todo caso, en los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, y cada uno de esos principios debe ser desarrollado por la futura legislación reglamentaria del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución.

La historia constitucional de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución demuestra los problemas de interpretación del precepto: si las decisiones del Consejo de Salubridad General son realmente legislativas; si son o no atribuciones concurrentes; si la fracción XVI del artículo 73 constitucional es una excepción al principio de división de poderes establecido en el artículo 29 constitucional, entre otras (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-257). Esto demuestra la necesidad de una ley reglamentaria del precepto que aclare o resuelva esas polémicas, además de brindar certeza constitucional sobre el alcance de las medidas que son adoptadas por el Consejo de Salubridad General.

En cuanto a la intervención federal en las entidades federativas prevista en el primer párrafo del artículo 119 constitucional, no existe a la fecha legislación secundaria alguna. Es obvio que, en el ejercicio de esta facultad, se puede atentar contra el principio de división de poderes vertical —afectar el federalismo y las competencias de los estados y municipios— y también contra los derechos humanos, como puso de manifiesto el voto concurrente del exministro José Ramón Cossío Díaz sobre la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 1/2007, en la que se analizaron hechos ocurridos en la ciudad de Oaxaca y la actuación del Poder Ejecutivo Federal.

Para ello, se requiere una legislación secundaria que precise los supuestos que dan lugar a la obligación de los poderes de la Unión de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia exterior, y la obligación de los poderes de la Unión de otorgar protección a las entidades federativas en cada caso de sublevación o trastorno interior, cuando sean excitados por la legislatura local o por su Ejecutivo, cuando la primera no estuviere reunida.

La legislación secundaria del primer párrafo del artículo 119 constitucional seguramente implicará la intervención oficiosa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Congreso de la Unión para controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las determinaciones que adopte el Ejecutivo Federal en los procesos de intervención y garantía federal, así como la garantía efectiva de los principios de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación en las decisiones que sean asumidas por el presidente de la República en esos casos.

## VI. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que, durante la guerra o en el estado de excepción, el derecho es diverso y distinto al de los periodos de paz. Señalamos que el derecho sólo es posible plena y totalmente —derecho constitucional y democrático— en el estado de paz, pues el derecho sufre alteraciones muy profundas en los estados de guerra o de excepción.

Sin embargo, en las teorías del Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneas, aun en estados de excepción o de guerra, el derecho debe intervenir y normar esas situaciones para que se preserven y garanticen los derechos humanos y los principios democráticos. Hoy en día, no son admisibles teorías como la de Schmitt que aludían a la suspensión total del derecho o de los principios democráticos durante los periodos de excepción (Valim, 2018, pp. 438-461).<sup>8</sup>

Los estados de excepción revisten gradualidades, por eso, en el derecho comparado es habitual que se distingan diversas etapas: de guerra, de sitio, de emergencia, de alarma, etcétera. En el derecho mexicano también existen gradaciones: la suspensión de derechos y garantías del artículo 29 constitucional, el estado de emergencia sanitaria que reconoce el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución y los diversos mecanismos de intervención federal, entre ellos, el previsto en el primer párrafo del artículo 119 constitucional, además de la declaración de guerra reconocida en el artículo 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución.

Cada una de las etapas o categorías de la excepción exige una regulación diversa que debe atender a las necesidades provocadas por la gra-

---

<sup>8</sup> Se debe tener también mucho cuidado con las derivas neoliberales de los estados de excepción y de emergencia para evitar que el poder o las riquezas se concentren en unos cuantos y se genera una mayor desigualdad socioeconómica.

vedad de los hechos y a los riesgos y amenazas que corre la sociedad, el Estado constitucional y la democracia.

En nuestro país, la legislación secundaria y reglamentaria sobre los estados de excepción es inexistente o profundamente deficiente. No hay ley reglamentaria del artículo 29 constitucional, el artículo 73, fracción XVI, está insuficientemente normado por la Ley General de Salud, y el primer párrafo del artículo 119 constitucional carece de legislación secundaria. Las facultades del Ejecutivo y del Legislativo —artículo 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución—, en relación con la guerra, carecen de regulación.

Es inaceptable que todos esos estados de crisis no tengan una comprensión jurídica adecuada. Al no tenerla, la actuación del titular del poder ejecutivo y de otras autoridades se presta a excesos de poder que violan los principios de división de poderes, los democráticos, y los derechos humanos.

Es necesario contar con un derecho democrático y compatible con los derechos humanos para los diversos estados de excepción y sus variantes. Nuestro derecho constitucional hoy en día no tiene respuestas integrales para enfrentar la excepcionalidad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, J. M. y ASTUDILLO, C. (coords.). (2009). *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*. México: UNAM-IJ.
- AGAMBEN, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, I*. Valencia: Pre-Textos.
- ALTERIO, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (8), 227-306.
- ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (2013). ¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad, en ALTERIO, A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.). *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. México: Porrúa.
- BALDI, C. (1988). Estado de sitio, en BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. *Diccionario de Política* (t. I) México, Siglo XXI Editores.

- CÁRDENAS GRACIA, J. (2020a). La militarización de México: de Fox a López Obrador, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Emergencia sanitaria por COVID-19: un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 27, México: UNAM-IIIJ.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2020b). *Manual de Derecho Constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- COLLÍ EK, V. M. (2011). “La voz del constituyente y la evolución constitucional del amparo en México, 1917-2009”, en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia* (t. I), México, UNAM.
- Comité de Derechos Humanos. (2001). Observación General núm. 29 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11). Disponible en: <https://undocs.org/es/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987a). Opinión Consultiva núm. 8/87 (OC-8/87). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987b). Opinión Consultiva núm. 9/87 (OC-9/87). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf).
- CORWIN, E. S. (1992). *The Constitution and What It Means Today*, Nueva Jersey: Princeton University Press.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DENNINGER, E. (1996). Democracia militante y defensa de la Constitución. En BENDA, E. et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- FIX-FIERRO, H. (2003). “Comentario al artículo 29 constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, E. et al. (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones* (t. V), México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados (LVIII Legislatura)-Senado de la República-IFE-TEPJF-SCJN.
- FIX-FIERRO, H. (2004). Comentario al artículo 29 constitucional. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, México, : Porrúa-UNAM-IIIJ.

- FIX-ZAMUDIO, H. (2004). “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111).
- GALLÓN GIRALDO, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, América Latina.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. (1984). Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas. En varios autores. *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.
- GARCÍA VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R. (2000). “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en CAMACHO GUIZADO, A. y LEAL BUITRAGO, F. (comps.). *Armar la paz es desarmar la guerra*. Bogotá, DNP-FESCOL-IEPRI-Misión Social, Presidencia de la República-Alto Comisionado para la Paz.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M. (1987). *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México, UNAM-IIIJ.
- HAURIOU, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Comares.
- MEHRING, R. (2014). *Carl Schmitt. A Biography*, Cambridge: Polity Press.
- SAGÜÉS, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- SALAZAR UGARTE, P. (2013). “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.*, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (t. I), México, SCJN-UNAM-IIIJ-Konrad Adenauer Stiftung.
- SCHMITT, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid, Tecnos.
- SCHMITT, C. (2009). *Teología política*. Madrid, Trotta.
- SCHMITT, C. (2014). *El valor del Estado y el significado del individuo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SWISHER, C. B. (1958). *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos* (t. I), Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- VALADÉS, D. (1974). *La dictadura constitucional en América Latina*. México: UNAM.

- VALIM, R. (2018). Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo. *Revista Derechos en Acción*, 7(7), 438-461.
- ZAGREBELSKY, G. (2000). Epílogo. En MORTATI, C. *La Constitución en sentido material*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ZOVATTO, D. (1987). “La regulación jurídica internacional de los estados de emergencia en América Latina”, en *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en situaciones de excepción*, México, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Agua e hidrocarburos: un acercamiento a su interacción bajo el enfoque del derecho humano al agua

### *Water and hydrocarbons: An approach to their interaction under the human right to water approach*

*Recepción:* 17 de julio de 2020

*Aceptación:* 3 de febrero de 2021

Enoc Alejandro GARCIA RIVERA \*

**RESUMEN:** La segunda década del siglo XXI marca el inicio del impulso estatal más importante que se le ha impuesto a la industria nacional de los hidrocarburos. Modificaciones a la Constitución, un nuevo marco regulatorio, planeaciones gubernamentales soportadas en su aprovechamiento y, sobre todo, el acrecentamiento en el número de proyectos de explotación son el mayor testimonio de ello. Este último corolario que acompaña al nuevo impulso de la industria petrolera viene acompañado de efectos que repercuten sobre bienes tutelados por los derechos humanos, como el agua, lo que genera tensiones en torno a su garantía. Por lo anterior, el presente trabajo académico tiene como finalidad examinar las implicaciones del derecho humano al agua y los efectos negativos del aprovechamiento de los hidrocarburos que atentan contra su garantía en el marco de las convenciones instauradas para este derecho.

**Palabras clave:** derecho humano, agua, hidrocarburos, Constitución.

**ABSTRACT:** The second decade of the 21st century marks the beginning of the most important state impulse that has been imposed on the national hydrocarbon industry. Modifications to the Constitution, a new regulatory framework and government planning supported by its use and, above all, the increase in the number of exploitation projects are the greatest testimony of this. This last corollary that accompanies the new impulse of the oil industry comes with effects that tend to impact on assets protected by human rights, such as water, which generates tensions around its guarantee. Therefore, the present academic work aims to examine the implications of the human right to water and the negative effects of the use of hydrocarbons that undermine its guarantee within the framework of the conventions established for this right.

**Keywords:** human rights, water, hydrocarbons, Constitution.

---

\* Catedrático Conacyt adscrito al Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: [enocalejandrogarcia@gmail.com](mailto:enocalejandrogarcia@gmail.com). ORCID 0000-0002-43188571.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El agua como derecho humano*. III. *El derecho humano al agua a nivel nacional: incorporación e implicaciones*. IV. *La industria de los hidrocarburos frente a la implicación jurídica de la calidad del líquido vital impuesta por el derecho fundamental al agua*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir de que la energía fósil se situó como un factor imprescindible para la producción de un sinnúmero de bienes y servicios que sirvan de base para determinar un nivel óptimo de vida en la época moderna, los hidrocarburos ascendieron como un recurso natural de alta preeminencia para el progreso de los Estados. Esta condición productiva originó que su presencia en el subsuelo de las soberanías estatales representara, y represente, un atributo natural que les debe ofrecer una mayor oportunidad de progreso en relación con aquellas entidades estatales que no los poseen, dado que, sólo de inicio, les ofrece la enorme posibilidad de disponer de energía de primera mano para suplir las necesidades energéticas de los sectores que les brindan dinamismo y desarrollo.

Los países con riqueza petrolera han sido identificados como entidades estatales de condiciones excepcionales para impulsar y fortalecer aquellos aspectos que los consolidan como naciones, ya que la calidad de impulsor económico que posee el recurso natural fósil es asociada con la obtención del progreso público. De hecho, se ha afirmado que los hidrocarburos son un componente decisivo para el logro de algunos de los fines públicos de orden económico más importantes. Evidentemente, esta acentuada relevancia trasciende a la dinámica que orienta a la administración gubernamental, especialmente a la de nivel central, como primer responsable de conducir el crecimiento económico y el bienestar social nacional, debido a que la empuja a formular su planeación pública en torno a su aprovechamiento

Bajo este escenario, en 2013 daría inicio la reestructuración del marco legal, la cual estaría orientada a actualizar las bases jurídicas con las que se instrumentaría la renovación de la industria petrolera mexicana. Este esquema no sólo serviría de soporte para la nueva fórmula jurídica del aprovechamiento de los hidrocarburos, sino también para las expectativas

públicas de desarrollo nacional y regional del país que estarían ligadas a los proyectos de explotación que se originarían por su causa. De nuevo, y sin distingo de la ideología política que estuviera al frente del gobierno central, el impulso al desarrollo económico de México estaría cimentado sobre la explotación del denominado oro negro.

Un lustro después, el renovado esquema legal del aprovechamiento de hidrocarburos había propiciado para el Estado mexicano más de cien proyectos de exploración y extracción que, en su conjunto, abarcaban amplias áreas de explotación tanto en tierra como en mar. De igual forma, este reavivado apogeo de la industria ha ampliado la perspectiva de desarrollo en las regiones donde los proyectos se han visto asentados, debido a que la multiplicidad de actividades operativas que deben desarrollarse para cumplir con las metas de producción contractualmente establecidas genera cierta derrama económica directa en las zonas donde se llevan a cabo.

Sin embargo, el impulso económico y las expectativas públicas de progreso originadas por la práctica de los proyectos no son los únicos efectos que acompañan a esta actividad económica extractiva, también vienen inmersos en ella otros aspectos de matices distintos a los económicos que repercuten de modo diverso en las zonas donde se realizan, los cuales obran en detrimento de las esferas de garantización que han sido constitucionalmente desplegadas en torno a ciertos bienes jurídicos de relevancia vital para el hombre. Un ejemplo de estos bienes es el agua, recurso natural que es propenso a ser contaminado o sobreexplotado precisamente por esas actividades inherentes al desarrollo de los proyectos de explotación del petróleo y sus derivados.

Es por lo anterior que el presente trabajo académico pretende aproximarse al análisis de las implicaciones constitucionales que se establecen sobre el líquido vital, con el objeto de garantizar y proteger el derecho humano de acceso al agua, debido a que, en las zonas donde interactúan las comunidades, el recurso hídrico y la explotación de hidrocarburos, habitualmente se presentan condiciones que tienden a acotar el ejercicio de este derecho. De modo particular, el examen se centrará en analizar las implicaciones de las garantías del derecho humano al agua y en los efectos negativos del aprovechamiento de los hidrocarburos, lo cual, en específico, se confronta con la garantización de la calidad del recurso hídrico. Lo anterior se realizará con el fin de contribuir a la discusión jurídica que se ciñe en torno a su goce y ejercicio pleno y efectivo.

## II. EL AGUA COMO DERECHO HUMANO

El agua se sitúa como uno de los bienes naturales imprescindibles para la vida del ser humano, de la flora y de la fauna. Es tal su relevancia para la vida orgánica y para los procesos ecosistémicos del orbe que, sin problema, se puede aseverar que es profusamente esencial para la salud integral del planeta. Ya sea por los beneficios sustanciales que derivan de cada uno de sus estados físicos o de cada una de las funciones biológicas que derivan de sus atributos físicoquímicos, el recurso hídrico trasciende de modo por demás fundamental a los planos de la existencia planetaria y, por consiguiente, del ser humano. Sin duda, no existe algún aspecto vital asociado con la humanidad que no se encuentre vinculado al agua.

Catalano (1977) indica que el agua, al igual que el suelo y la atmósfera, se erige como elemento fundamental para la supervivencia de la raza humana y para el desarrollo de cualquier otro organismo viviente, en virtud de que los procesos vitales de alimentación e hidratación sobre los que se sostiene su permanencia en el planeta dependen directamente del acceso a este vital líquido. Hay que destacar que es tal su trascendencia hasta el punto de que su falta de disponibilidad o escasez trae consigo un conjunto de infortunios personales y comunitarios que pueden ser categorizados como de índole público, puesto que originan, entre otras tantas cuestiones de importancia comunitaria, pérdidas de vidas humanas, de alimentos y de bienes (p. 49).

Otros autores, de modo más concreto, contribuyen a delimitar los planos vitales más representativos en los que el recurso hídrico denota su importancia vital. Olza (2003), por ejemplo, expone el carácter esencial que tiene el agua para la subsistencia de cualquier persona cuando señala que este elemento natural representa el 70% del peso corporal del ser humano y que está distribuido en las siguientes proporciones: 65% en las células y 5% en la sangre. Esta disposición del agua en el cuerpo humano imposibilita que los individuos sobrevivan más allá de cuatro días sin ingerir agua, debido a que la pérdida del 20% de agua en el cuerpo ocasiona la muerte del individuo, pues altera el funcionamiento básico de los órganos vitales (p. 23).

Un plano más donde se manifiesta la relevancia vital del agua en la subsistencia de las personas es el asociado a la temática de la salud humana, ámbito que guarda una estrecha interdependencia con la dimensión vital

asociada a la subsistencia biológica del hombre. En relación con este plano, Sandoval (2018) señala que el recurso hídrico representa la fuente de salud más importante para el ser humano cuando ésta presenta las condiciones inocuas óptimas inherentes a su naturaleza, esto es, cuando es líquida, transparente, inolora, incolora, insípida, exenta de contaminantes objetables y baja en concentraciones de sales (p. 15).

En relación con lo anterior, Carbajal y González (2012) apuntan que el agua debe considerarse como un verdadero alimento, del cual depende la óptima salud de los individuos, debido a que es un nutrimento que no sólo debe considerarse como un sustento alimenticio más en la dieta del ser humano, sino también como la sustancia nutricia más importante con la que logra preservar su salud integral. De acuerdo con Carbajal y González, la ingesta apropiada de agua está directamente relacionada con el adecuado funcionamiento de los sistemas cardiovascular, digestivo y respiratorio.

Ellas explican que la singular composición molecular de la estructura del agua le atribuye cualidades de disolución, combinación y transporte de sustancias que son distintas a su conformación, así como de conductividad térmica en el interior del organismo. Estas características, en su conjunto, proveen beneficios asociados con el desempeño apropiado de esos sistemas y, por consiguiente, con el buen estado físico y mental del cuerpo humano. Por tal motivo, “el agua es el medio en el que se producen todas las reacciones del metabolismo, participando en muchas de ellas como sustrato o como producto”, como acontece con las reacciones de hidrólisis que se producen en la digestión o en la oxidación de los macronutrientes, lo que contribuye a que el sistema digestivo se preserve en condiciones saludables para desempeñar adecuadamente los procesos biológicos que son indispensables para propiciar la salud humana (pp. 65 y 70).

Córdoba y otros (2010) apuntan que, en relación con este vínculo entre el agua y la salud humana, es imprescindible que las fuentes de suministro de agua estén alejadas lo máximo posible de los focos de contaminación y que estén resguardadas de cualquier riesgo mínimo de contaminación, debido a que cualquier alteración en su calidad puede acarrear consecuencias irremediables en la salud de la población. Justo como ha quedado demostrado en los países en vías de desarrollo, donde una tercera parte de sus defunciones y enfermedades están relacionadas con el uso doméstico de agua contaminada (p. 109).

Otro plano de índole vital en el que se refleja la indispensabilidad del recurso hídrico y, tal vez, en el que se acentúa este rasgo del agua por su extensión y forma en la que se desdobra y proyecta hacia otros planos adyacentes de la misma relevancia biológica, es el medio ambiente integrado por todos y cada de los diversos ecosistemas. Es oportuno precisar la definición de medio ambiente delineada por Giannuzzo (2010), quien lo describe como la agrupación de elementos físicos, químicos, biológicos de carácter heterogéneo, lo suficientemente funcionales y dependientes entre sí para entrelazarse y conformar un sistema con la fuerza para causar efectos sobre los seres vivos y las actividades humanas, y en el que cualquier trastorno en sus componentes, estructura o relaciones les ocasiona alteraciones en su organización natural (p. 133).

Este plano, al igual que los anteriores, requiere del recurso hídrico para el adecuado funcionamiento de los sistemas ecológicos que lo conforman. Betancur y otros (2016) ayudan a comprender este aspecto cuando explican el ciclo del agua y su función, en relación con el medio ambiente en su conjunto. Señala Betancur que el movimiento continuo del agua (mediante su precipitación, evaporación y transpiración en la biosfera) origina que los reservorios atmosférico, superficial y subterráneo se conecten entre sí, lo que posibilita que los ecosistemas terrestres, aéreos y acuáticos se dinamicen, regeneren o subsistan.

Conforme a lo expuesto por Betancur y otros, las etapas que conforman el ciclo del agua producen diversos efectos físicos, químicos y biológicos entre los distintos elementos bióticos y abióticos de los ecosistemas que contribuyen a su desarrollo, sostenimiento, pervivencia y, en algunos otros tantos casos, a su renovación periódica. Mencionan que la infiltración y la recarga hídrica producen la humedad de los suelos y las zonas de unidades hidrológicas, y éstas, a su vez, provocan los flujos de agua subsuperficiales y subterráneos con los que se alimentan los caudales superficiales del vital líquido. De estas primeras fases del ciclo del agua se suscita el fenómeno de la evaporación, el cual produce su retorno a la atmósfera. Posteriormente, acontece la precipitación e infiltración al suelo y subsuelo por medio de las lluvias, para de nueva cuenta dar inicio al ciclo hídrico (p. 107).

Por último, ellos señalan que es a través de cada una de estas fases como el agua participa, de forma por demás trascendental, en todos los procesos naturales que actúan en la preservación de los elementos bióticos, abióticos y culturales que integran a los ecosistemas, incluido el ser hu-

mano. En gran medida, la transición de cada etapa del ciclo hídrico es la responsable de producir los bienes naturales con los que se sostienen aspectos tan vitales como la provisión de agua de buena calidad, la producción natural y artificial de recursos alimentarios, la producción de materias primas biológicas y minerales, y la generación de especies naturales de interés medicinal. Básicamente, el agua genera la biodiversidad y los recursos naturales con los que se sostiene la supervivencia de las generaciones presentes y futuras (pp. 107-109).

Para asentar aún más la esencialidad del agua en el plano medioambiental y ecosistémico, Fernández Cirelli (2012) indica que el agua, por su capacidad calorífica, estabiliza la temperatura atmosférica de las regiones e impide los cambios abruptos de la temperatura en los ecosistemas acuáticos y terrestres, lo cual contribuye a proteger a la flora y a la fauna que se localicen en dichas regiones; por otra parte, ella señala que la capacidad elástica y adherente del agua le permite unir, disolver y distribuir los nutrientes del suelo para que éstos sean absorbidos por las raíces de las plantas que, posteriormente, sirven de alimento y medicina para la fauna y para los seres humanos.

Asimismo, Fernández Cirelli indica que las principales repercusiones ambientales asociadas con el detrimento del agua están indefectiblemente ligadas a los aspectos nocivos que se encuentran inmersos en las expresiones de polución o sobreexplotación, tales como: contaminación microbiológica, transmisión hídrica de enfermedades, pérdida de ecosistemas acuáticos y terrestres, y pérdida de la capacidad productiva de los suelos por erosión (pp. 150-156). Estas secuelas terminan reflejándose de modo negativo en el equilibrio natural que debe privar en la biodiversidad, los recursos naturales y las comunidades que dependen de ellos.

Es por demás evidente que el recurso hídrico se sitúa como el bien natural máspreciado en la subsistencia de cualquier forma de vida del planeta, ya que sus propiedades naturales le otorgan esa condición de indispensabilidad respecto a la pervivencia del ser humano, la flora y la fauna. Esto lo remarca Sandoval (2018) cuando afirma que nada en el mundo funcionaría sin el agua, ni los ecosistemas naturales, ni la agricultura, ni el cuerpo humano, ya que no hay proceso vital, ni actividad en el planeta, que no dependa directa o indirectamente de esta sustancia, por lo que contribuir a su contaminación o negar su acceso es negar el derecho a vivir bien (p. 28).

Con base en estos atributos naturales de repercusión vital que se encuentran inmersos en el agua, el derecho internacional público consideró

imprescindible situar al líquido vital como un bien jurídico universal de índole fundamental para el logro y la preservación del valor jurídico supremo que opera como fuente indisoluble del derecho a la vida en su dimensión humana, la dignidad (Fernández Segado, 1996, p. 38). Es en ese ámbito jurídico donde empieza a permear la inquietud por salvaguardar la integridad del agua, lo cual iba en consonancia con el propósito de alcanzar, preservar y mejorar las condiciones individuales y colectivas que aportan a la materialización de la dignidad humana de cada persona. Específicamente, esto sucede en el sistema universal de protección de los derechos humanos.

En esa línea, Gutiérrez (2010) señala que desde hace tiempo se ha venido incorporando a los documentos internacionales el tema del agua como un elemento indispensable para la realización y protección de otros derechos; asimismo, agrega que dichos documentos jurídicos internacionales lo han abordado como una problemática mundial que debe ser atendida tanto desde un enfoque de sustentabilidad, por las cualidades de su naturaleza, como desde una perspectiva en el que su acceso debe considerarse una necesidad vital (p. 135), debido a que las disposiciones convencionales mencionan que el empleo del líquido vital debe efectuarse sin comprometer su cantidad y calidad para que sea posible satisfacer los requerimientos esenciales de los miembros presentes y futuros de la humanidad.

Esta acción, conforme al enfoque evolucionista que aplica Barberis (2013) sobre el estudio de los derechos humanos, responde a un proceso ético, moral, político y jurídico, en el que ciertos derechos-razones formulados por principios genéricos son transformados en micro y macroderechos garantizados por reglas; es decir, son valores éticos seleccionados por la evolución cultural e institucionalizados por las declaraciones de derechos, lo que a su vez desemboca en dos tipos de normas: las regulativas y las directivas. Las primeras “declaran derechos humanos que deben ser respetados por medios jurídicos, como los derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad, y muchos de los derechos llamados equívocamente sociales”. Las segundas “se formulan en términos de derechos pero no garantizan verdaderos derechos individuales, en relación con los cuales se pueda actuar judicialmente, sino que fijan intereses colectivos promovidos sólo políticamente, eligiendo los medios para conseguirlos” (pp. 38-39).

En ese sentido, Chacón (2010) indica que los derechos humanos expresados mediante los diversos postulados de hacer o de no hacer establecidos a las autoridades de los ámbitos gubernamentales de los Estados, requie-

ren ser protegidos bajo la normativa que se estructura en el marco del consenso y de la voluntad internacional, debido a que su tutela doméstica requiere de una acción de salvaguarda germinada desde esa comunidad internacional, en el que el mecanismo más adecuado para lograrlo resulta ser los instrumentos jurídicos internacionales que enuncian a las convenciones, con las que a su vez se delinean a los tratados, pactos, acuerdos u observaciones, cuyo objetivo es, entre otros, el de cultivar una potestad en favor de los individuos en su carácter de legitimado activo, de forma tal que puedan reclamar ante las autoridades domésticas de cada Estado (pp. 466-468).

Así, y de acuerdo con Valdés y Uribe (2016), es a partir de los años setenta que, en diversos instrumentos internacionales, se comenzaron a abordar cuestiones sobre el acceso a los recursos básicos, protección y gestión del ambiente y el derecho humano al agua (p. 7). El instrumento internacional en materia de derechos humanos que se puede asumir como el primer afluente jurídico de donde emerge el derecho de todo ser humano a disponer del vital líquido es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Éste es un documento convencional que, aun cuando en su contenido no redacta de forma expresa el derecho humano al agua, se sitúa como el referente jurídico internacional que lo precipita e infiltra hacia el marco general de convenciones del sistema universal de protección de los derechos humanos.

De los propósitos fundamentales disgregados a lo largo del texto de las convenciones de ese pacto, se extrae que cada miembro de la humanidad debe gozar de las prerrogativas más esenciales a su naturaleza humana —lo mismo biológicas que sociales— para estar en la posibilidad real de acceder a un nivel de vida adecuado y a las circunstancias más apropiadas para mejorar constantemente sus condiciones de existencia individual, familiar y colectiva. Bajo esas determinaciones, y en estrecha relación con el proceso de juridificación que instauraría al agua como derecho humano, el Pacto redactaría que toda persona debía vivir y desarrollarse en el mayor nivel posible de salud física y mental, lo que también implicaba gozar de un medio ambiente, alimentación y morada apropiados y saludables.

De manera específica, los artículos 11.1 y 12, apartados 1 y 2, incisos a) y b), serían las disposiciones convencionales que establecerían los derechos humanos a la alimentación, vivienda, salud y medio ambiente, de conformidad con los propósitos humanísticos universales que les permitirían a las personas y a las comunidades subsistir y progresar en con-

cordancia con el valor de la dignidad que les es atribuible por el hecho de ser parte de la familia humana. El artículo 11.1, por ejemplo, precisaba en su redacción que los Estados parte aceptaban que toda persona tenía derecho “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, mientras que el artículo 12, apartados 1 y 2, incisos a) y b), señalaba que los Estados parte, de igual forma, admitían “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y a mejorar todos los aspectos de la higiene del medio ambiente.

Es posible apreciar que los derechos que fueron instaurados por las disposiciones de este instrumento jurídico internacional evidentemente requerían de la concurrencia del vital líquido para concretizarse en la realidad individual y colectiva de cada ser humano, pues tanto la salud humana y ambiental como la vivienda, el vestido y la alimentación eran bienes y condiciones cuya materialidad sustancial estaba ligada, tal y como se ha expuesto, a la disposición física del recurso hídrico. Sería así como estos presupuestos impulsarían la condensación, infiltración y solidificación jurídica del derecho al agua dentro del marco general del sistema convencional de los derechos humanos.

Sin duda, el atributo de indispensabilidad que poseía el agua ante los diversos planos vitales que soportaban la subsistencia y la calidad de vida del ser humano, y de los que a la par se extraerían en esa misma dinámica de asimilación jurídica a los otros valores y bienes en dicha materia, sería el responsable de solidificar al vital líquido como un bien jurídico dentro del marco de los derechos humanos. En ese orden, el agua como bien fundamental para la concreción y sostenimiento de los derechos a la salud, medio ambiente, vivienda y alimentación, fue insertándose dentro de los términos de otros instrumentos convencionales. Esta acción sería la que la llevaría a instaurarse como un derecho humano más.

Dan cuenta de lo anterior las prescripciones contenidas en diversos instrumentos convencionales asociados a cada uno de esos derechos humanos, por ejemplo: la Declaración de Estocolmo, la de Vancouver sobre los asentamientos humanos, la del Milenio, la de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los derechos del niño y el Plan de Acción de Mar de Plata.

Asimismo, algunos otros tantos de los instrumentos del derecho internacional público que operarían en la consolidación y despliegue del dere-

cho humano al agua serían la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales núm. 4 “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, la núm. 12 “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”, la núm. 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” y, por supuesto, la núm. 15 “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, así como la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 7/22 “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, la 12/8 “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento” y la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292 “El derecho humano al agua y el saneamiento”.

En definitiva, cada documento jurídico internacional posterior al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abonaría de una forma u otra a la configuración jurídica universal que se estaba desplegando en torno al reconocimiento del agua como un bien fundamental para la estabilidad de los planos vitales que soportaban la subsistencia y el desarrollo individual y colectivo del ser humano. Desde los marcos convencionales que abordaban la preservación sustentable del medio ambiente, hasta aquellos que atendían la salvaguarda de los derechos de los grupos vulnerables, era posible reconocer como el líquido vital estaba siendo sujeto al proceso de juridificación en el ámbito del derecho internacional público.

Así, por ejemplo, la Declaración de Estocolmo señalaba que el hombre presente y futuro tenía el derecho a ejercer los valores de libertad, igualdad y dignidad en un entorno ambiental de calidad, por lo que de igual forma se tenía la obligación suprema de protegerlo y mejorarlo. Este derecho instaurado por la Declaración de Estocolmo, a través de su primera premisa universal, arrojaba a su vez otra premisa que estaba directamente asociaba con el ascenso del líquido vital como derecho humano, la cual estaba enmarcada en el principio segundo. Este último señalaba que el recurso natural del agua debía ser preservado para beneficio de las generaciones humanas presentes y futuras. Esta proclamación en particular empezaba a proyectar de modo más claro el derecho que todo individuo tenía para disponer del agua.

La Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos y el Plan de Acción de Mar de Plata reforzarían la instauración del derecho

humano al agua, al situarlo como prerrogativa indispensable para la concreción de otros derechos humanos. El primero de los instrumentos, en una de sus directrices, fijaría a la salud como elemento indispensable para el desarrollo del ser humano y a los servicios públicos como condición necesaria para promoverla y garantizarla, servicios básicos entre los que se encontraría al de agua potable. Mientras que el Plan de Acción establecía en el apartado C de su contenido el requerimiento de evitar y prevenir los efectos de la contaminación sobre el agua en aras de salvaguardar los derechos humanos a la salud y al medio ambiente sano, ya que el propósito final de estas acciones eran controlar las enfermedades relacionadas con el agua y proteger los ecosistemas.

Este fluir constante de juridificación en torno a la prerrogativa de acceso al agua empezaría a dar muestras de su consolidación como un derecho humano más en la Convención sobre los derechos del niño y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, especialmente en esta última. La Convención sobre los derechos del niño refería al derecho humano como una instancia necesaria en relación con el goce y ejercicio del derecho humano a la salud de los infantes. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer era más específica, ya que establecía el acceso al agua como un derecho humano, en virtud de que en su artículo 14 señalaba que todo Estado parte debía asegurarles a las mujeres del medio rural el derecho al abastecimiento de agua en las mismas condiciones que a los hombres.

Para finalizar, y como resultado de todo este proceso al que había sido sujeto el líquido vital por décadas, se encuentra un cúmulo de instrumentos jurídicos internacionales que dan testimonio expreso del reconocimiento del derecho humano al agua, es decir, que redactan de modo contundente el reconocimiento absoluto del agua como derecho humano, dado que en sus contenidos finalmente se aprecia enfundado de forma precisa al vital líquido como derecho humano. En concreto, la Declaración del Milenio (ONU, 2000, 13 de septiembre) y la Resolución 64/292 sobre el derecho humano al agua y el saneamiento (ONU, 2010, 28 de julio), documentos en los que se precisó, en el caso de la Declaración, el derecho de acceder al recurso hídrico de forma equitativa y suficiente mediante la supresión de cualquier actividad que ponga en riesgo su disponibilidad para las generaciones futuras; mientras que en la Resolución se señala que “el derecho

al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Sería este proceso internacional de juridificación el que revestiría al agua de los rasgos jurídicos necesarios para definirlo como un derecho humano, rasgos enmarcados por Alexy (2007) en cinco notas características que, sin lugar a duda, se hicieron manifiestas en torno del vital líquido como su resultado. La primera fue la universalidad que se le otorgó al acceso y disposición del agua, ya que se fijó como un derecho cuya titularidad era atribuible a todos los individuos. La segunda cualidad que mostró como derecho humano era la fundamentalidad con la que se enfundó a su objeto, en virtud de que este recurso natural fue jurídicamente considerado como fuente fundamental e indispensable del bienestar humano.

La tercera nota característica que asimiló el líquido vital con el proceso de juridificación internacional fue que se vio acompañado de derechos subjetivos: disposición, acceso, entre otros derechos. El cuarto rasgo que presentó fue la validez moral, al justificarse desde el ángulo del respeto universal e igualitario. Por último, el quinto rasgo que exhibió fue el de la prioridad, pues una vez que fue juridificado y, por consiguiente, reconocido como derecho humano, ya no sólo no podría ser derogado por alguna norma de derecho positivo, sino que además se asumiría como la medida jurídica a la que se ajustaría toda interpretación de lo positivado (p. 238).

De estas cualidades que abrigarían al líquido vital en el marco del derecho internacional es de donde se extraerían los elementos jurídicos con los que se esbozan sus definiciones y, sobre todo, sus alcances e implicaciones. Así, por ejemplo, Gutiérrez (2008) define al derecho humano al agua como una prerrogativa que les permite a los ciudadanos exigir

...las correlativas obligaciones por parte del Estado, por ejemplo, de que este último no contamine las fuentes hídricas, o bien de que ese mismo Estado vigile que terceros no las deterioren, o bien que el agua para uso personal y doméstico no se encarezca hasta el punto de comprometer la economía de los grupos con mayores desventajas, o también que se vigile y sancione la sobre explotación de los mantos acuíferos para no poner en riesgo la sustentabilidad de los ecosistemas. Lo relevante del derecho fundamental es que el Estado queda obligado a considerar al agua como una prioridad que se debe proteger frente a otros intereses con los que pueda entrar en conflicto (p. 75).

A su vez, Martínez y Defelippe (2013) definen a este derecho humano con arreglo a las bases del principio de dignidad y al planteamiento de que el líquido vital es un bien público necesario y determinante para la consecución de la existencia humana y para la garantización de los niveles mínimos de salud y de bienestar de las personas, lo que les lleva a delinearlo como un derecho que tiene todo ser humano a disponer de su abastecimiento continuo, suficiente y bajo condiciones de salubridad apropiadas, con el fin de satisfacer sus necesidades personales y domésticas más esenciales, como su ingesta individual, la preparación de alimentos para su consumo, la higiene de su persona y el aseo del espacio físico donde habita (p. 107).

En ese sentido, Velezmoro (2007) indica que se trata de un derecho derivado de la dignidad humana, el cual hace posible el ejercicio de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida, al libre desarrollo y al bienestar, al goce de un ambiente equilibrado y a la salud, el cual le demanda al Estado la adopción de políticas públicas que vayan más allá de la prestación de un servicio público (pp. 393 y 398). Por último, Aguiar (2019) afirma que es “incuestionable que para tener un nivel de vida adecuado, el acceso al agua es esencial. Se puede decir que el derecho al agua es parte del derecho a un nivel de vida adecuado” (p. 1675).

Como se puede observar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de Estocolmo habrían de situarse como los instrumentos internacionales que sirvieron de afluente jurídico para el desarrollo del derecho humano al agua, ya que sería a partir de sus alcances e implicaciones como daría comienzo la precipitación e infiltración de su desarrollo hacia los demás instrumentos del sistema universal de protección de los derechos humanos. En efecto, como resultado de las convenciones establecidas en esos instrumentos jurídicos, se propiciaría un flujo a nivel internacional que desembocaría en la cristalización jurídica del líquido vital como derecho humano. Y no sólo eso, sino también como uno de los más importantes dentro del esquema universal por su injerencia sustancial en la materialización de los demás derechos humanos que, en su conjunto, aspiran a fincar los parámetros sobre los cuales se busca universalmente soportar, proyectar y materializar el valor de la dignidad humana en la vida individual y colectiva de cada persona.

### III. EL DERECHO HUMANO AL AGUA A NIVEL NACIONAL: INCORPORACIÓN E IMPLICACIONES

El proceso de juridización que instauró al líquido vital como derecho humano no concluiría su curso en el entorno internacional, sino que seguiría avanzando hacia los ámbitos nacionales de los Estados parte a través de una fase de incorporación jurídica que se efectuaría mediante su positivización en los máximos ordenamientos jurídicos de los sistemas legales nacionales, las Constituciones. Cairampoma y Villegas (2016) señalan que, debido al alto impacto que tiene el agua para el desarrollo y bienestar nacional, el Estado ha mantenido una presencia constante en el sector, lo que no se reduce únicamente a las actividades más visibles para la población (distribución de agua potable y recolección de aguas residuales), sino que también comprende actividades igual de importantes en la garantía de este derecho humano como la captación y almacenamiento de agua cruda, el tratamiento de agua cruda, la distribución de agua potable, la recolección de aguas residuales, el tratamiento de aguas residuales, la evacuación de aguas residuales tratadas en cuerpos de agua, entre otras actividades más (p. 232).

En efecto, en lo concerniente al desarrollo doméstico del derecho humano al agua, las Constituciones han sido las encargadas de asimilar su contenido ético y dogmático en el interior de cada Estado, para posteriormente proyectarlo hacia el resto de la estructura jurídica, de la organización pública estatal y, por supuesto, a la realidad cotidiana de la comunidad que reside bajo su competencia nacional y que requiere de éste su garantía efectiva. Sobre este proceso, López (2016) indica que, respecto a los derechos fundamentales, existe una acción del Estado en la positivización de éstos, la cual no debe agotarse únicamente en su inclusión dentro del derecho positivo, sino que también debe contemplar su debida defensa y la tutela del Estado para su efectiva realización y ejercicio (p. 311). Díaz (1998) también señala que es imprescindible formalizar e institucionalizar en el ordenamiento jurídico positivo a los derechos humanos para hacerlos efectivamente vigentes, debido a que es indispensable ceñirlos a normas para que sea posible materializarlos en la realidad social de las entidades estatales (p. 51).

Uribe Arzate (2009), por su parte, explica que la función esencial más reciente que se le ha asignado a la Constitución es la que está enfocada a la

incorporación de los derechos fundamentales junto con sus mecanismos de protección y garantía, lo mismo desde un plano epistemológico en el que distingue su naturaleza y alcances, que desde un plano jurídico-social en el que se examinan opciones jurídicas reales que les permitan a los habitantes disfrutar de su goce y ejercicio (p. 1032). En esa misma dirección, Carpio (2003) apunta que en atención a ese doble carácter que asumen los derechos humanos con su positivización es que no sólo se determinan los temas subjetivos consustanciales a ellos, sino también los temas verdaderamente cruciales para el orden político, debido a que sus alcances repercuten directamente en la actuación de los poderes públicos del Estado y en la de todos y cada uno de los miembros de la sociedad (p. 464).

Roldán Orozco (2015), por último, apunta que el actuar constitucional de los Estados ha sido rebasado por el requerimiento que germina desde el espectro internacional de los derechos humanos, dado que la suma de las tareas más finas y de mayor análisis gubernamental de carácter legislativo y ejecutivo, ya no se asumen como facultades discrecionales que puede o no puede ejercer el Estado mediante sus funciones, sino como obligaciones que debe atender conforme a las implicaciones convencionales derivadas de ese espectro internacional adoptado (p. 76). Así, y conforme al sentido de los acuerdos internacionales y a lo reglado por los artículos constitucionales, el Estado mexicano debió asumir la responsabilidad de salvaguardar efectiva y eficientemente el ejercicio de los derechos fundamentales, entre ellos el que se instaura con base en el acceso al líquido vital.

En efecto, el Estado mexicano realizó esa asimilación nacional del derecho humano a través del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto que en su contenido redacta que toda persona tiene “el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico”. Esta configuración constitucional del derecho humano al agua en México encuentra su referencia jurídica en la referida Resolución 64/292, acuerdo que, como se señaló, instó a los países miembros a reconocer el derecho humano al agua como un derecho esencial para que las personas pudieran gozar de una vida plena, así como de sus demás derechos humanos, y, en particular, a actuar para hacer efectivo su goce y ejercicio entre la población mediante acciones públicas que permitieran reducir, por lo menos a la mitad, el número de habitantes que se encontrasen sin acceso a los servicios básicos vinculados al agua potable.

La responsabilidad transmitida por la Resolución 64/292 provenía a su vez de las convenciones asentadas en la también referida Declaración del Milenio que, como se ha apreciado, exhortaba a los Estados parte a promover el acceso equitativo y el abastecimiento adecuado de los recursos hídricos entre la población, a través de la erradicación de la explotación insostenible del recurso natural. Hay que destacar también el Plan de Aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, cuyo sentido estuvo encaminado, entre otras direcciones, a que los Estados parte promulgaran y aplicaran leyes afines al esquema general que se había planteado sobre el desarrollo sostenible del ser humano.

En esencia, estos instrumentos convencionales del ámbito jurídico internacional, junto con las disposiciones constitucionales que están armonizadas con el estatus obligacional que se despliega desde el marco general de prescripciones y principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas,<sup>1</sup> en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 1o. y 133 de la Constitución mexicana, serían responsables de impulsar y encauzar la inclusión constitucional del derecho humano al agua, así como de implicaciones respectivas en el interior del Estado mexicano. Así, conforme al sentido de los acuerdos internacionales y a lo reglado por los artículos constitucionales, el Estado mexicano asumiría la responsabilidad de salvaguardar efectiva y eficientemente el ejercicio del derecho humano que se configuró bajo el fin primordial de garantizar el acceso al líquido vital.

Esta incorporación no sólo representaría el reconocimiento nacional del derecho humano al agua, sino también deberes positivos que el ámbito estatal estaría obligado a observar en orden de hacer efectivas sus implicaciones en la vida individual y colectiva de las personas. En ese sentido, García (2003) precisa que la protección de los derechos humanos está conformada por la expresión integral de las libertades y expectativas inherentes a la dignidad humana, y por instrumentos suficientes y eficientes para

---

<sup>1</sup> Los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, vinculan de modo integral a los Estados parte en el cumplimiento de las responsabilidades inscritas en los instrumentos convencionales internacionales de índole público a los que han acordado sumarse soberanamente. Estos preceptos convencionales, en específico, transmiten a los miembros del organismo internacional la responsabilidad de realizar las medidas necesarias para promover y hacer efectivo el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales atribuibles a toda persona, ya que la finalidad sustancial es la de propiciar las condiciones óptimas de estabilidad y bienestar en el interior de sus naciones y de las demás naciones del orbe.

trasladarlos a la realidad cotidiana de los individuos, ya que la solución jurídico-filosófica concebida a nivel internacional debe ir acompañada paralelamente de una solución jurídico-política doméstica. De acuerdo con García, mientras que las soluciones jurídico-filosóficas orientadas a la protección de los derechos humanos se concentran en proclamar derechos y libertades, las jurídico-políticas se abocan a construir garantías e instituciones. Éste es rumbo que los Estados han observado mediante sus desarrollos constitucionales e institucionales (p. 128).

Asimismo, Ferrajoli (2006) indica que, gracias al embrión de Constitución del mundo que se ha formado con la Carta de la ONU y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los entes estatales se han subordinado jurídicamente en su orden interno y externo con el propósito de garantizarlos. Motivo por el que el derecho humano positivizado no sólo trae consigo su existencia o vigencia, sino también sus condiciones de validez. Es decir, para Ferrajoli esta condición de positivización de un derecho humano no únicamente conlleva a “los vínculos formales relativos al ‘quién’ y al ‘cómo’ de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativos al ‘qué cosa’ de las decisiones mismas, que al ser trasladados a los derechos sociales refieren a que estos son de cumplimiento obligatorio” (p. 114).

Conforme a Hernández (1995), uno de los papeles ejercidos por los derechos fundamentales, en relación con la norma suprema de los Estados contemporáneos, radica en representar el sistema axiológico de valores concretos que le da sentido a la vida estatal. Así es, esta función lleva a los derechos fundamentales a proyectarse, entre otros sentidos y dimensiones jurídicas, como derechos prestacionales de sentido objetivo y subjetivo, lo que de forma concomitada termina centrándose hacia una activación general del Estado. Este accionamiento guarda como propósito primordial satisfacer las necesidades individuales y colectivas de sus destinatarios, a partir del aseguramiento del mínimo vital que se encuentra implícito en el núcleo de cada uno de estos derechos (p. 1049).

Por último, Laporta (1987) señala que la universalidad de los derechos humanos descansa en torno a los destinatarios de los deberes que se encuentran implicados en el núcleo de su contenido, lo que arroja dos tipos genéricos de obligaciones para el Estado, que a su vez se subdividen en dos categorías específicas más. Conforme a Laporta, los derechos humanos proyectan obligaciones generales y obligaciones especiales al momento de que son positivizados: las primeras gravitan sobre todas las personas

y las segundas, únicamente sobre determinadas personas. Éstas, a la vez, se ramifican en obligaciones generales positivas y obligaciones generales negativas, y en obligaciones especiales positivas y obligaciones especiales negativas.

De acuerdo con Laporta, las de carácter negativo se traducen en inacciones del Estado, esto es, el ente estatal está obligado a no hacer o abstenerse de hacer, mientras que las de carácter positivo, en cambio, se convierten en deberes de hacer del Estado, es decir, la entidad estatal está obligado a realizar acciones para su cumplimiento. En relación con esta clasificación, Laporta señala que los derechos humanos económicos, sociales y culturales, entre éstos el del agua, corresponden con las obligaciones especiales positivas, en vista de que los miembros de las instituciones estatales deben llevar a cabo acciones positivas para la realización y protección de los bienes constitutivos de estos derechos humanos (p. 35).

Los tribunales federales del Estado mexicano han contribuido de manera relevante al discernimiento de los deberes positivos que los ámbitos estatales están obligados a cumplir respecto a este derecho fundamental, en orden de hacer efectivas sus implicaciones en la vida individual y colectiva de las personas. A través de diversos pronunciamientos, las instancias jurisdiccionales se han encargado de precisar los aspectos más importantes que deben observarse en aras de materializar el goce y ejercicio efectivo del derecho humano al agua, es decir, el modo público en el que las implicaciones materiales de este derecho humano deben ser atendidas, con la finalidad de observar los propósitos jurídicos de índole vital que están inmersos en su contenido dogmático.

Antes de ello, es importante precisar que la mayoría de los pronunciamientos jurisdiccionales formulados por los tribunales federales germinan preeminentemente de la exégesis jurídica aplicada a la Observación general núm. 15, documento jurídico del derecho internacional público que tiene como objeto contribuir a la adecuada interpretación y aplicación pragmática de los alcances jurídicos convencionales que están imbuidos en el derecho humano de acceso al agua. Básicamente, la función de esta Observación es la de ofrecer a los Estados parte un esbozo general de las medidas públicas que deben adoptar en el interior de sus soberanías, para efecto de hacer palpable el derecho humano al agua en la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción territorial.

En definitiva, la mayoría de los fallos pronunciados por los tribunales federales en materia de agua están delineadas conforme a las directrices

de la Observación general núm. 15, debido a que ésta desglosa los puntos fundamentales de carácter práctico que están involucrados con el apropiado ejercicio de este derecho. Esto es, instaura de forma descriptiva las premisas, factores y obligaciones sustanciales que deben observar los gobiernos de los países miembros al momento de que emprenden las acciones públicas orientadas a la operación adecuada del ejercicio del derecho humano al agua en cada uno de los planos vitales que contribuyen a mejorar la calidad de vida digna de las personas.

De acuerdo con los tribunales federales del Poder Judicial de la Federación, las obligaciones generales en materia de agua deben ser observadas por las instancias gubernamentales del Estado mexicano. En el amparo en revisión 452/2017, la instancia jurisdiccional resalta los tipos de responsabilidades estatales que impone el derecho convencional a través de la Observación general núm. 15, obligaciones de las que depende en buena medida la concreción efectiva del goce y ejercicio del derecho humano al agua entre las personas que se encuentran sujetas a su competencia. Las obligaciones que el Tribunal Colegiado de Circuito (TCC) destaca en la Tesis XXVII.3o.12 CS (10a.), con base en la exegesis jurídica que aplica sobre ese instrumento internacional, son tres: la de respetar, la de proteger y la de garantizar el acceso humano al agua.

El órgano jurisdiccional federal señala que la primera obligación, la de respetar, es un deber que obliga a los Estados a no incidir directa o indirectamente en el ejercicio de este derecho. Esto se interpreta, de acuerdo con los lineamientos extraídos de la Observación general núm. 15, como que el Estado no actúe de forma que restrinja, niegue o reduzca el acceso al líquido vital en igualdad de condiciones, y que no proceda de modo arbitrario en su distribución ni permita, por acción u omisión oficial, que ésta sea contaminada hasta un punto en el que no sea apta para el consumo humano en cualquiera de sus modalidades.

Por su parte, la obligación de proteger es presentada como un deber que tiene el Estado de emitir medidas públicas, tanto ejecutivas y presupuestarias como normativas y judiciales, orientadas a evitar que el recurso hídrico sea objeto de sobreexplotación, acaparamiento o contaminación por parte de terceros. Es decir, de acuerdo con los lineamientos de la Observación general núm. 15 a los que hace referencia el TCC en su pronunciamiento, si el servicio de suministro de agua es explotado o controlado por terceros particulares o públicos, los Estados parte deben procurar que el acceso físico sea en condiciones de igualdad y de un costo razonable,

mediante un sistema normativo que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y una serie de imposiciones en caso de incumplimiento.

Por último, la obligación de garantizar es explicada por el TCC como un deber que tiene el Estado de reconocer en sus ordenamientos jurídicos y en sus instrumentos políticos la aplicación satisfactoria de las normas, en aras de que el ejercicio de este derecho fundamental sea debidamente otorgado en los términos y condiciones que plantea la Observación referida. Es decir, lo insta como un deber que tienen las autoridades gubernamentales de los Estados parte de hacer cumplir por todos los medios posibles el pleno ejercicio del derecho a acceder y disponer físicamente del líquido vital.

De igual forma, la interpretación doctrinal ha contribuido al reforzamiento de la exégesis jurisdiccional referente a la explicación de los deberes positivos que son atribuibles a las entidades estatales en materia de agua. Gutiérrez (2008), por ejemplo, señala que el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones estatales que tienen como objetivo general que el derecho al agua se convierta en una prioridad para los Estados parte y en una realidad para las personas y el medio ambiente. Estas obligaciones, indica, son: la obligación de respetar, la cual exige una abstención del Estado en el sentido de que no efectúe una actividad que prive a una persona del mínimo indispensable de agua para su uso personal y doméstico o que contamine fuentes de agua; la obligación de proteger, que impone a los Estados la responsabilidad de impedir que terceros —particulares, grupos o empresas— menoscaben por cualquier medio o práctica el disfrute del derecho al agua, y la obligación de cumplir, que se subdivide en los deberes de facilitar, promover y garantizar, y que le impone a los entes estatales, entre otras exigencias, la de adoptar estrategias de protección de las fuentes de agua (p. 84).

Martínez y Defelippe (2013), a su vez, apuntan que, en el derecho humano al agua, es posible identificar obligaciones básicas para los Estados, las cuales son de efecto inmediato para su garantía, entre las cuales se encuentra la obligación de respetar, cuyo sentido obligacional responsabiliza a los entes estatales, entre otros puntos, de implementar medidas destinadas a evitar la contaminación de los recursos hídricos y los obliga a abstenerse de reducir el suministro de agua potable en los asentamientos de mayor precariedad socioeconómica (p. 112); en cuanto a los deberes de protección y de realizar, Velezmoro (2007) indica que el primero de ellos,

el de protección, implica la implementación de medidas frente a terceros, con el propósito de evitar la contaminación del agua, así como de asegurar su abastecimiento, seguridad y accesibilidad para la población; mientras que el otro, el de realizar, implica la implantación de políticas que le permitan a la población el acceso progresivo al agua potable y al saneamiento (p. 395).

Otro pronunciamiento jurisdiccional que ayuda al discernimiento del alcance jurídico nacional que se vierte desde el marco convencional del derecho humano al agua es el amparo en revisión 158/2014. En la Tesis I.9o.P.69 P (10a.), la cual está relacionada con este asunto, se delinearán otras cuestiones básicas que se hayan inmersas en la Observación general núm. 15, las relativas a los factores sustanciales que de igual modo deben ser observados para concurrir en el goce y ejercicio efectivo del derecho humano al agua, y que encuentran enmarcados en las implicaciones de los conceptos de disponibilidad, calidad y accesibilidad del recurso hídrico.

Conforme al criterio emitido en dicha tesis, el TCC determinó que el derecho humano al agua estriba esencialmente en asignar recurso hídrico a todos los miembros de la sociedad, con el objetivo de que logren vivir dignamente y en condiciones que les permitan acceder y consumir el ejercicio adecuado de otros derechos humanos, motivo por el que esa implicación de carácter general trae consigo a su vez otras implicaciones de carácter más específico que, de igual modo, deben ser atendidas por el Estado para que el derecho fundamental sea efectivo en toda su extensión.

Así es, de acuerdo con este pronunciamiento, la entidad estatal debe considerar otros factores esenciales al momento de efectuar la asignación del recurso hídrico a las personas que se encuentran bajo su soberanía, ya que la provisión del líquido vital, por sí misma, no es condición suficiente para asumir que se está otorgando y garantizando de forma efectiva el goce y el ejercicio adecuado de este derecho fundamental, sino que es necesario que se observen otros factores consustanciales a su naturaleza y significancia vital para que este derecho se materialice como tal en la existencia de cada uno de los miembros de la sociedad que la conforman.

Bajo esa tesitura, el TCC señaló que para satisfacer las necesidades asociadas con la subsistencia esencial del ser humano, como lo es su consumo individual, cocina e higiene personal y doméstica, era necesario que no sólo haya un abastecimiento adecuado de agua para cada persona, esto es, un suministro que sea indefectiblemente continuo, suficiente y accesible tanto física como económicamente, sino que también el agua

debe ser suministrada en la cantidad y calidad apropiada para los usos personales referidos, es decir, que se suministre la cantidad esencial mínima de agua en condiciones suficientes de potabilidad, porque de no ser así, las personas que están bajo su jurisdicción se ubicarían en situaciones de vulnerabilidad física grave e, incluso, en riesgo de mortandad.

Respecto a la disponibilidad y accesibilidad, Velezmoro (2007) señala que estos factores imbuídos en el contenido del derecho humano al agua consisten en garantizar la provisión del líquido vital de forma continua y suficiente para satisfacer las necesidades personales de consumo, higiene y saneamiento, en términos en los que este recurso natural, sus instalaciones y sus servicios sean accesibles para todos (p. 395). En lo que concierne al factor consustancial de la calidad del agua, Gutiérrez (2008) señala que el “derecho humano al agua fue creado para garantizar las libertades que otorgan el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario y el derecho a no ser objeto de injerencias”, este último interpretado, entre otros sentidos, en dirección de que el recurso hídrico debe de estar libre de contaminación o de agentes contaminantes para que sea lo suficiente salubre y no se constituya su consumo en una amenaza para la salud de las personas (p. 81).

Por último, se ubican un par de pronunciamientos más relacionados con el desarrollo del derecho humano al agua, criterios que se destacan porque se vinculan estrechamente a vicisitudes asociadas con los efectos adversos del aprovechamiento de los hidrocarburos. De acuerdo con la tesis interpretativa de estos pronunciamientos, el uso del agua para las actividades domésticas, público-urbanas y productivas primarias debe ser preferente sobre cualquier otro tipo de actividad que requiera de su disposición, ya que de estas actividades depende la concretización efectiva de la premisa esencial y sustancial en la que está radicado el derecho humano al agua, la de destinar a cada miembro de la sociedad el agua suficiente para solventar satisfactoriamente las necesidades más esenciales de los planos vitales de su existencia.

En uno de ellos, la Tesis XI.1o.A.T.1 K (10a.) —relacionada con el amparo directo 740/2011—, el TCC precisa que el derecho al agua ha sido configurado desde el sistema convencional como un beneficio colectivo que debe ser desplegado con base en los criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y dignidad, lo que propicia que sus implicaciones materiales sean revestidas por el marco jurídico doméstico como actividades de alta relevancia para la seguridad nacional. Esta designación, que

se suma al derecho humano al agua al momento de que transita del marco convencional al marco jurídico del Estado mexicano, origina que la provisión de agua para usos personal, doméstico y urbano sea considerada como prioritaria frente a cualquier otro tipo de uso que se le pueda dar al líquido vital, pues de ello depende la estabilidad nacional que es necesaria para el propio desarrollo del país.

Mientras que en el otro de los pronunciamientos, la Tesis VI.3o.A.1 CS (10a.) —relacionada con el amparo en revisión 301/2014—, el órgano jurisdiccional federal amplía el criterio de preeminencia jurídica que había formulado en torno al uso del líquido vital para fines personales, domésticos y urbanos. De acuerdo con el análisis del TCC, las fuentes internacionales, como la referida Observación general núm. 15, arrojan de su interpretación que el uso del agua aplica de la misma forma prioritaria cuando se vincula al desarrollo de las actividades productivas del sector primario —agricultura, ganadería y acuacultura—, dado que éstas guardan una estrecha relación con el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales, como los derechos humanos a la salud y a la alimentación.

Cabe apuntar que estas posturas en particular derivan de las interpretaciones formuladas a partir de la base dogmática de los enfoques teórico-constitucionalistas que se aplican sobre los derechos fundamentales. Al respecto, Landa (2002) señala que, desde que la comprensión de las normas constitucionales transitó de la base del sistema de garantías al de valores y principios fundamentales, el contenido concreto de los derechos humanos ha sido alimentado por todas aquellas doctrinas constitucionales que, de alguna forma, han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional, tales como la institucionalista, la democrático-funcional, la jurídico-social y la de las libertades. Landa atribuye a estas teorías grandes aportes al desarrollo teórico de los derechos fundamentales, pero, para él, éstas aún resultan insuficientes para superar por sí solas las problemáticas de la realidad cotidiana que obstaculizan su realización en la vida de los individuos (pp. 50-71).

Como se puede apreciar, la integración constitucional del derecho fundamental al agua conlleva implicaciones que germinan de los alcances jurídicos que son proyectados desde el marco convencional de los derechos humanos. De igual modo, los requerimientos jurídico-materiales implícitos en cada una de esas implicaciones permite advertir cuáles de ellas son más propensas a entrar en tensión con la actividad del aprovecha-

miento de los hidrocarburos. Sin duda, los criterios expuestos, los cuales resultaron de la exégesis aplicada al marco de convenciones en materia del derecho humano al agua, ofrecen la posibilidad de ubicar qué implicaciones son más propensas a entrar en tensión con el aprovechamiento de los hidrocarburos y, por consiguiente, con las que más se debe comprometer el Estado para su goce y ejercicio individual y colectivo. Particularmente, la vinculada con el deber de proteger la salud del agua para efecto de garantizar su consumo humano libre de contaminantes.

#### IV. LA INDUSTRIA DE LOS HIDROCARBUROS FRENTE A LA IMPLICACIÓN JURÍDICA DE LA CALIDAD DEL LÍQUIDO VITAL IMPUESTA POR EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA

Es una realidad patente que la industria de los hidrocarburos genera una diversidad de condiciones favorables, las cuales se traducen en beneficios preminentemente económicos para la nación que promueve públicamente su aprovechamiento. Entre estos beneficios, se encuentra la posibilidad de ser una nación con el potencial para cubrir los requerimientos domésticos de recurso energético que se requieran para propiciar el dinamismo económico y social que la establezca y consolide, así como la oportunidad de generar riqueza y derrama económica hacia los sectores que se encuentran directamente vinculados a su curso y desarrollo, y a las regiones y localidades donde se despliegue su práctica.

Diversos autores así lo señalan cuando enmarcan a los hidrocarburos como un bien comercial global que posee la suficiencia económica para determinar, en buena parte, el éxito o el fracaso público de un ente estatal en materia económica. Ejemplo de ello es Velázquez Elizarrarás (2009), quien sostiene que

sobre todas las fuentes conocidas, el petróleo se ha convertido en el recurso energético más importante de la sociedad actual y en el motor de toda la actividad industrial y económica moderna. Además de su importancia económica, el interés por controlar y explotar los principales yacimientos petroleros ha sido el origen de muchos conflictos bélicos entre los Estados (p. 636).

Este último aspecto sitúa al petróleo como un factor que es capaz de determinar el éxito o fracaso de las naciones y su jerarquía en el escenario de la geopolítica.

De igual forma, Barnes (1967) hace evidente la relevancia que tiene el combustible fósil para las entidades estatales modernas en su conjunto, pero destacándolo desde el enfoque de la geopolítica energética de la economía, ya que señala que las naciones invierten buena parte de sus esfuerzos diplomáticos para conseguir concesiones domésticas de los países con petróleo. Esta percepción, señala Barnes, es la que le permite concluir a Fisher que el petróleo es uno de los pocos factores que juegan un papel preponderante en la política económica internacional actual (p. 523).

El Estado mexicano es un buen ejemplo de estas condiciones originadas por el aprovechamiento de los hidrocarburos, ya que las impresiones de sus distintos beneficios se aprecian estampadas en su contexto nacional. Sin duda, los efectos de índole económico que emergen a partir del aprovechamiento de los hidrocarburos han impactado de forma por demás significativa y favorable a los procesos económicos de los sectores productivos del país, a las finanzas públicas de sus distintos ámbitos gubernamentales y, por supuesto, a la autonomía energética nacional, lo que se ha traducido en buena parte del trayecto económico contemporáneo de México en progreso y consolidación como nación.

Aguilera (2015) destaca esto cuando indica que los eslabones que integran la cadena de valor económico de los hidrocarburos han sido un catalizador de la industria nacional en general; primero, mediante la extracción de crudo, la modernización de las refinerías y el tendido de ductos por gran parte del territorio nacional, y, posteriormente, mediante la incursión de la industria nacional en la petroquímica (p. 142). Guajardo y otros (2010) también lo resaltan, pero desde la perspectiva que esboza el panorama económico que sobrevendría al presentarse un déficit en su disponibilidad, pues mencionan que la insuficiencia de este recurso originaría “un aumento en la importación tanto de crudo como de productos refinados, una reducción de los ingresos fiscales disponibles generados por la industria petrolera, y una caída dramática en las exportaciones mexicanas” (p. 669).

Alpízar (2015), por su parte, señala que las acciones públicas vinculadas al sector energético del país no sólo tienen una implicación a nivel nacional, como aquel elemento que es instalado para replantear las posibilidades de desarrollo generacional del país, sino que también tienen implicaciones a nivel regional que involucran el requerimiento de políticas públicas que coadyuven al fomento o a la generación de empleos, al avance tecnológico y a la inclusión social. Es decir, que el impulso a la indus-

tria de los hidrocarburos de igual modo responde a la intención de que las regiones tengan la oportunidad de asimilar la mayor derrama económica posible en sus territorios (p. 224).

Esta enorme relevancia económica de la industria nacional de los hidrocarburos ha propiciado que se organicen las estructuras jurídicas y políticas en torno a intensificar y alentar su acrecentamiento, ya que a lo largo de la historia económica contemporánea de México se ha comprobado que entre más amplia sea la actividad de explotación del recurso natural fósil, mayor es el estímulo al desarrollo económico nacional. La segunda década del siglo XXI da testimonio de lo anterior al situarse como el comienzo del impulso estatal más significativo en la época reciente de la industria mexicana de los hidrocarburos. Empuje en donde podría identificarse a la serie de eventos jurídicos, políticos y administrativos derivados de la planeación nacional 2013-2018 como la precursora pública que le daría forma al inicio de esta nueva fase de reactivación petrolera.

Es importante recordar que, a partir de las directivas trazadas en ese periodo de planeación nacional, el Gobierno Federal procedió a implementar una política pública de carácter transversal que operaba como germen de las estrategias nacionales en materia económica. Esta política fue formulada, entre otras intenciones, con la finalidad de revertir las condiciones que estaban obstaculizando el fortalecimiento de aquellos elementos que operaban en favor del incremento de la productividad del aparato productivo nacional. La lógica estatal era mejorar el rendimiento de las empresas y de los ciudadanos, para que el desarrollo económico dentro del país cobrara mayor impulso.

Efectivamente, para el Gobierno Federal era imperativo implementar la renovación del sector energético de los hidrocarburos desde las estructuras más esenciales que soportaban su administración estatal, la jurídica y la gubernamental, ya que si se quería incrementar la producción de hidrocarburos, con el fin de asegurar el suministro energético a costos accesibles, era preciso generar más proyectos de exploración y extracción, y para ello era necesario darle acceso a la inversión privada. Así, y después de sentadas las directivas políticas de la planeación nacional, el 12 de agosto de 2013 se iniciaría el proceso legislativo que propondría enmendar los artículos 27 y 28 constitucionales, el cual concluiría el 20 de diciembre de ese mismo año con la promulgación del Decreto de reforma constitucional en materia energética. Estos cambios aplicados a la regulación de dichos preceptos constitucionales estribaban esencialmente en otorgarle al Estado

mexicano la potestad de celebrar contratos de aprovechamiento de hidrocarburos con particulares.

En términos prácticos, estas modificaciones constitucionales se traducirían a la postre en 111 contratos de exploración y extracción, de los cuales 106 contratos corresponden a adjudicaciones, vía proceso de licitación, y los 5 restantes a migraciones efectuadas de asignaciones otorgadas a empresas productivas del Estado. Además, 56 de esos contratos adjudican áreas contractuales terrestres, mientras que el resto adjudica áreas contractuales marítimas, 32 en aguas someras y 28 en aguas profundas. Asimismo, se otorgaron 396 asignaciones a Petróleos de México (PEMEX), lo mismo para exploración que para extracción en áreas terrestres y marítimas.<sup>2</sup>

No obstante, la dinámica del aprovechamiento de los hidrocarburos no sólo viene acompañada de beneficios económicos, sino también de perjuicios que, en contraste, vulneran las condiciones mínimas de vida digna que se procuran alcanzar mediante los derechos y garantías proyectadas desde los parámetros de los derechos humanos, principalmente en las regiones y localidades donde se hace presente su desarrollo operativo. A la par del flujo de condiciones económicas que contribuyen a potenciar el estado de bienestar de la población, también se aprecian otras de carácter adverso que originan un efecto opuesto sobre ese estatus, ya que inciden sobre ciertos bienes y derechos que están bajo el amparo de los derechos fundamentales.

En ese sentido, Fontaine (2003) indica que la actividad petrolera constituye una fuente imprescindible de ingresos y una condición necesaria para el desarrollo económico de los países, pero de igual modo representa impactos socioambientales negativos en las regiones donde se hace presente su desarrollo. De hecho, Fontaine afirma que este aspecto desfavorable de la actividad petrolera ha ido en ascenso desde que se formularon las primeras críticas a la industria en los años setenta, ya que los conflictos originados por sus impactos socioambientales se han multiplicado en proporción con el aumento de los intercambios y estrategias económicas mundiales vinculadas a su causa (p. 20).

Esta intensificación de escenarios adversos a los que hace alusión Fontaine se propaga a partir de que las empresas petroleras, tanto públicas

---

<sup>2</sup> Datos obtenidos de la Bóveda Digital de Contratos de la CNH y del portal de asignaciones de la SENER, actualizados al 20 de marzo del año 2020.

como privadas, se trasladan a las zonas geográficas donde se encuentran ubicadas las áreas de explotación, siendo precisamente las vicisitudes derivadas de su práctica las que aportan a la conformación de esas condiciones adversas que actúan en detrimento de los bienes y derechos que se encuentran protegidos bajo el velo de los derechos fundamentales. Básicamente, los escenarios adversos por la explotación de hidrocarburos empiezan a configurarse a partir de la ejecución de los planes de trabajo de aprovechamiento específico que se encuentran estipulados en cada contrato o asignación petrolera.

En efecto, al momento de que las actividades operativas empiezan a tomar curso, los efectos nocivos que le dan forma a los escenarios desfavorables se hacen presentes en las zonas donde se desarrollan y, con ellos, las dinámicas que alteran o degradan a los bienes jurídicos que han sido abrigados bajo el cobijo de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Algunas de las eventualidades que sirven de muestra para ejemplificar a este otro tipo de escenarios asociados al aprovechamiento de los hidrocarburos son: derrames que contaminan los ecosistemas terrestres y marinos, emisiones atmosféricas que abonan al calentamiento global y al cambio climático, remoción de las tierras donde se desarrollan actividades económicas primarias y, por supuesto, condiciones nocivas que tienden a vulnerar ciertos aspectos que están íntimamente relacionados con el apropiado goce y disfrute del líquido vital.

En relación con este deterioro, y específicamente el ocasionado en torno al recurso hídrico, Cavazos y Pérez (2014) señalan a los compuestos petrolíferos que tienden a acumularse en los ecosistemas marítimos y terrestres como resultado de las malas prácticas en la explotación, refinación, distribución, mantenimiento y almacenamiento de petróleo crudo y sus derivados, como los principales agentes contaminantes que deterioran el agua y los recursos naturales del suelo. De hecho, ellas aseveran que los derrames de hidrocarburos procesados son una de las principales causas de contaminación del agua y de suelos en áreas rurales y, por consiguiente, uno de los factores que abona de forma significativa al rezago socioeconómico, a la pobreza alimentaria y a la marginación de las comunidades que convergen con las actividades de su aprovechamiento, ya que al ser los responsables de polucionar el agua de los canales que son utilizados para el riego de los cultivos, reducen la ya de por sí poca producción agrícola de esas zonas (pp. 540 y 546).

De igual manera, Ortuño (2010) destaca los efectos adversos que la práctica de las operaciones de traslado, transporte y almacenamiento de hidrocarburos produce sobre la integridad física, química y biológica de los recursos abióticos que conforman las reservas naturales más importantes de la biosfera terrestre, entre ellos evidentemente el recurso hídrico. Sobre esto, Ortuño precisa que una de las repercusiones negativas que se produce en el medio ambiente por la explotación intensiva de los yacimientos petrolíferos es la dispersión de contaminantes, la cual ocurre cuando se efectúa el transporte de hidrocarburos a través de los oleoductos y gasoductos, dado que en las operaciones de traslado, transporte y almacenamiento se acrecientan significativamente los riesgos de afectación en los recursos naturales que se encuentran próximos a las instalaciones donde se lleva a cabo su práctica (p. 173).

De manera más específica, Fontaine (2003) precisa algunos de los efectos de los procesos de explotación que producen impactos lesivos sobre el agua y, consecuentemente, sobre el entorno social y ecológico que depende directa o indirectamente de este vital elemento. Describe, por ejemplo, la serie de actividades operativas que están implícitas en la perforación de pozos destinados para la extracción de hidrocarburos y los contaminantes que se originan como resultado de su práctica, así como las afectaciones que, en particular, producen dichas operaciones en torno al vital líquido, en relación con los ecosistemas sociales y ambientales que precisan de este recurso natural para subsistir.

En relación con la operación de pozos, Fontaine señala que éstos generan en primer instancia lodos tóxicos y desechos sólidos que no son biodegradables, los cuales tienden a guardarse en almacenes próximos o cercanos a las áreas donde se lleva a cabo su ejecución. Subsecuentemente, en la fase de bombeo para extraer el hidrocarburo del subsuelo, el proceso separa el agua y el gas natural del producto petrolífero más pesado, operación que, en específico, evacúa diariamente cientos de barriles de agua mezclada con químicos, sales tóxicas y residuos de hidrocarburos hacia piscinas expuestas al aire libre. A estas tareas se le suman las operaciones de mantenimiento aplicadas a los sistemas de oleoductos y estaciones de producción que sirven para transportar y almacenar los hidrocarburos extraídos, las cuales igualmente aportan pasivos ambientales a los entornos que se encuentran contiguos o cercanos a ellos.

Estas actividades operativas asociadas con el proceso de explotación de pozos, apunta Fontaine, son las que propician graves afectaciones a la inte-

gridad física y biológica de los ecosistemas hídricos. Explica, por ejemplo, que la evaporación de las aguas residuales que están almacenadas en las piscinas de retención propicia un efecto de esparcimiento de partículas tóxicas, las cuales terminan asentándose a lo largo de suelos de las zonas e infiltrándose a las capas freáticas del subsuelo cuando llueve. Este ciclo, él señala, no sólo provoca un asiento de partículas que genera un resecamiento de características tóxicas en los suelos, sino que también envenena el agua que circula por las redes hídricas subterráneas en el momento en que se filtran las partículas de la superficie y, en otros casos, como en el tiempo de inundaciones, las arrastran hacia los cuerpos de agua superficiales de la zona, provocándoles ese mismo impacto tóxico.

Asimismo, él expone que la cremación que se practica en esas piscinas de retención, con el objeto de eliminar hidrocarburos, de igual forma abona a la diseminación de esos contaminantes y, por consecuencia, al ciclo tóxico que se dinamiza durante la temporada de lluvias, ello sin contar los derrames que se presentan por los accidentes y las tareas de logística y mantenimiento de los sistemas de transportación de hidrocarburos por ductos y de las estaciones de almacenamiento y producción. Además, señala que la perforación para hacer un pozo de extracción provoca la evacuación de aceites y productos químicos entremezclados con agua que terminan vertiéndose a los afluentes naturales de agua que estén alrededor de las zonas de explotación.

A manera de muestra, Fontaine refiere la serie de afectaciones socioambientales que se originaron por causa del aprovechamiento de hidrocarburos que se realizaba en el área de explotación “Campo Gacela” en Orellana, Ecuador. De acuerdo con la información expuesta por Fontaine, las instalaciones de descargo, los tanques de aguas residuales y las piscinas de desecho de crudo habían desbordado o filtrado agentes contaminantes que habían transformado los pastos en hierba amarilla y seca, por causa de la acidez que le impregnaban al suelo y a los esteros; por su parte, las estaciones de producción habían afectado las actividades de agricultura y ganadería por la polución que generaban sus lodos y desechos tóxicos no biodegradables en el suelo y agua de la zona; por último, el río que irrigaba las fincas de la zona igualmente había sido contaminado por causa del derrame de aguas de formación, ocasionándole a la fauna marina que entraba en contacto con sus aguas un daño irreversible.

Precisa Fontaine que este cúmulo de efectos provocados por las actividades operativas del aprovechamiento petrolífero habrían generado entre

los habitantes de las comunidades de Orellana afecciones crónicas a su salud, entre otras cosas, por la degradación ecológica a la que habría sido expuesto el recurso natural hídrico del que dependían para suplir sus necesidades vitales más esenciales; asimismo, les habría provocado cierta limitación de acceso a agua potable porque se habría presentado, como consecuencia de todas esas afectaciones, una degradación en sus propiedades fisicoquímicas para el consumo humano (pp. 290-298).

En relación con lo anterior, González González (2015) indica que la décima parte del agua que se emplea como disolvente en los procesos industriales asociados a la explotación de hidrocarburos propende a situarse como un factor contaminante a corto, mediano y largo plazo, dado que ésta asimila cualidades tóxicas por el proceso a la que es sometida, pero, sobre todo, asume atributos de persistencia, esto es, su degradación en el medio ambiente puede implicar meses o incluso años. También señala que estas características convierten a este tipo de residuo industrial en una amenaza para la seguridad hídrica de los ecosistemas y de las personas, debido a que siempre está latente el riesgo de afectar los recursos hídricos de las zonas donde se manipulan. Conforme a los datos de González, entre más actividad de explotación de hidrocarburos se presenta, mayor cantidad de agua industrial se desecha, por lo que en proporción a la cantidad de desecho de este tipo de residuo es el riesgo de amenaza a la seguridad hídrica de los ecosistemas y de las personas de esas zonas (pp. 22 y 48).

Es pertinente señalar que las principales actividades de explotación de hidrocarburos se ubican en zonas donde se practican mayoritariamente la agricultura, la ganadería y la pesca, es decir, que se desarrollan en áreas rurales con una alta dependencia hídrica, tanto por sus actividades económicas como por sus necesidades domésticas, razón por lo que el acceso al agua es esencial para su desarrollo personal y productivo. Todo ello, sin sumarle a ese vínculo de dependencia vital a la flora y fauna que habita o transita por esas extensiones territoriales.

Sandoval (2018), en estrecha relación con el señalamiento anterior, destaca otra circunstancia que viene a conjugarse de modo agravante con la condición adversa que arroja la arista de la explotación de los hidrocarburos y la disponibilidad del agua en zonas rurales. De acuerdo con los datos expuestos por ella, las áreas rurales donde regularmente habita la población campesina, indígena y afrodescendiente son los espacios geográficos del territorio mexicano con mayor inaccesibilidad del recurso hídrico, debido a que las condiciones precarias de vida en la se desenvuelven

les acotan la posibilidad de obtener la cantidad de agua suficiente para almacenarla en sus hogares o para tan siquiera solventar apropiadamente sus necesidades personales y familiares del día a día (p. 15).

Diversos lineamientos administrativos que han sido emitidos con el objeto de regular las especificaciones y características aplicables a los procesos relacionados con el aprovechamiento de los hidrocarburos permiten constatar lo expuesto. Por ejemplo, el artículo 22 de las Disposiciones administrativas de carácter general que establecen las reglas para el requerimiento mínimo de seguros a los regulados que lleven a cabo obras o actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural, regula los conceptos de costos y gastos por daño ambiental que deben ser cubiertos por la pólizas de seguros contratadas, y precisa las condiciones ambientales adversas a las cuales el seguro contratado debe subvencionar el pago de las acciones de sanación correspondientes. Éstas son condiciones tales como la contención de contaminantes, la remediación de sitios contaminados o la restauración ambiental, por mencionar algunas.

Por su parte, de la interpretación vinculatoria de las Normas Oficiales Mexicanas NOM-052-SEMARNAT-2005 y NOM-001-ASEA-2019, así como de las Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los Lineamientos para informar la ocurrencia de incidentes y accidentes a la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, se puede apreciar que los residuos producidos por la manipulación de hidrocarburos son clasificados como residuos peligrosos, es decir, como elementos que poseen en su composición características de corrosividad, reactividad, explosividad, toxicidad o inflamabilidad, lo cual les brinda la capacidad de provocar incidentes en los que puedan ocurrir decesos, lesiones graves, daños estructurales severos y demás afectaciones de índole individual, colectivo, civil o ambiental.

Asimismo, la Norma Oficial Mexicana NOM-009-ASEA-2017 destaca la serie de incidentes que pueden suscitarse en las áreas o “círculos de impacto potencial” donde se realizan las actividades comprendidas dentro de los procesos implementados para el aprovechamiento de los hidrocarburos, los cuales son derivados de las cualidades de reactividad, explosividad, toxicidad e inflamabilidad que poseen los hidrocarburos.

Es patente, de acuerdo con el sentido regulatorio de las reglas administrativas emitidas por las diversas instancias gubernamentales del Esta-

do mexicano, que la actividad de aprovechamiento de los hidrocarburos no sólo origina una dinámica que acarrea un cúmulo de provechos que tienden a propiciar condiciones favorables para amplios sectores del país, sino que también propicia otra dinámica que atrae, en contraposición, un conjunto de perjuicios que tienden a ocasionar condiciones adversas en los entornos que la abrigan de cerca, entre ellos los vinculados al recurso natural del agua.

Así como la explotación de hidrocarburos goza de la cualidad para potenciar el progreso social mediante las condiciones de tipo económico que genera, esto es, a través de la disponibilidad de energía, impulso a la industria nacional, generación de infraestructura, entre otras tantas más, también dispone del atributo para propiciar un retroceso social a partir de las condiciones adversas que origina de esa misma dinámica y que se ven materializadas en enfermedades, fragmentación social y, desde luego, deterioro ambiental en sus distintas vertientes e impactos en los recursos naturales, como acontece en el caso del recurso hídrico que forma parte de los ecosistemas que se encuentran ubicados en las áreas donde se desarrolla su práctica.

Como se ha apreciado bajo el plano de las actividades que están implicadas en los procesos de la explotación de hidrocarburos, los pasivos ambientales derivados de su operación representan un factor habitual de contaminación para los recursos hídricos que convergen con su manejo, en virtud de que propician en la salud del recurso hídrico una afectación nociva en su composición física o biológica, que en muchos de los casos difícilmente puede ser remediada por el costo que representa o por el tipo de contaminación. Así, el aprovechamiento de los hidrocarburos se presenta como un agente que atenta en contra del bien jurídico tutelado del agua, y, en consecuencia, de las garantías jurídicas que se configuraron a partir de su naturaleza con el propósito sustancial de preservar al líquido vital libre de contaminación, para que ésta sea lo suficiente salubre y apta para el consumo vital de las personas.

Efectivamente, las diversas problemáticas derivadas de la contaminación del recurso natural del agua como resultado de las actividades operativas del aprovechamiento de hidrocarburos se configuran en condiciones violatorias muy específicas a los alcances jurídicos que se proyectan desde el contenido dogmático del derecho humano, en vista de que sus efectos generan condiciones lo suficientemente dañinas para producir una alteración en su composición física, química y biológica, lo que con-

lleva a fragilizar la garantización efectiva y sobre todo plena de una de las premisas sustancial que se encuentra albergada en su contenido, la de garantizar a cada miembro de la sociedad el acceso y la disposición al agua en términos y condiciones de calidad suficientes para consumirse en actividades personales y domésticas esenciales para la vida humana.

## V. REFLEXIONES FINALES

La imprescindibilidad del agua para el desarrollo de cualquier proceso o actividad vital en el planeta como resultado de sus cualidades naturales, desde luego entre éstos los vinculados directa e indirectamente a la apropiada subsistencia del ser humano, han llevado al recurso hídrico a posicionarse como un bien natural de incalculable valor presente y futuro. Por este aspecto fundamental, el agua ha sido sujeta a un proceso de juridización a nivel ecuménico que ha hecho posible revestirla con el carácter de derecho humano, en interés de preservar y proteger su composición y cantidad en la medida suficiente para garantizar a todo ser humano el goce y disfrute del derecho a su acceso y disposición.

Bajo este revestimiento jurídico internacional, el derecho humano al agua ha agrupado una serie de responsabilidades que van de acuerdo con su naturaleza y propósitos sustanciales, las cuales se traducen en implicaciones específicas al momento de que se incorporan constitucionalmente al ámbito estatal interior, y que, en términos generales, se enfocan en respetar y hacer respetar el goce y el ejercicio de este derecho en toda su importancia dogmática y material. Alcances entre los que se encuentra preservar su integridad química, física y biológica para uso y consumo humano, condición necesaria para hacer posible su garantización en toda su extensión jurídica y en los planos de la existencia verdadera y efectiva.

Es precisamente en este aspecto inmerso en el derecho humano al agua, donde el aprovechamiento de los hidrocarburos se confronta a sus propósitos fundamentales, situándolo como un agente con la capacidad suficiente de comprometer su goce y ejercicio efectivo, tanto en lo individual como en lo colectivo. Como ha quedado expuesto, las actividades implícitas a los procesos de explotación de hidrocarburos se erigen como focos de contaminación que atentan contra la salud de los recursos hídricos, lo que, por consecuencia, opera en detrimento de la materialización efectiva de los

alcances jurídicos que son implícitos a las garantías jurídicas del derecho humano al agua. En específico, la que abriga la responsabilidad de proteger la calidad del agua.

## VI. REFERENCIAS

- AGUIAR RIBEIRO DO NASCIMENTO, G. (2019). El derecho humano al agua en España: reconocimiento y accesibilidad económica como elementos claves para su efectividad, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(156), 1671-1691.
- AGUILERA GÓMEZ, M. (2015). *El petróleo mexicano. Conflicto, esperanza y frustración*. México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM.
- ALEXY, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 237-248.
- ALPÍZAR VALLEJO, R. *et al.* (2015). El consorcio o la asociación industrial como una estrategia de oportunidad de la industria nacional dentro de la reforma energética del país, en OROPEZA GARCÍA, A. (coord.), *Reforma energética y desarrollo industrial. Un compromiso inaplazable*, México, UNAM-III.
- BARNES, H. (1967). *Historia de la economía del mundo occidental*, México, UTEHA.
- BARBERIS, M. (2013). Los derechos humanos como adquisición evolutiva. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 25-40.
- BETANCUR, T. *et al.* (2016). Estado y factores de cambio de los servicios ecosistémicos de aprovisionamiento en humedales relacionados con aguas subterráneas en Iberoamérica y España, *Biota Colombiana*, 17(Supl. 1), 106-119.
- CARBAJAL AZCONA, Á. y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. (2012). Propiedades y funciones biológicas del agua, en VAQUERO, M. y TOXQUI, L. (coords.), *Agua para la salud. Pasado, presente y futuro*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/458-2013-07-24-Carbaljal-Gonzalez-2012-ISBN-978-84-00-09572-7.pdf>.
- CATALANO, E. (1977). *Teoría general de los recursos naturales*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía.

- CAVAZOS-ARROYO, J. *et al.* (2014). Afectaciones y consecuencias de los derrames de hidrocarburos en suelos agrícolas de Acatzingo, Puebla, México, *Agricultura, Sociedad y Desarrollo*, 11(4), 539-550.
- CAIRAMPOMA ARROYO, A. y VILLEGAS VEGA, P. (2016). El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana. *Derecho PUCP*, (76), 229-249.
- CARPIO MARCOS, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*, (56), 463-530.
- CHACÓN MATA, A. (2010). Breve reseña de la naturaleza y alcances del derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 10, 455-493.
- Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH). (2021, 1o. de septiembre). *Bóveda Digital de Contratos de la CNH*, disponible en: <https://www.gob.mx/cnh/articulos/boveda-digital>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). Observación general núm. 4 “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, E/1991/23, disponible en: [https://www.refworld.org/es/category/REFERENCE,CESCR,,5d7fc37b5,0.html](https://www.refworld.org/es/category/REFERENCE/CESCR,,5d7fc37b5,0.html).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación general núm. 12 “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”, E/C.12/1999/5, disponible en: <https://undocs.org/sp/E/C.12/1999/5>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación general núm. 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2000/4, disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/2000/4>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). Observación general núm. 15 “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2002/11, disponible en: <https://www.undocs.org/es/e/c.12/2002/11>.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979, 18 de diciembre), disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf).

- Convención sobre los derechos del niño. (1989, 20 de noviembre), disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf).
- CÓRDOBA, M. A. *et al.* (2010). Agua y salud humana. *Química Viva*, 9(3), 105-119.
- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo). (1972, 16 de junio), disponible en: <https://undocs.org/sp/A/CONF.48/14/Rev.1>.
- Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. (1992, 14 de junio), disponible en: [https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1\(vol.I\)](https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)).
- Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos. (1976, 11 de junio), disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.70/15>.
- DÍAZ, E. (1998). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus.
- Disposiciones administrativas de carácter general por las cuales se establecen los Lineamientos para informar la ocurrencia de incidentes y accidentes a la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos. (2016, 4 de noviembre), disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/162568/2016\\_11\\_04\\_MAT\\_semarnat\\_L\\_I-A.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/162568/2016_11_04_MAT_semarnat_L_I-A.pdf).
- Disposiciones administrativas de carácter general que establecen las reglas para el requerimiento mínimo de seguros a los regulados que lleven a cabo obras o actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, tratamiento y refinación de petróleo y procesamiento de gas natural. (2016, 23 de junio), disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5442251&fecha=23/06/2016](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5442251&fecha=23/06/2016).
- FERRAJOLI, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales, *Cuestiones Constitucionales*, (15), 113-136.
- FERNÁNDEZ CIRELLI, A. (2012). El agua: un recurso esencial. *Química Viva*, 11(3), 147-170.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1996). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Derecho PUPC*, (50), 11-45.
- FONTAINE, G. (2003). El precio del petróleo. *Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad en la región amazónica*. Quito, FLACSO, IFEA, Abya-Yala.

- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2003). Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cuestiones Constitucionales*, (9), 127-157.
- GIANNUZZO, A. N. (2010). Los estudios sobre el ambiente y la ciencia ambiental. *Revista Scientiæ Studia*, 8(1), 129-156.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. (2014), *El acceso al agua potable como derecho humano. Su dimensión internacional*. Alicante, Editorial Club Universitario.
- GUAJARDO SOTO, G. *et al.* (2010). Energía, infraestructura y crecimiento, 1930-2008, en KUNTZ FICKER, S. (coord.), *Historia económica general de México. De la Colonia a nuestros días*, México, El Colegio de México-Secretaría de Economía.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. (2008). El derecho fundamental al agua en México: un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas. *Cuestiones Constitucionales*, (18), 71-90.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. (2010). El derecho al agua y su relación con el medio ambiente, en CARMONA TINOCO, J. y HORI FOJACO, J. (coords.), *Derechos humanos y medio ambiente*, Bogotá, UNAM-Semarnat.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. P. (1995), Constitución y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (84), 1041-1051.
- LANDA, C. (2002). Teoría de los derechos fundamentales, *Cuestiones Constitucionales*, (6), 49-71.
- LAPORTA, F. (1987). El concepto de los derechos humanos, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), 23-46.
- LÓPEZ, A. D. (2016). Reséndez Bocanegra, Pedro Javier, Protección del derecho de decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad. *Cuestiones Constitucionales*, (35), 307-315.
- MARTÍNEZ, A. y DEFELIPPE, O. (2013). Derecho humano al agua y control de convencionalidad. *Derecho PUCP*, (70), 105-120.
- Norma Oficial Mexicana NOM-001-ASEA-2019, que establece los criterios para clasificar a los residuos de manejo especial del sector de los hidrocarburos y determinar cuáles están sujetos a Plan de Manejo, el listado de los mismos, así como los elementos para la formulación y gestión de los Planes de manejo de residuos peligrosos y de manejo especial del sector de los hidrocarburos. (2019, 16 de abril), disponi-

ble en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/502872/NORMAS\\_OFICIALES\\_MEXICANAS\\_NOM-001-ASEA-2019.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/502872/NORMAS_OFICIALES_MEXICANAS_NOM-001-ASEA-2019.pdf).

Norma Oficial Mexicana NOM-009-ASEA-2017. Administración de la integridad de ductos de recolección, transporte y distribución de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. (2019, 25 de enero), disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492668/2.\\_NORMAS\\_OFICIALES\\_MEXICANAS\\_NOM-009-ASEA-2017.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492668/2._NORMAS_OFICIALES_MEXICANAS_NOM-009-ASEA-2017.pdf).

Norma Oficial Mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos. (2006, 23 de junio), disponible en: <http://www.economia-noms.gob.mx/normas/noms/2006/052semarnat.pdf>.

OLZA, J. (2003). El agua, recurso limitado e insustituible, en Fundación Ecología y Desarrollo (coord.). *El Agua, recurso limitado: sequía, desertificación y otros problemas*, Madrid, Biblioteca Nueva, Estudios de Política Exterior.

ORTUÑO ZARATE, S. (2010). *El mundo del petróleo. Origen, usos y escenarios* Bogotá, FCE.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966, 16 de diciembre), disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf).

Plan de Acción de Mar de Plata. (1977, 25 de marzo), disponible en: <https://undocs.org/en/E/CONF.70/29>.

Plan de Aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo sostenible (2002, 4 de septiembre), disponible en: <https://undocs.org/sp/A/CONF.199/20>.

Resolución 55/2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Declaración del Milenio”, A/RES/55/2. (2000, 8 de septiembre), disponible en: <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “El derecho humano al agua y el saneamiento”, A/RES/64/292. (2010, 28 de julio), disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/64/292>.

Resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, A/HRC/RES/7/22. (2008, 28 de marzo), disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/7/22](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/7/22).

- Resolución 12/8 del Consejo de Derechos Humanos “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, A/HRC/RES/12/8. (2008, 28 de marzo), disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/Res/12/8>.
- ROLDÁN OROZCO, O. G. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*, Bogotá, UNAM-IIIJ.
- SANDOVAL MORENO, A. (coord.) (2018). *Estudio sobre protección de ríos, lagos y acuíferos desde la perspectiva de los derechos humanos* Bogotá, UNAM, CNDH.
- SECRETARÍA DE ENERGÍA (SENER). (s. f.). *Asignaciones*, disponible en: <https://asignaciones.energia.gob.mx/>.
- Tesis XI.1o.A.T.1 K (10a.). (2011, septiembre). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 12, t. III.
- Tesis XXVII.3o.12 CS (10a.). (2018, mayo). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 54, t. III.
- Tesis I.9o.P.69 P (10a.). (2014, noviembre). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 12, t. IV.
- Tesis VI.3o.A.1 CS (10a.). (2015, julio). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 20, t. II,
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C. (2009). El nuevo derecho internacional de la energía a través del estudio de sus fuentes y el ordenamiento del mercado mundial del petróleo en un contexto geopolítico-especulativo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, 631-675.
- URIBE ARZATE, E. (2009). La defensa constitucional de los derechos fundamentales en la reforma del Estado mexicano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(125), 1023-1046.
- VALDÉS DE HOYOS, E. y URIBE ARZATE, E. (2016). El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o de reconocimiento. *Cuestiones Constitucionales*, (34), 3-25.
- VELEZMORO PINTO, F. R. (2007). El servicio de agua potable y su reconocimiento como derecho fundamental en el Perú, en FERNÁNDEZ RUIZ, J. y SANTIAGO SÁNCHEZ, J. (coords.), *Régimen jurídico del agua. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM-IIIJ.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Presupuestos jurídicos para el ejercicio de la potestad normativa municipal en Cuba

### *Legal guidelines for the exercise of municipal regulatory authority in Cuba*

Recepción: 8 de febrero de 2021

Aceptación: 24 de mayo de 2021

Ana Laura LEÓN MORA\*

Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR\*\*

Duniesky ALFONSO CAVEDA\*\*\*

**RESUMEN.** Las municipalidades cubanas se desarrollaron, en las últimas décadas, sin el expreso reconocimiento de la autonomía. Ello ha redundado en el olvido, casi generalizado, de la posibilidad de emitir normas, creando un contexto con limitaciones para asumir las proyecciones de la Constitución de la República de Cuba de 2019 en este sentido. De ahí la necesidad de fundamentar los presupuestos jurídicos que deben sustentar el ejercicio de la potestad normativa en el actual diseño municipal cubano. Para ello, se valoran las particularidades presentes en el país a la luz de la legislación vigente y, a partir de las deficiencias identificadas y con apoyo en la doctrina, se argumentan los referidos presupuestos. El

**ABSTRACT:** Cuban municipalities developed, in the last decades, without the express recognition of autonomy. This has resulted in the almost general forgetting of the possibility of issuing norms, creating a context with limitations to assume the projections of the 2019 Constitution of the Republic of Cuba in this regard. Hence the need to base the legal assumptions that must support the exercise of normative power in the current Cuban municipal design. To do this, the particularities present in the country are assessed in light of current legislation and, based on the deficiencies identified and supported by the doctrine, the aforementioned assumptions are argued. The first of these focuses on the

\* Asesora Legal, Empresa Provincial de Servicios Legales de Pinar del Río. Cuba. ORCID: 0000-0002-0423-4125. Correo electrónico: [analaura@dpe.pr.rimed.cu](mailto:analaura@dpe.pr.rimed.cu).

\*\* Profesora Titular del Departamento de Derecho Universidad de Pinar del Río, Cuba. ORCID: 0000-0003-3533-1646. Correo electrónico: [oriselh@gmail.com](mailto:oriselh@gmail.com).

\*\*\* Director Docente Metodológico de la Universidad Tecnológica ECOTEC. Ecuador. ORCID: 0000-0001-7889-8066. Correo electrónico: [dalfonso@ecotec.edu.ec](mailto:dalfonso@ecotec.edu.ec).

primero de estos se enfoca al contenido del aludido poder local; el segundo al establecimiento de las delimitaciones en su alcance; y el tercero a proponer pautas para una regulación de la materia en una Ley de Municipios.

**Palabras clave:** municipio, potestad normativa, y autonomía

*aforementioned local power; the second to the establishment of the delimitations in its scope; and the third to propose guidelines for a regulation of the matter in a Municipal Law.*

**KEYWORDS:** *municipality, regulatory authority, and autonomy*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Valoraciones en torno a la potestad normativa en la Constitución de 2019 y sus normas de desarrollo* III. *Presupuestos jurídicos para el ejercicio de la potestad normativa municipal en Cuba.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes consultadas*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019) de 10 de abril de 2019 es fruto de la decisión del pueblo adoptada en referendo, luego de un proceso de análisis y propuestas desde la base. Entre los elementos que evidencian un progreso con respecto a su predecesora, se encuentran las reformas introducidas en la sistemática del articulado previsto en el Título VII Organización Territorial del Estado y en el Título VIII Órganos Locales del Poder Popular. En esta relación de preceptos se puede identificar un cambio de enfoque sobre el lugar y el rol que corresponde a los municipios.

El orden de las disposiciones deja sentado que la provincia constituye solo un “nivel intermedio entre las estructuras centrales del Estado y los municipios” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 167). De ahí que la función principal del Gobierno Provincial sea actuar “como coordinador entre las estructuras centrales del Estado y los municipios” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art 171) armonizando sus intereses.

La integración del Poder Popular en el municipio mantiene a la Asamblea Municipal como instancia superior en el territorio; los Consejos Populares como dinamizadores de la coordinación y el esfuerzo colectivo en beneficio de la comunidad; y el Consejo de Administración como órgano administrativo dirigido a la satisfacción de las necesidades locales, subor-

dinado a la Asamblea, y que, ahora, está presidido por el Intendente. En este subsistema el cambio más relevante está asociado al reconocimiento de la autonomía.

Los artículos 168 y 169 consagran ese principio, y dejan sentado que su contenido general incluye: la elección o designación de sus autoridades, la facultad para decidir sobre la utilización de sus recursos y el ejercicio de las competencias que le corresponden, así como dictar acuerdos y disposiciones normativas necesarias para el ejercicio de sus facultades. La síntesis de tales previsiones implica un gran desafío y una gran oportunidad.

Dentro de esa lógica se inserta la previsión de la potestad normativa, que conlleva un pensamiento y actuar práctico y responsable para el logro de su efectivo desenvolvimiento. La problemática en este particular se origina por la falta de experiencia reciente en el contexto nacional. A ello se suma que las leyes recientemente aprobadas para los órganos locales (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b; Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b) no clarifican el contenido de dicha potestad, dada la ausencia de determinación competencial en favor del municipio; no precisan las reglas para delimitar el alcance de las disposiciones de esta instancia; y, en la formulación de las distintas tipologías a emitir, no detallan aspectos esenciales relativos a su naturaleza. Todo esto se puede atribuir, en buena medida, a la ausencia de una Ley que unifique la realidad municipal y la discipline como una unidad, evitando la actual dispersión.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene reflexionar sobre qué presupuestos jurídicos deben sustentar el ejercicio de la potestad normativa en el diseño municipal cubano. En tal sentido, podría considerarse como posible línea de solución la apuesta por la legitimidad democrática, la autonomía, las competencias y los fines municipales como determinantes del contenido del referido poder local; la legalidad, la garantía institucional y la vinculación negativa como los delimitadores de su alcance; y una Ley de Municipios como el medio para su regulación desde una proyección sistematizadora.

Consecuentemente, el objetivo de este trabajo es el de fundamentar una propuesta de presupuestos jurídicos que sustenten el ejercicio de la potestad normativa municipal en el país. Para ello, en primer lugar, se valoran las regulaciones vigentes relativas a la materia en estudio y, seguidamente, con apoyo en la doctrina nacional y foránea, se precisan los referidos presupuestos.

## II. VALORACIONES EN TORNO A LA POTESTAD NORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2019 Y SUS NORMAS DE DESARROLLO

El pronunciamiento constitucional relativo a la autonomía del municipio pondera su manifestación como capacidad de autonormarse. En este sentido, lo regulado puede leerse de la siguiente forma: en “el ejercicio de las competencias que le corresponden” se han de “dictar acuerdos y disposiciones normativas necesarias”, dentro de lo establecido “en la Constitución y las leyes” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 169). La misma formulación es reproducida por el artículo 8o. de la Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b).

De la relación que contiene la previsión legal examinada, se colige la necesaria correspondencia que debe existir entre las competencias y el contenido de las disposiciones jurídicas locales. Por ello, la ausencia de una enumeración o, al menos, de criterios claros para delimitar los ámbitos en que pueden manifestarse las atribuciones propias del municipio constituye una deficiencia que afecta su capacidad para cumplir el encargo constitucional asignado. Esto tiene trascendencia a la formulación de los particulares actos normativos que se han de emitir.

### 1. *Tipología y contenido de los actos normativos municipales en Cuba*

La Ley No. 132 regula como atribución de la Asamblea Municipal del Poder Popular la posibilidad de dictar acuerdos y disposiciones para el ejercicio de sus facultades, estableciendo que esto es posible “en el marco de su competencia, sobre asuntos de interés municipal” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 16. g). Al tratar la forma de estos actos normativos se prevé que:

“Artículo 61. Los acuerdos son las decisiones adoptadas por la Asamblea Municipal, en unos casos para solucionar los asuntos de su competencia constitucional y en otros, para los aspectos relacionados con su organización y funcionamiento.

Artículo 62. Las ordenanzas de la Asamblea Municipal del Poder Popular son disposiciones de carácter general y reglamentario, de interés

colectivo y permanencia en el tiempo, sobre asuntos que inciden en la vida económica o social del territorio, cuyo cumplimiento atañe a todos” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b).

En lo referido a los acuerdos, pareciera que están destinados a solucionar situaciones puntuales en las que se precisa una decisión del órgano facultado y cuya naturaleza, relativa a cuestiones de “organización y funcionamiento”, es interna. Sin embargo, la expresión “asuntos de su competencia constitucional” crea confusión sobre si es ese el sentido pretendido. La misma pudiera interpretarse de dos formas: como una fórmula que, al estar desprovista de precisión, resulta inaplicable o como una habilitación tan amplia que subsumiría todas las cuestiones de trascendencia local.

El origen de esta situación se podría atribuir a que los acuerdos eran el único tipo de acto normativo precisado de forma expresa en la legislación precedente (Consejo de Estado, 1995, art. 7o., h), con lo cual se hizo el de más extendido uso para todas las cuestiones de interés de la asamblea local (Ferrari Yaunner, 2017, p. 216). El peligro que entraña ese enfoque estriba en hacer indefinidos los márgenes divisorios entre los acuerdos y las ordenanzas, con la consabida posibilidad de que los primeros invadan las cuestiones propias que deben regular las últimas.

El artículo 62 señala que las ordenanzas poseen un “carácter general y reglamentario”. La dualidad regulada por el legislador resulta de la propia naturaleza de estas disposiciones jurídicas y su particular ubicación en la estructura de poder. No obstante, su concepción puede mover a confusión puesto que no se ofrecen otras precisiones al respecto. Nótese que en el país no había pronunciamiento en tal sentido desde que perdiera vigencia la Ley Orgánica de los Municipios de 1908 (D’Estafano Pissani, 1955). Por ello, advertía previsoramente Ferrari Yaunner (2017, p. 217), en la regulación de la materia debería prestarse atención a definir con claridad la naturaleza de los acuerdos y las ordenanzas, teniendo en cuenta que los primeros pueden contener una decisión simple, mientras que los segundos se utilizan para ordenar una determinada actividad o problemática.

En congruencia con los pilares constitucionales analizados, se pronuncia la Ley No. 139 De Organización y Funcionamiento del Consejo de la Administración Municipal (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b). De ello, se deriva otra expresión de la potestad normativa, que en el caso de este órgano posee la peculiaridad de tener la esfera de actuación acotada por los límites de la actividad administrativa.

En un primer momento, se faculta al Consejo para “dictar Acuerdos y otras disposiciones dentro de los límites de sus atribuciones” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b, art. 14, k) y para “dictar el Reglamento interno” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b, art. 14, l). La distinción en incisos independientes entre “acuerdos” y “disposiciones”, de un lado, y “Reglamento Interno”, del otro, no permite establecer el criterio de separación seguido por el legislador. Además, plantea, desde un inicio, la duda sobre la naturaleza y alcance en sede normativa del “acuerdo”.

En el Capítulo II, Sección Quinta, se reconoce que las decisiones del Consejo de la Administración Municipal serán adoptadas mediante “acuerdos”, estando estos referidos a “los asuntos de su competencia” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b, art. 27). La previsión examinada podría interpretarse en el sentido de que en ella se agota toda la posibilidad de actuación del órgano colegiado. Esto trae causa de la generalidad que imprime la alusión a la esfera de competencia del Consejo y a la sanción por medio de la expresión de la voluntad mayoritaria. En consecuencia, sólo quedaría espacio a particularizar en las formas, contenidos y efectos de las decisiones adoptadas. Sin embargo, no se hace distinción entre acuerdos de tipo general, como los previstos en el artículo 27, y aquellos de carácter normativo, según lo planteado en el artículo 14 inciso h.

En la sección siguiente se dispone sobre los “actos”, sin más cualificación, del Consejo. Resulta difícil entender, desde su denominación, lo que se regula y el desconcierto subsiste cuando la lectura permite comprender que los “actos” tratados en estas disposiciones se individualizan como “actos” y “disposiciones reglamentarias” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b, art. 29). Más oscuro resulta el sentido de lo regulado cuando en los artículos 30, 31 y 32 se engloban los “actos” y las “disposiciones reglamentarias” en un procedimiento uniforme de asiento, publicación y notificación dentro de la categoría de “acuerdos”. Ello crea incertidumbre sobre si el “acto” tiene carácter normativo, su relación con las “disposiciones reglamentarias” y la de estas últimas con los “acuerdos”, pues aquí se les trata como especie del género “acuerdo”, cuando el artículo 14 inciso h de esta ley distingue a uno de otro.

Para añadir complejidad al análisis, la Sección Séptima detalla el procedimiento reglamentario del Consejo de la Administración Municipal. Al examinar el articulado que desarrolla el tema se aprecia que no se trata del “Reglamento Interno”, a que se refiere el artículo 14 inciso l, sino de “disposiciones reglamentarias”. Tal denominación indica que, en virtud de la

sistemática precedente, pueda ubicárseles como parte del género “acuerdo”, según la Sección Sexta, y que, al igual que las restantes decisiones del Consejo, deban adoptarse siguiendo las reglas de la Sección Quinta. Además, es llamativa la selección de la expresión nominal “disposiciones reglamentarias” para la actividad que se describe, provocando dudas respecto a la entidad de los actos normativos singulares que se pueden considerar incluidos dentro de la misma.

También con cierta capacidad para actuar en materia normativa, la Ley No. 139 prevé la novedosa figura del Intendente, que fue definida constitucionalmente como el encargado de presidir dicho órgano (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 203). De tal manera, el artículo 52.1 (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b) faculta al Intendente Municipal a dictar resoluciones e instrucciones acotando, como criterio para distinguir entre estos actos, que estarán “en correspondencia con la naturaleza del acto de que se trate y de sus atribuciones”. Dada la interminación de la idea anterior, es posible considerar una diferenciación a partir de la regulación de la publicación y notificación de las resoluciones en contraste con la omisión de tal referencia para las instrucciones (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 b, art. 54 y 55). Ello permitiría considerar a estas últimas como una especie de disposición interna.

Las dificultades apuntadas traen causa de varios factores. La novedad del actual diseño municipal supone un ascenso por medio del reconocimiento de la autonomía, pero impone el reto de utilizar una mayor gama de instrumentos jurídicos y de delimitar el ámbito material propio para su desenvolvimiento. Ello conlleva a retomar algunas tipologías que tienen antecedentes en el país, aunque no en el pasado reciente; reenfocar el uso de otras que hasta ahora tenían una proyección distinta, demandando la ruptura con esquemas previos; e introducir otras nuevas a ese nivel, nacidas de la necesidad de hacer funcionales las instancias creadas. Como parte de esta dinámica de cambio, resultan las imprecisiones apuntadas en cuanto a la formulación legal de las distintas modalidades de actos normativos y las dificultades para establecer la ineludible delimitación competencial.

Los riesgos asociados a esta situación residen en que, en tanto se precisen los aspectos necesitados de corrección, se entronice una mala comprensión e instrumentación de lo previsto que reste fuerza a la proyectada dinámica entre órganos, entorpezca la consecución de los niveles de autonomía previstos y, con ello, de los resultados esperados en términos de desarrollo.

## 2. Alcance de los actos normativos municipales en Cuba

Otro de los extremos esenciales de la potestad normativa es el de su alcance. La existencia de límites al actuar del ente local y la identificación y regulación de los mismos favorece la transparencia en la gestión de la Administración Pública y, a su vez, se convierte en requisito esencial para la efectiva participación popular en la toma de decisiones, su ejecución y control.

Lo primero que se percibe cuando se procura identificar la presencia de una delimitación respecto a la producción jurídica local, es que no hay apartados legales destinados, de manera particular, a hacer referencia al tema. Por ende, la búsqueda requiere examinar en toda su extensión las disposiciones ordenadoras del funcionamiento de los distintos órganos municipales y las de otras instancias de poder del Estado vinculadas a ellos.

Partiendo de la preceptiva constitucional, se aprecia que los márgenes anteriormente establecidos en el país se mantienen: contravenir la Constitución y las demás disposiciones normativas, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones legales dictadas por órganos superiores; la afectación a los intereses de otras localidades o los generales del país. A estos se suman otros que aparecen eventualmente en la lectura de las normas analizadas.

En la propia Ley No. 132, y de conformidad con la ley suprema, se sienta como coto del actuar municipal el ejercicio de su autonomía, teniendo en cuenta los principios de solidaridad, coordinación y colaboración con el resto de los territorios del país. Esta constituye una previsión con múltiples implicaciones, por cuanto supone una vía para lograr asociaciones intermunicipales para el desarrollo local, evitar vulneraciones a los intereses de los otros territorios y lograr como entes públicos, integrantes del todo político-institucional, que el Estado pueda cumplir con las finalidades comunes (Pérez Hernández y Díaz Legón, 2020, p. 263).

Además, cobran presencia dentro de los procedimientos de control estatal que se estudiarán a continuación, la lesión a derechos o intereses de los ciudadanos (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 135.1, e; Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 c, art. 118, i), la afectación de los intereses de la comunidad y la extralimitación de las facultades de quien las adoptó (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 159). La inclusión de estos supuestos para condicionar el actuar local en la ma-

teria es un avance, pues son todos ellos legítimos, siendo lamentable que no tengan reiteración y entidad suficiente para ser considerados por todos los controladores.

Dentro de las interferencias posibles por parte de los órganos del Estado en cuanto a las normas emitidas a nivel local, se pueden diferenciar las que desarrollan la Asamblea Nacional del Poder Popular (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, Título I, Capítulo XI, Sección Primera, Sección Segunda y Sección Cuarta), el Consejo de Estado (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, Título II, Capítulo VIII), el Consejo de Ministros (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 c, Capítulo VIII, Sección Primera y Sección Segunda), el Gobernador Provincial (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 a, Capítulo VIII, Sección Segunda) y la Asamblea Municipal respecto a las entidades a ella subordinadas (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, Capítulo XVI). En todas ellas se evidencia un notable avance respecto a los textos precedentes en cuanto a la concepción de la secuencia ordenada de pasos a seguir y sus efectos.

A la Asamblea Nacional del Poder Popular se le confiere preponderancia para velar por la supremacía de los preceptos constitucionales (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 7o.) y el cumplimiento de la legalidad socialista (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 9o.). Esto se concreta en los procedimientos establecidos en el Capítulo XI, del Título I de la Ley No. 131 Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a) relativos al control de la constitucionalidad y de legalidad.

De la lectura del articulado resalta que el control de constitucionalidad procede, en primer lugar, “cuando la disposición legal señalada de inconstitucionalidad sea adoptada o aprobada sin observarse el procedimiento establecido para ello” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, art. 154, a) cobrando relevancia en cuanto a esto la ausencia de claros procedimientos normativos, como regla, a nivel local. El segundo supuesto, que da lugar a este tipo de intervención, viene dado “cuando la norma en su totalidad o algunos de sus preceptos contradiga lo dispuesto en la Constitución” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, art. 154, b), con lo que parece limitado el alcance atribuido al principio de supremacía del magno texto que debe, siguiendo el modelo adoptado, rebasar lo que expresamente se establezca.

Por su parte, en cuanto a la vigilancia de la legalidad de los acuerdos o disposiciones generales de las Asambleas Municipales del Poder Popular, en el artículo 169.1 de la referida ley, se deja establecido que resulta pertinente cuando “los acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que contravengan las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a). Así, quedan englobadas tres causales para justificar el control dentro de lo que el máximo órgano de poder del Estado considera “legalidad”, dando un sentido amplio a este principio.

Esta consideración tripartita, se reitera como movilizadora del proceder del Consejo de Estado (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, art. 291) y el Consejo de Ministros (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 c, art. 103) en lo tocante a los acuerdos y disposiciones de las Asambleas Municipales del Poder Popular y del mismo Consejo de Ministros (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 c, art. 118) y del Gobernador Provincial (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 a, art. 78) hacia los acuerdos y disposiciones de los Consejos de la Administración Municipal.

La actuación en esta materia de la Asamblea Municipal con respecto a sus subordinados, que si bien no se especifican debe incluir al Consejo de la Administración y su Intendente, tiene lugar por la contravención de mandatos legales superiores, la afectación de intereses de la comunidad o la extralimitación de las facultades de quien las adoptó (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 159). Lo más llamativo de este precepto no es la introducción de causales a la medida de las necesidades locales, sino la exclusión de la posibilidad para la Asamblea de revisar la producción jurídica de sus subalternos en supuestos análogos a los que otras instancias superiores pueden utilizar.

Otro aspecto interesante es que no se puntualice de forma expresa y con carácter de regla que cualquier supervisión por parte de los diferentes niveles del Estado a los actos normativos locales debe tener también sus límites al efectuarse. En particular en este caso, es relevante que suceda sin vulnerar el ámbito que resulta del reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, quedando este impedimento escasamente perfilado en algunas alusiones legales generales (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019, art. 173; Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 10).

De los procedimientos anteriormente comentados es destacable la inclusión de supuestos de promoción por parte de los ciudadanos (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 a, art. 156.1, h), 169.1, i) y 292.1, i); Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 160, g; Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 c, art. 118, h; Asamblea Nacional del Poder Popular, 2021 a, art. 79, g). Ello reafirma la vocación participativa del sistema de órganos analizado.

En este sentido, el Capítulo XV de la Ley No. 132, dedicado en su totalidad a las garantías de los derechos de petición y participación popular local, habilita a los ciudadanos para requerir, por intermedio de sus delegados, a la Asamblea el análisis de los acuerdos y disposiciones que consideren lesivos a sus intereses, tanto individuales como colectivos (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b, art. 155-158). Si bien el carácter democrático del mecanismo establecido es loable, merece consideración que precisamente en esta instancia se recurra a un tercero para promover el proceso, cuando para instancias superiores puede hacerse directamente. Además, los efectos que pueden derivarse de esta solicitud, según el artículo 156.1, quedan restringidos a “enmendar el acuerdo o devolverlo a quien corresponde para su rectificación y declarar la improcedencia de las acciones realizadas al amparo del mismo” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020 b). A ello se adiciona el problema de que el artículo 155.1, solo se refiere a los acuerdos y disposiciones, por lo que debería inferirse que las ordenanzas hacen parte de estas últimas, para que puedan analizarse a petición del electorado.

Respecto a la presencia de control popular en la creación legal del Consejo de la Administración Municipal, no hay precepto que la haga explícita aun cuando la ley ordenadora de esta instancia regula en el Capítulo X sus relaciones con la población. Otro tanto sucede con los Consejos Populares que, si bien quedan disciplinados en el Título II de la Ley No. 132, no cuentan con previsión alguna que los vincule a la referida actividad.

Las dificultades anteriormente sistematizadas están relacionadas con la novedad que supone la inserción de la producción jurídica en la dinámica del vigente diseño municipal. A ello se añade, como se ha venido haciendo patente en la exposición, la carencia de un tratamiento legal del municipio como unidad. Estas circunstancias, de ordenación según los órganos de poder, es consecuencia de la práctica seguida con anterioridad en el país y que ahora resulta el paso previo dentro de las transformaciones que conducirán a una Ley de Municipios en 2023.

Las consecuencias de esta situación pueden experimentarse, de inmediato, en el desenvolvimiento cotidiano de tal actividad y, a mediano plazo, en una corrección incompleta de las imprecisiones apuntadas. En ambos casos, es riesgoso que la presencia de algunas de estas insuficiencias lastre, en un momento de valor fundacional como el presente, la concepción y consecuente implementación del proyecto institucional deseado.

### III. PRESUPUESTOS JURÍDICOS PARA PERFECCIONAR LA POTESTAD NORMATIVA MUNICIPAL EN CUBA

Las ideas precedentes permiten identificar que, en cuanto a la potestad normativa local, los mayores problemas para su ejercicio no están, de inmediato y en lo fundamental, relacionados con los requisitos formales para su concreción, sino en su entidad material y su delimitación dentro de la producción jurídica nacional. Los presupuestos que inmediatamente se exponen, aun cuando guardan una estrecha relación, pueden concebirse de forma separada según las dificultades identificadas en cuanto al contenido, alcance y sistemática de las leyes ordenadoras de la materia.

#### 1. *La legitimidad democrática, la autonomía, las competencias y los fines municipales, como fundamentos del contenido de la potestad normativa municipal*

El reconocimiento de lo público local con asiento en la colectividad, favorece la afiliación ciudadana, a través de mecanismos de participación y del ejercicio pleno de sus derechos, a los procesos de implementación y desarrollo de la gestión gubernamental. La capacidad organizativa, estructural y operativa de los entes municipales (Esteve Pardo, 1991, pp. 125-147) y el derecho de su comunidad a intervenir en el gobierno y la administración de sus asuntos (Parejo Alfonso, 1988, p. 139) son consecuencia directa del derecho institucional refrendado en los textos constitucionales. De tal suerte, el municipio y sus órganos de poder se revisten de una doble legitimidad: estatal-normativa y social.

La idea tradicional de legitimidad se articula en dos grandes líneas: la derivada del reconocimiento social y la resultante de la adecuación a la ley. En las últimas décadas del siglo XX se experimentó un cambio en la con-

cepción aludida y comenzó a percibirse desde cualidades y, por tanto, nunca adquirida, al depender de la percepción colectiva de la acción y del comportamiento de las instituciones (Rosanvallon, 2009, p. 30). Por ello, el orden político, sus instituciones y representantes, comienzan a visualizarse como investidos de tal condición en la medida en que logran integrarse al gobierno, a satisfacer sus necesidades y aspiraciones, y a establecer lazos constructivos entre el poder y la sociedad.

Dada su naturaleza particular, las entidades locales han preservado la capacidad para institucionalizar y dar un sentido singular al derecho de los individuos a participar en la vida pública, económica, cultural y social, deviniendo en piezas esenciales para la integración de la comunidad política (Cuchillo Foix, 2003, p. 186). Dado lo anterior, es posible sostener que la aproximación patria a la autonomía se encuadra dentro del criterio que entiende que de ella resulta para las municipalidades la disposición de libertad de opción y resolución en relación con un círculo de intereses de la colectividad, en atención justamente al amparo democrático que ésta posee.

En Cuba, los órganos del gobierno local se fundamentan en una legitimidad que favorece su integración a la sociedad y el cumplimiento de sus fines. Esta se visualiza en forma creciente por medio de los mecanismos que permiten a las municipalidades encarnar los valores y principios inherentes a su población. Es así que el reconocimiento constitucional de la autonomía propicia el incremento del respaldo democrático de esta instancia, al permitirle convertirse en gestora de su propio desarrollo y, por tanto, en la principal vía de satisfacción de las necesidades humanas particulares y generales del territorio.

La autonomía entonces, como capacidad de elección y decisión, se expresa en un conjunto de normas elaboradas por el propio ente y que tienen su respaldo, más allá de la autorización legal, en la configuración participativa de la dinámica funcional a ese nivel. De tal forma, la autonomía y la legitimidad democrática de los titulares de los órganos municipales, cualifican decisivamente las normas locales y las sitúan en una posición especial en sus relaciones con las demás fuentes del Derecho. El reconocimiento con el más alto rango de este principio en la Isla implica, como ha quedado plasmado en la vigente norma suprema, en la Ley No. 132 y en la Ley No. 139, un margen de actuación en la gestión para órganos, funcionarios y ciudadanos en pos del desarrollo. La naturaleza o entidad de las competencias derivadas de esta consideración es algo que no se precisa,

sin que por ello deba ser soslayado, pues desconocerlo o inhibirlo convertiría en letra muerta los preceptos constitucionales y legales.

La presencia de intereses válidamente representados por esta institución y la atribución a ella de autonomía, deben tener como corolario la concreción de un catálogo de competencias propias que resultan necesarias para satisfacer esos intereses (Pérez Hernández, 2018) y la asignación, respecto a las mismas, de un espacio de decisión libre que exprese, según las características de la municipalidad, las preferencias de la colectividad. Por su relevancia para la materialización efectiva de la autonomía, las competencias devienen también, en elemento crucial para definir el ámbito de realización de la potestad normativa a ella asociada. Se trata de que, más allá de la atribución formal de dicha potestad, se cuente con en el mecanismo de habilitación legal que permita su ejercicio.

En este sentido Fernández Estrada, Tamayo Pineda y Blanco Rojas (2017, p. 252), habían sido enfáticos al afirmar con anterioridad que, sin un claro régimen de competencias, es imposible esperar una sana descentralización. La identificación y regulación estricta de las atribuciones materiales de las estructuras locales de poder estatal es el primer paso hacia un desarrollo pensado, proyectado, organizado, ejecutado y controlado por los municipios.

En línea con esta idea, y considerando el sistema a emplear para la determinación de las competencias, es imprescindible que la atribución de las mismas no se haga de manera uniforme, sino sobre pautas de flexibilidad y diversidad, lo cual permitiría que cada municipio, en función de sus necesidades peculiares, de sus medios humanos y técnicos y de sus modelos de gestión, fije las operaciones a realizar en función del desarrollo de su espacio territorial (Pérez Hernández y Díaz Legón, 2017 b, pp. 65-79).

Ante la ausencia de un pronunciamiento expreso respecto a las materias en las cuales ejercer las actividades propias que le son inherentes al municipio para responder a los requerimientos de sus integrantes, cabe asumir que la motivación que sustenta la existencia misma de este ente tenga aptitud para configurar el espectro de ámbitos en los que este puede desenvolverse y decidir. Siendo así, cobra relevancia que el ejercicio de sus funciones haya sido acotado a la “satisfacción de las necesidades locales”. De hecho, esta previsión es, en opinión de Espina Prieto, una franca admisión de que a ese nivel se atienden demandas “propias de esa escala; [en tanto] hay otras escalas a las que corresponde responsabilizarse con

otro tipo de necesidades, pero no es porque sean mínimas y máximas” (Extremera San Martín, 2018). Se trata, pues, de todas las necesidades locales, “de las necesidades del entorno, no de que sean mínimas, pueden ser tan máximas como cualesquiera otras” (Extremera San Martín, 2018).

Si bien esta precisión en cuanto a los fines municipales no tiene capacidad para detallar competencias sí posee, por su rango constitucional y su carácter definidor del rol de la institución, entidad suficiente para delinear un coto dentro del cual han de configurarse cada una de las atribuciones locales.

En apoyo de este parecer puede retomarse, desde la doctrina, el criterio de Parejo Alfonso (1988, p. 135) cuando sostiene que el reconocimiento constitucional de la autonomía en favor de los entes locales para la gestión de sus propios intereses ha de entenderse como un derecho de la comunidad a participar a través de órganos propios, en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen. Este derecho a participar y su génesis vienen a recomponer, según Esteve Pardo (1991, p. 133), la ausencia de determinaciones constitucionales de un núcleo competencial mínimo de dichos entes.

Queda pues sentado que la potestad normativa constituye una de las prerrogativas municipales indispensables según el constituyente y el legislador cubano. La misma tendrá determinado su contenido por el conjunto de competencias que resulten de la plasmación de la capacidad de opción y decisión que la autonomía entraña. Aun ante el actual escenario de indeterminación en tal sentido es posible mantener un nivel de acción dentro de los márgenes configurados por el cumplimiento de los fines que el orden constitucional confiere a las instituciones locales y dentro de la dinámica autónoma, respaldada por la legitimación democrática de que estas gozan.

## *2. La legalidad, la garantía institucional de la autonomía y la vinculación negativa, como delimitadores del alcance de la potestad normativa municipal*

El profesor Del Hierro (2013, p. 184), define la legalidad como una forma manifestativa del Derecho, la forma precisamente por la que se reconoce su existencia; significa que el Derecho se manifiesta a través de normas y que es un sistema normativo. Por su parte Fernández Bulté (2002, p. 238), la concibe como forma de existencia de la sociedad polí-

ticamente organizada, como un método de dirección estatal, mediante el cual se abandona la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo. Con esto, su entidad traspasa las fronteras de simple reflejo del Derecho escrito y se erige como principio sociopolítico de toda sociedad civilizada que encuentra fundamento en una visión holística del Derecho; esto es, como norma jurídica, pero en un contexto sociohistórico determinado y como herramienta para conservar y desarrollar determinados valores.

Tamayo y Salmorán (2005, p. 214) reconoce, a su vez, una dimensión superlativa del principio de legalidad: la constitucionalidad o “legalidad constitucional”, siguiendo a Ferrajoli, al reconocer al ‘principio de constitucionalidad’ como un caso especial. Con ello se evidencia que en tanto las leyes como actos del Estado deben adecuarse al ordenamiento supremo, así, si en virtud de este principio todo acto emanado del Estado debe adecuarse a las leyes, aun aquellos actos no subordinados a ley alguna han de adecuarse a la Constitución (Islas Montes, 2009, p. 103). De tal forma, se implementa una función de control al ordenamiento jurídico, a operadores del Derecho, a funcionarios y a la sociedad en sentido general.

La legalidad se recepciona en la Constitución cubana de 2019, al disponer su artículo 9o., “Cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos. Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, además, velan por su respeto en la vida de toda la sociedad y actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias” (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2019). La trascendencia y acatamiento de este principio, se percibe con claridad en cuanto a la potestad normativa municipal, toda vez que es uno de sus límites mejor definidos, como se expuso *supra*.

La Carta Magna de la Isla también privilegia los preceptos constitucionales al reconocer su carácter normativo y, por tanto, su aplicabilidad directa. Tal y como afirma la profesora Prieto Valdés (2020) la salvaguardia de “esa supremacía constituye «la garantía de la garantía», pues las constituciones no se autoinstrumentan ni cambian de por sí; sino que es el hacer cotidiano de hombres y mujeres (...) lo que las realiza, las hace reales” (p. 6). En materia de potestad normativa y operando como un freno a los excesos posibles por parte de las autoridades locales, al emitir disposiciones a ese nivel, quedó igualmente evidenciado que existe un adecuado grado de regulación al respecto. Sin embargo, en ello no se agota su relevancia para el objeto de esta investigación.

Siguiendo a la doctrina, el reconocimiento con rango constitucional del municipio, su autonomía y las implicaciones de esto, permiten su elevación a la categoría de garantía institucional, concebida como un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero carece de una facultad de disposición total e inmediata. “Ello no quiere decir, ni mucho menos, que la institución esté cerrada a un tratamiento normativo postconstitucional: este será perfectamente posible —y será, por lo demás, la situación ordinaria— siempre que no introduzca soluciones de continuidad o alteraciones bruscas de sus rasgos que desfiguren la imagen de la institución” (Esteve Pardo, 1991, p. 127).

Lo anterior implica que la legalidad se relativiza en el contexto municipal. Así Carro Fernández-Valmayor (2004, p. 135), sostiene que el contenido político de la autonomía y la legitimación democrática directa de los órganos locales, explicarían el hecho de que, en este ámbito, la ley pueda operar como marco o límite, dentro del cual se desarrolla con entera libertad la actuación de los mismos.

Significa entonces que cuando una Carta Magna reconoce al municipio un poder de creación jurídica, este se encuentra solamente restringido por los preceptos generales que impiden la actuación *ex lege* y el marco delimitador ya referido, dentro de los asuntos que inciden sobre su territorio. Abundando en este sentido Fuentetaja Pastor (2013), señala que “el reconocimiento de una potestad normativa local, en cuanto que exigencia constitucional, se erige en un límite al legislador cuando regula materias de interés local” (p. 126).

La combinación de los elementos apuntados, coincidiendo con Fonti Llovet (2003), trae como resultado que “existe una fundamentación propia de las normas municipales, que las hace acreedoras de una específica capacidad innovadora en relación con la ley” dada porque mediante sus dictados estos entes hacen “realidad la autodisposición de la comunidad sobre sí misma, que es lo que se halla en el sustrato último de la reserva de ley” (pp. 255-256). Ello ha dado lugar a la construcción del “concepto de reserva «flexible» o «relativa» de ley, para cualificar su actuación en los supuestos en los que opera respecto a la potestad normativa local (...) en el sentido de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes” (Cuchillo Foix, 2003, p. 188).

La visión relativizada de la legalidad en el ámbito municipal debe llevar a la expresa regulación en la normativa cubana de mecanismos que, por

un lado, actúen como defensa de la autonomía institucionalizada y, por otro, limiten el actuar de los operadores en respeto al magno texto y las leyes. Por su jerarquía constitucional, esta cuestión debe quedar sometida al control por la Asamblea Nacional del Poder Popular como parte de su actividad en tal ámbito.

Acorde a lo anterior, y partiendo de la garantía institucional de la autonomía, la propia naturaleza popular de los órganos locales y la capacidad normativa refrendada, la relativización de la legalidad ante la actividad jurídica de los entes locales en virtud de su particular protección constitucional, conlleva reconocer una vinculación negativa de estas normativas con respecto a las leyes. Este principio ha sido teorizado desde la perspectiva de que las disposiciones municipales pueden desplegarse sobre cualquier materia, siempre que ostenten competencia expresa al respecto, se constate la existencia de interés público y no se contradiga un precepto plasmado en la ley (Galán Galán, 2010).

Lo anterior, constituye un aspecto esencial a tener en cuenta en las regulaciones referidas a la temática en el país. Su admisión en el contexto cubano potenciaría la independencia en la gestión ante situaciones y necesidades territoriales particulares que afectan a las comunidades y que deben ser reguladas aun cuando el legislador haya sido omiso en su tratamiento.

En resumen, los límites de la potestad normativa local en Cuba deben perfeccionarse, manteniendo el actual respeto a la legalidad establecida y la subordinación a la Constitución, con la adición expresa, como consecuencia de su supremacía, de la garantía institucional de la autonomía y generar un efecto de reserva de ley flexible, al regular cuestiones de relevancia local. Además, y como correlato de lo anterior, debe proyectarse la vinculación negativa de manera que, ante cualquier ausencia de desarrollo legal especial, en materias reconocidas como competencias municipales, pueda desplegarse válidamente el actuar jurídico del municipio.

### *3. La Ley de Municipios, como forma de perfeccionar la sistemática legal, relativa a la potestad normativa municipal*

Como se expuso anteriormente, se evidencia progreso en la regulación constitucional y legal ordinaria de la materia local. No obstante, retomando lo mejor de la tradición patria y dando salida a los resultados de estudios recientes sobre el tema, es posible pensar en un perfeccionamiento

de la sistemática del actual escenario, de forma que unifique el régimen jurídico del municipio, en el entendido de que este es y debe funcionar como una unidad. Por ello y teniendo en cuenta lo expuesto respecto a la potestad normativa local, se precisa de una Ley de Municipios que dé tratamiento orgánico a todos los aspectos asociados a esta institución.

En este sentido, resultan importantes los criterios brindados por Pérez Hernández, Tabares Neyra, y Díaz Legón (2019, pp. 135-160), al reconocer como objeto de una regulación de ese tipo los principios generales que rigen el actuar municipal, competencias, estructura, atribuciones y las relaciones de subordinación entre las diferentes instituciones y organismos de la localidad. A la ley, en cumplimiento de la Constitución, le corresponde delimitar la autonomía de tales entidades y, por ende, su poder normativo.

De tal forma, a efectos de perfeccionar la regulación de la potestad en examen, deben considerarse: la determinación de las competencias municipales para dar contenido a las disposiciones que se emitan; la ordenación jerárquica de los actos normativos, ponderando los emanados de la Asamblea Municipal del Poder Popular; la uniformación, en lo posible, de los procesos de producción de los mismos; y la optimización de los mecanismos de control por parte de los órganos estatales y, particularmente, de la ciudadanía sobre la referida actividad.

Como ya se ha señalado, la autonomía municipal ha de implicar el reconocimiento de competencias específicas y ha de contemplar la función de creación jurídica como expresión efectiva de la capacidad de decisión que ella supone (Fonti Llovet, 2003, p. 254). En este sentido, la aludida potestad local se presenta como un elemento auxiliar o instrumental de las competencias previamente definida por el ordenamiento jurídico (Embid Irujo, 2010, p. 56).

La garantía de la efectividad del desenvolvimiento en esta sede requiere que se logre un balance entre los intereses generales en cada ámbito particular y las exigencias propias y el contexto específico de la municipalidad. Según sostiene Ortega Álvarez (1988), ello conlleva a imponer “a las leyes sectoriales, que son las que atribuyen competencias, el mandato de otorgar a los entes locales las competencias precisas” (p. 56). En pos de asegurar esa finalidad, han de preverse unos principios que constituyan el límite inderogable de la autonomía. En la dinámica resultante, la legislación que ordene las distintas materias debe fijarlos previamente y de forma expresa. A su vez, los municipios, a través de sus propias normas, pueden adecuar

la aplicación de esa normativa teniendo como único límite a dichos principios (Fonti Llovet, 2003, p. 257).

En el contexto cubano, como se ha venido exponiendo no se establece pronunciamiento al respecto. No obstante, el reconocimiento mismo de la autonomía sigue siendo trascendental, en tanto se convierte en fundamento para convocar a su regulación posterior, con la obligatoriedad que emana de la norma suprema del Estado.

A pesar de la situación descrita, en el país se ha debatido sobre la pertinencia de uno u otro sistema de atribución de competencias. Díaz Legón (2011, p. 21), reconoce que se puede recurrir a tres de estos: el de enumeración taxativa, el de cláusula general y el sistema mixto. El primero implica que el municipio solo puede desempeñar las tareas comprendidas dentro de una descripción minuciosa realizada por el legislador, lo cual se convierte en una camisa de fuerza para este, que no podrá participar en más asuntos que los estrictamente señalados. El método de cláusula general reconoce una universalidad en el ámbito material de la actividad local, de ahí que se rija por la interpretación, en cada momento, de la concreción del interés local. Esto permite la oportuna iniciativa y la adaptabilidad ante cambios en las exigencias y necesidades. Por último, el modelo mixto constituye una hibridación de los otros dos. Establece de inicio un conjunto de competencias mínimas para posteriormente habilitar el desenvolvimiento en otras esferas, aunque sea de forma residual.

Valorando las características de unos y otros, sería recomendable el establecimiento de un sistema de atribución de carácter mixto, asentado en el principio de subsidiariedad. Este resultaría viable porque, “junto con las cuestiones que se le atribuyen al municipio para su específica atención, se permitiría su intervención y se ampliaría la variedad de actividades a desarrollar en todos los asuntos públicos” (Pérez Hernández y Díaz Legón, 2017 a, p. 344). Por su parte, la subsidiariedad aseguraría que las competencias no expresamente enunciadas en el esquema privativo del Estado, fueran asumidas bajo una titularidad local, sin que mediara una explícita declaración legal (Hernández Aguilar, 2017, p. 103).

En síntesis, se hace necesario, como paso previo para la regulación de la potestad normativa en la sistemática de la futura Ley de Municipios, contar con el reconocimiento, de preferencia a través de un sistema mixto, de las competencias de este nivel. A ello debería seguir la enumeración de las reglas sobre las cuales esta atribución debe ser entendida por los restantes poderes del Estado y los que enmarcan su ejercicio en la localidad. Entre

ellas deben figurar, siguiendo lo explicado en los presupuestos anteriores, su ejercicio con apego a la legalidad acotada en el marco de la garantía institucional de la autonomía y el principio de vinculación negativa y dentro del ámbito competencial propio del municipio, determinado de conformidad con sus fines y legitimidad democráticos.

Una vez precisado el ámbito material en el cual puede ejercitarse la potestad normativa, debe prestarse atención a la ordenación jerárquica de disposiciones legales locales, de conformidad con sus rasgos fundamentales; entiéndase órgano emisor, denominación y alcance.

Respecto a la primera de las cuestiones, como acertadamente advierte el tratadista Embid Irujo (2011, p. 749), se hace palpable que la problemática relativa a la relación entre fuentes del Derecho trasciende las características de los titulares de la producción normativa. Tomando en cuenta que en Cuba hay facultades normativas particulares a nivel de las Asambleas del Poder Popular y del Consejo de la Administración y que el rol primordial a ese nivel de gobierno le corresponde a la primera, no existe duda respecto a la superioridad de los actos emanados de tal órgano.

En cuanto a la armonización en el tratamiento de las denominaciones, la naturaleza y el alcance de las distintas tipologías normativas abordadas, conviene se solucione la confusión existente entre “acuerdo” y “acto”. En tal sentido, podría considerarse al “acuerdo” como forma de adopción de las decisiones de cualquier órgano de carácter colegiado y al “acto”, *stricto sensu*, como “acto normativo” distinto de otros “actos” (*V. gr.*: como los administrativos). Respecto del “acto”, sería recomendable que el legislador determinara su ámbito de validez, sea este interno o externo al órgano que lo emite, de preferencia orientando su proyección hacia cuestiones distintas a las reservadas para las ordenanzas y los reglamentos.

En lo atinente al alcance de las normas de eficacia general, estas deben preverse, tomando en cuenta las particularidades que las distinguen, como consecuencia de las singularidades del municipio. Con respecto a las ordenanzas, existe consenso doctrinal en que estas superan la típica relación ley-reglamento a pesar de su carácter reglamentario. Como apunta Cuchillo Foix (2003, p. 184), la extendida configuración constitucional de las entidades locales como instituciones de autogobierno, desautoriza su concepción como simples administraciones públicas y, por ende, la configuración de los entes locales como instancias de autogobierno de las colectividades respectivas, impide la concepción de la potestad normativa como potestad reglamentaria, en sentido estricto.

Lo anterior no supone que la ordenanza pueda equipararse, en su ámbito propio, con la ley, pero tampoco es correcto imponer a este poder local los mismos condicionamientos que al estatal, en lo que concierne a la relación con la ley. No obstante, “aunque la ley pueda desplazar a este tipo de normas, no puede sustituir completamente su función regulatoria, que está vinculada con la autonomía local, garantizada en la Constitución. Esta preservación constitucional del núcleo esencial de la autonomía se traduce en una minoración del poder dispositivo de la ley, y en contrapartida, una mayor capacidad de las ordenanzas para intervenir en la regulación de materias y enunciados que, con carácter general, están reservados a las leyes” (Muñoz Machado, 2015, p. 40).

En esta línea de razonamiento, se insertaba la propuesta formulada por Fernández Estrada, Tamayo Pineda y Blanco Rojas (2017). Según estos autores, las normas emanadas de la Asamblea Municipal, dado su rol, deberán abarcar “la organización, el funcionamiento y las tareas de las entidades encargadas de realizar las actividades económicas, de producción y servicios, de salud y otras de carácter asistencial, educacional, cultural, deportivo, de protección del medio ambiente y recreativo que estén subordinadas a su órgano administrativo” (p. 257).

Sobre el tema tratado, Pérez Hernández y Díaz Legón (2020) han apuntado que “se sitúa a la potestad normativa como creación de leyes en sentido material, o ejercicio de un poder reglamentario de validez en el territorio en el cual se asienta, y que le permite actuar conforme al Derecho creado” (p. 262). Esta opinión entraña el reconocimiento de la potencialidad creativa de las ordenanzas actualmente previstas en el diseño patrio, de manera que las regulaciones de asuntos concernientes a los intereses locales se diferencian sensiblemente de las reglamentaciones dictadas en ejecución de las leyes.

En contraste con la disposición de libertad de opción y decisión que es propia y específica de las instituciones democráticas y representativas locales, las instancias administrativas están dotadas de discrecionalidad. Ello comporta únicamente capacidad de interpretación, apreciación, evaluación y valoración motivada, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, en la ejecución, con estricta adecuación a las instrucciones del organismo directivo correspondiente, de las opciones efectuadas por instancias legitimadas democráticamente (Cuchillo Foix, 2003, pp. 181-182).

En el caso del Consejo de la Administración Municipal, dado el carácter claramente administrativo atribuido a tal órgano, la potestad normativa

se concreta en su forma estrictamente reglamentaria. En situación análoga, por hacer parte de la administración, se encuentra la atribución del Intendente en la materia, cuyo actuar debe diferenciarse del resto de los actores y estar ceñido a sus atribuciones.

Como resultado de estas concepciones, la doctrina “parece inclinada a utilizar la distinción entre normas organizativas que tienen efectos *ad intra* de la Administración municipal y normas con efectos *ad extra*, que pueden incidir en la esfera de los derechos de los ciudadanos. La diferencia permitiría atribuir precisamente a los reglamentos las regulaciones de carácter organizativo y a las ordenanzas todas las demás” (Muñoz Machado, 2015, p. 233).

Este criterio, que fundamenta al parecer lo actualmente regulado en el país, puede mantenerse ante la perspectiva de una sistematización en una futura Ley municipal. De esta forma la administración municipal, en virtud del principio de autotutela, quedaría facultada para dictar acuerdos contentivos de reglamentos y cuando tuviera interés en que se dispusieran normas que regulen conductas de los ciudadanos, con efecto en su actividad, debería recurrir a la Asamblea del Poder Popular a ese nivel (Fernández Estrada, Tamayo Pineda y Blanco Rojas, 2017, p. 258).

Por último, cerrando el ciclo relativo a la potestad normativa, se hace relevante abordar la optimización de los mecanismos que aseguran su supervisión por parte de los órganos estatales y de la ciudadanía. Como se apuntó en su momento, resulta evidente que en cuanto a los controles por parte de las entidades superiores se ha dado un avance en su regulación y es más llamativo en este particular que, dadas las características de la municipalidad, no se diera más peso a las potencialidades asociadas a la participación popular.

Respecto al primero de los tipos de intervención abordados, en el escenario actual, lo primordial pudiera ser la reconducción del mismo solo a la verificación de la legalidad y la constitucionalidad de las normas municipales. El sustento teórico de esta sugerencia obedece al entendimiento de que “el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien se entiende que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados, que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica, de la Administración del Estado y la Provincia. En todo caso, los controles de carácter puntual,

habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incida en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad” (Muñoz Machado, 2015, p. 208). Dicho de otro modo, implica que el control debe procurar, no solo coartar los posibles excesos o contravenciones del municipio, sino frenar cualquier otro acto que transgreda el espacio de auto-ordenación local.

En cuanto al ejercicio de supervisión por la población sobre la actividad normativa de esta instancia, se convierte en una necesidad por las características participativas y de representación de los órganos municipales. Es preciso entonces que la sistemática de la Ley de Municipios incluya acciones y procedimientos para la intervención de los electores en esta función, los cuales han de estar en correspondencia con la naturaleza de las disposiciones de que se trate y su incidencia en los derechos e intereses de la colectividad. Esto se aviene a la idea de “que los municipios puedan ser considerados el primer peldaño de contacto de los individuos con la estructura estatal, desde el punto de vista territorial y funcional, exige para su conformación (control y transformación) de un ciudadano activo” (Pérez Hernández y Díaz Legón, 2020, p. 260).

Una gran reserva en tal sentido subyace dentro de las garantías a los derechos de petición y participación popular local y los Consejos Populares, los cuales, desde su configuración actual, tienen entidad para proyectarse hacia la esfera de la producción jurídica. De hecho, ambos mecanismos pueden entenderse, siguiendo el parecer de Del Río Hernández (2019), como la materialización de la disposición del artículo 80 de la Constitución que establece que los ciudadanos cubanos tienen el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado. Consecuentemente, tanto en su faceta relativa al control como en las restantes, podrían ser orientados a retroalimentar la creación normativa municipal con el parecer de la población a la que se debe y de la cual resulta, en definitiva, su legitimidad.

De lo anterior se colige, que las líneas fundamentales para el perfeccionamiento de la previsión del control sobre el ejercicio de la potestad normativa local, pasan por la ordenación de la intervención estatal no solo respecto a las disposiciones emitidas por la municipalidad, sino hacia aquellos externos a la misma que puedan limitar el adecuado desarrollo de estas y por la optimización, en materia de supervisión popular, de la utilización de los mecanismos establecidos en función de esta materia.

En resumen, el perfeccionamiento de la sistemática legal en cuanto a la temática analizada, debe sustentarse en un conjunto de fundamentos que permitan precisar su contenido y determinar su alcance, los cuales deben ser recepcionados en una ley dedicada a la generalidad de la institución municipal en la cual se integren y optimicen, en un todo orgánico, sus principios ordenadores, sus competencias propias y las cuestiones relativas a la jerarquía, producción, implementación y control de los actos normativos, con vistas a viabilizar el funcionamiento de los órganos locales en pos del desarrollo territorial y la satisfacción de las necesidades e intereses de sus comunidades.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La promulgación de la Constitución cubana de 2019 y sus recientes normas de desarrollo, evidencian significativos avances en cuanto al objeto de estudio de esta investigación, como consecuencia de la regulación de la autonomía municipal y del reconocimiento de la potestad normativa local. No obstante, la indeterminación del sistema competencial propio de este nivel, las falencias técnicas relativas a la precisión del alcance, tipologías y los procedimientos de control de los actos normativos de esta instancia, afectan la capacidad de los órganos del Poder Popular a este nivel para desarrollar su actividad en este sentido.
2. El perfeccionamiento de la actual regulación de la potestad normativa municipal, es posible mediante el establecimiento de las reglas derivadas de la legitimidad democrática, la autonomía, las competencias y los fines municipales como fundamentos para darle contenido; al asumir los criterios de legalidad, garantía institucional de la autonomía y vinculación negativa como delimitadores de su alcance; y por medio de la promulgación de una Ley de Municipios que, desde el tratamiento unitario de la institución, se proyecte hacia la determinación de sus competencias propias, la ordenación jerárquica de los actos normativos locales y la optimización de los mecanismos de control que recaen sobre dicha actividad.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2019). *Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria núm. 5, La Habana: Ministerio de Justicia.
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2020 a). *Ley No. 131 Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, núm. 6, La Habana: Ministerio de Justicia
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2020 b). *Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 5, La Habana: Ministerio de Justicia
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2020 c). *Ley No. 134 Ley de Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 88. La Habana: Ministerio de Justicia
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2021 a). *Ley No. 138 De organización y funcionamiento del Gobierno Provincial del Poder Popular*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 14. La Habana: Ministerio de Justicia
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (2021 b). *Ley No. 139 De Organización y Funcionamiento del Consejo de la Administración Municipal*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria No. 14. La Habana: Ministerio de Justicia
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2004). Sobre la potestad sancionadora municipal. *Estudios QDL*, núm. 6, 131-142.
- Consejo de Estado (1995). *Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, núm. 4, Edición Extraordinaria, La Habana, Ministerio de Justicia
- CUCHILLO FOIX, M. (2003). Gobierno local, administración local y potestad normativa de los entes locales. *Derecho Privado y constitución*, núm. 17, 169-196.
- DEL HIERRO, J. L. (2013). Legitimidad y legalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 179-186.

- D'ESTAFANO PISSANI, M. A. (1955). *Ley Orgánica de los Municipios. Anotada y concordada con la Constitución de 1940 y demás Leyes complementarias*, La Habana, Jesús Montero.
- DEL RIO HERNÁNDEZ, M. A. (2019). El municipio en la constitución cubana de 2019. Oportunidades y retos para la participación ciudadana. *IV Simposio Internacional "Desafíos del Derecho en el siglo XXI" IUS XXI*. Villa Clara.
- DÍAZ LEGÓN, O. (2011). *La autonomía municipal y el desarrollo local. Especial referencia*. Tesis presentada en opción al Título Académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
- EMBID IRUJO, A. (1978). *Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local.
- EMBID IRUJO, A. (2010). *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Madrid, Iustel.
- EMBID IRUJO, A. (2011). Ordenanzas y Reglamentos municipales. En S. Muñoz Machado (director), *Tratado de Derecho Municipal*, t. I, 3a. ed. (717-778). Madrid: Iustel.
- ESTEVE PARDO, J. (1991). Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 125-147.
- EXTREMERA SAN MARTÍN, D. (2018). *Proyecto de Constitución: Cuba se municipaliza*. Recuperado de: [http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/10/02/proyecto-de-constitucion-cuba-se-municipaliza-infografia/#.XYI28PTB\\_IU](http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/10/02/proyecto-de-constitucion-cuba-se-municipaliza-infografia/#.XYI28PTB_IU), en fecha 2 de octubre de 2018.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (2002). *Teoría del Estado y del Derecho. Segunda parte. Teoría del Derecho*, La Habana, Félix Varela.
- FERNÁNDEZ ESTRADA, J. A., TAMAYO PINEDA, N., y BLANCO ROJAS, M. (2017). La competencia como presupuesto de la autonomía municipal, en PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN O. (coords.), *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, La Habana, UH.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015). El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local. *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 229-269.

- FERRARI YAUNNER, M. (2017). Las normas jurídicas locales. Perspectiva de su función y jerarquía en Cuba, en L. PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN, O. (coords.), *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, La Habana, UH.
- FONTILLOVET, T. (2003). La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 253-268.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2013). Marco constitucional de la Administración Local, en FUENTETAJA PASTOR, J. Á. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *Manual de Derecho Local*, Madrid: Iustel.
- GALÁN GALÁN, A. (2010). La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local. *Revista CEMCI*, núm. 8, 1-27.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, R. F. (2017). La potestad normativa sancionadora municipal. Análisis de la operatividad del principio de legalidad. *Ius et Praxis*, núm. 2, 485-505.
- HERNÁNDEZ AGUILAR, O. (2017). *El asociativismo municipal: fundamentos para su regulación jurídica en el contexto cubano*. Tesis de Doctorado, La Habana, Universitaria.
- ISLAS MONTES, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 97-108.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, t. VII. *El Reglamento* 4a. ed., Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. (1988). *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid, INAP.
- PAREJO ALFONSO, J. L. (1988). *Derecho básico de la administración local*, Barcelona, Ariel.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L. (2018). *Los municipios cubanos, ganadores constitucionales*. Recuperado de: [http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/10/02/los-municipios-cubanos-ganadores-constitucionales/#.XYI2R\\_TB\\_IU](http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/10/02/los-municipios-cubanos-ganadores-constitucionales/#.XYI2R_TB_IU), 2 octubre 2018.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN, O. (2017 a). Epílogo: propuesta de guía metodológica en pos del perfeccionamiento municipal en Cuba, en PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN, O., *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, La Habana, UH.

- PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN, O. (2017 b). Municipio y desarrollo local: continente y contenido. Apuntes en pos del perfeccionamiento del régimen jurídico municipal en Cuba. En Colectivo de autores, *Administración pública y derecho local* (pp. 65-79), La Habana, UH.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y DÍAZ LEGÓN, O. (2020). Municipio y política pública local. Una mirada al contexto cubano desde la Constitución. *UH, No.289*, 257-272.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L., TABARES NEYRA, L. M. y DÍAZ LEGÓN, O. (2019). Lo local —municipal— como espacio de desarrollo en Cuba. Notas para el perfeccionamiento del régimen jurídico de la administración local, *UH, No.287*, 135-160.
- PRIETO VALDÉS, M. (2020). La Constitución cubana de 2019: nuevos contenidos y necesidades. *UH, No.289*, 3-23.
- ROSANVALLON, P. (2009). *La Legitimidad Democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial SRL.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2005). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México, UNAM.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## ¿Políticos o judiciales? Trayectorias *ex ante* y *ex post* de los exjueces de cuatro cortes constitucionales latinoamericanas (2000-2015)

### *¿Political or judicial? ex ante and ex post career of former judges of four Latin American constitutional courts (2000-2015)*

Recepción: 26 de enero de 2021

Aceptación: 16 de junio de 2021

María Fernanda IÑEGUEZ\*

**RESUMEN:** Se ha escrito poco sobre las carreras profesionales de quienes integran las instituciones del poder judicial, y existe menos de las trayectorias políticas de exmagistrados constitucionales, pese a que integran espacios con una alta visibilidad política. Por ello la investigación responde ¿en qué medida las cortes constitucionales incentivan el desarrollo de carreras políticas antes y después? Mediante un análisis cuantitativo se identifica de dónde vienen y a dónde van los exjueces constitucionales de cuatro países de Latinoamérica. En los resultados se pudo observar que a las cortes constitucionales llegan algunos políticos y que, tras su salida de la institución, regresan a la carrera política. Así también, los datos evidencian que la carrera judicial no alcanza ni el 40% de los magistrados, lo que permite abrir una discusión sobre el perfil profesional de quienes integran las cortes, y con ello el análisis del comportamiento judicial.

**ABSTRACT:** Little has been written about the professional careers of those who make up the institutions of the judiciary, and there is less about the political trajectories of former constitutional magistrates, even though they are members of highly visible political arenas. For this reason, the research answers the question: to what extent do constitutional courts encourage the development of political careers? A quantitative analysis identifies where former constitutional judges in four Latin American countries come from and where they go. The results show that some politicians join the constitutional courts and that, after leaving the institution, they return to political careers. The data also shows that the judicial career does not reach even 40% of the judges, which opens a discussion on the professional profile of those who make up the courts, and with it the analysis of judicial behavior.

\* Maestra en Política Comparada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso Sede Ecuador). ORCID: 0000-0002-9872-7587. Correo electrónico: [kelomafer@hotmail.com](mailto:kelomafer@hotmail.com).

**Palabras clave:** carrera política, cortes constitucionales, carrera profesional, exjueces. **Keywords:** *political career, constitutional courts, professional career, former judges.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué se ha escrito sobre carreras políticas?* III. *¿Cómo abordar el estudio de carreras políticas en exjueces constitucionales?* IV. *Metodología y datos.* V. *Resultados.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las cortes constitucionales son espacios con alta visibilidad política y algunos actores transitan por la institución como parte de su carrera política. Los estudios de la ciencia política se han preocupado por identificar las carreras políticas de quienes se encuentran en cargos de poder. Sin embargo, en la línea investigativa del Poder Judicial se reduce al análisis de la estructura institucional de las cortes y el comportamiento de los jueces, pero poca literatura hay sobre las trayectorias de los judiciales.

El estudio seminal de Schlesinger clasifica las conductas políticas en ascendentes, discretas y estáticas (Schlesinger, J., 1996). No obstante, quienes pretenden vivir de la política o para la política y pueden materializar sus ambiciones en tanto tomen decisiones estratégicas que les permitan asumir un cargo de decisión política (Weber, M., 1978, p. 480). Por lo cual, la literatura especializada ha discutido desde tres líneas y de primer momento se interesa por la identificación de las trayectorias políticas de quienes ostentan cargos de decisión política, y además propone identificar el momento de carrera; la segunda línea investigativa se preocupa en cómo las trayectorias influyen en la profesionalización de la política, y una tercera, se centra en el análisis de causalidad de las carreras.

La importancia de estudiar carreras políticas como profesionales en los exmagistrados de una de las cortes más importantes y está en entender que estas plataformas representan un espacio con una alta visibilidad política, dado que en el ejercicio de sus competencias son capaces de controlar a los órganos gubernamentales y alterar el poder político (Sotomayor, M., 2019, p. 5). En este sentido, quienes integran los tribunales constitucionales se convierten en veto *players*, quienes votarán de tal manera que su *background* esté compuesto por experiencias políticas o profesionales.

Lo dicho ayuda a comprender si los judiciales deciden de acuerdo con sus intereses.

En las tres líneas investigativas mencionadas se encuentra poco estudio sobre la trayectoria de los jueces. Por lo cual, esta investigación realiza un análisis exploratorio sobre las carreras políticas *ex ante* y *ex post* de los jueces constitucionales que salieron de la institución en el periodo comprendido entre 2000 y 2015. El trabajo asume que algunos exjueces realizan carreras políticas antes y después de su paso por los tribunales constitucionales. En consecuencia, el trabajo se estructura en cinco apartados. El primero contiene el estado de la discusión sobre las carreras políticas; la segunda parte presenta los enfoques teóricos para abordar las carreras políticas de los constitucionales; la tercera sección describe la metodología utilizada y los hallazgos, donde se observa las trayectorias políticas como profesionales de los exjueces. Finalmente, se realizan algunas consideraciones y se concluye.

## II. ¿QUÉ SE HA ESCRITO SOBRE CARRERAS POLÍTICAS?

El estudio de las carreras políticas, en un primer momento, se direccionó a las conductas de los legislativos en Estados Unidos, donde se clasifican las carreras políticas considerando el tiempo de permanencia en el escenario público, delimitando que los políticos pueden ser: amateurs y profesionales (Fishel, J., 1971, p. 27). En esta misma línea, se concluye que son los políticos profesionales quienes poseen mayores oportunidades en la realización de la carrera política (Buck, P., 2013).

La investigación en la región europea también se interesó en entender cómo la descentralización territorial ha generado un redireccionamiento de las elites políticas de lo nacional a lo local (Botella, Joen *et al*, 2011, p. 5). Mientras que en los estudios de carreras políticas realizados en Latinoamérica se argumenta que los diputados brasileños se presentan a candidaturas subnacionales, dado que estos cargos ofrecen recursos económicos, materiales y simbólicos. No obstante, para el caso ecuatoriano la conducta regresiva de los legisladores se explica por la autonomía política, financiera y el prestigio personal (Samuel, D., 2003).

Se estudian principalmente legislativos, ya que la formación de carrera afecta las decisiones políticas, y existe mejor acceso a la información para

este tipo de actores frente a la información de otros cargos burocráticos (Lemos, L. y Ranincheski, S., 2003, p. 3). El avance en la investigación se direcciona a identificar los factores que explican cada tipo de carrera, ya sea que ésta implique una relación directa con el electorado o la cercanía a los altos mandos. Cuando se hace referencia a la progresividad de la carrera, un legislador ambicioso proyecta sus necesidades privadas en el electorado (Llanos, M. y Sánchez, F., 2006, pp. 149 y 150). No obstante, el ascenso al poder contribuye a la adquisición de experiencia y autonomía política (Thompson, J y Gary M., 1998).

Las carreras discretas se pueden explicar por la falta de oportunidades, la permanencia de una elite fuerte y experimentada, la estructuración del sistema electoral y la débil institucionalización (Squire, P., 1988). En tanto que las conductas estáticas visualizan a la figura de la reelección del cargo como la herramienta técnica para que la permanencia de un político sea de mediano o largo plazo. Asimismo, evitar tediosas y costosas campañas electorales es una razón de peso por la cual algunos políticos no postulan a cargos diferentes (Pereira, C. y Lucio R., 2013).

Las carreras regresivas de los legislativos se explican desde la idea de descentralización de los sistemas, dado que esta ofrece cargos subnacionales con mejores recursos económicos, simbólicos y de profesionalización (Arévalo, M., 2017). La literatura contemporánea muestra que existen tipos de carreras políticas diferentes a las conductas clásicas, algunas de liderazgo dentro de una misma institución, denominada carrera política de tipo “intra institucional” (Romero C. y Joan S., 2019). Sin embargo, perder una contienda electoral debería representar un proceso de aprendizaje para elecciones futuras y exitosas.

En lo que respecta a las carreras políticas de los miembros del Poder Ejecutivo, se ha estudiado a presidentes, vicepresidentes, ministros y los ejecutivos locales. Los destinos políticos y profesionales de los expresidentes se encuentran en el sector público y privado; sin embargo, desempeñarse en el sector privado no disminuye las posibilidades para continuar una carrera política. Los vicepresidentes son considerados como binomio presidencial cuando son poseedores de trayectorias políticas. En cambio, la carrera ministerial se considera como la conclusión de la trayectoria política. En este sentido, algunos ministros tienen dos opciones: continuar la carrera política en otro cargo y no desaparecer de la palestra, o retirarse (Blondel, J. y Thiébault, J. L., 1991). No obstante, para Campomar y Suárez los gobernadores evidencian carreras políticas largas que comien-

zan mayormente en la esfera nacional. Adicionalmente, las primeras damas deberían considerarse parte de la elite política dado que son capaces de influir en la política pública (Guerrero-Valencia, C. y Arana-Araya, I., 2019, p. 37).

La literatura jurídica y política evidencia que la discusión teórica y empírica sobre los miembros del Poder Judicial se centra en las características conductuales de los magistrados en el momento de emitir resoluciones, y otra parte analiza la estructura y funcionamiento institucional de las altas cortes. El análisis del comportamiento judicial, en una buena proporción, se ha realizado por métodos estadísticos para explicar las sentencias, en tanto que los caracteres institucionales realizan un recorrido teórico y jurídico de las normas que guían el actuar judicial. Pero poco o nada se ha escrito sobre carreras políticas, judiciales y profesionales en jueces constitucionales (González, E., 2019).

De primer modo, los estudiosos del comportamiento judicial se dirigen a entender y explicar quiénes son y cómo actúan los jueces, sin descuidar que para este análisis los factores psicológicos, socioeconómicos y políticos ayudan a entender la tendencia bajo la cual deciden los jueces (Castillo Vera, P., 1987, p. 177-191). En esta misma línea hay que entender que la ideología en los jueces no es nada extraordinario, más bien resulta ser un indicador para predecir su votación (Rubio Padilla, 2019, p. 43).

Asimismo, Rubio Padilla sugiere que las reglas formales presentan una limitación o amplitud en el campo de decisión de los jueces, puesto que los mecanismos de selección, periodos de duración en el cargo, entre otras características institucionales de las cortes constitucionales, determinan el grado de independencia que tenga la institución frente a los otros poderes estatales. El reclutamiento de jueces da paso a identificar cuáles son las trayectorias de quienes integran las altas cortes; en este sentido, las reglas formales en Latinoamérica permiten una selección no solamente de quienes provengan de la carrera judicial.

En este sentido, los ordenamientos jurídicos determinan que la misión de los jueces constitucionales es controlar la constitucionalidad y actos de personas particulares, pero sobre todo fiscalizar los actos y demás poderes estatales. En tanto que la decisión de los jueces debe analizarse considerando el campo jurídico del que provienen los magistrados, sin descuidar la influencia que puede llegar a tener la formación, trayectoria y los procesos de socialización (Cortez Salinas, J., 2020, p. 129). En este sentido, la idea de Cappelletti en la que el papel del juez y jueza es más difícil de

lo que se cree al momento de emitir una decisión hace ruido (Cappelletti, M., 1984).

Sin embargo, desde la sociología se realiza una discusión de la literatura de política judicial con la de elites políticas. En esta línea se realiza un acercamiento al recorrido de las trayectorias profesionales de los jueces argentinos, donde se identifican factores sociodemográficos, profesionales y de redes, como condicionantes para entender las decisiones de los judiciales (Donatello, L. M., y Lorenc Valcarce, F. M., 2017). Cuando se hace referencia al bagaje de los magistrados, se debe entender que provienen de una carrera profesional o política medianamente desarrollada, es decir, con una experiencia moderada y con tendencias ideológicas definidas, por ello cabe preguntarse si ¿un juez cuando llega al cargo se puede desligar de sus preferencias políticas? Dicho de otra forma, una vez en el cargo ¿es capaz de alejarse de sus ambiciones políticas futuras, para decidir en derecho?

En esta línea de estudio encontramos que las carreras políticas de los magistrados de las altas cortes han sido nulamente exploradas. En tal caso, una de las primeras aproximaciones a este fenómeno de estudio permite descubrir el pasado político de los constitucionales colombianos, para quienes la figura del cabildeo es un factor clave en el acceso a la corte constitucional; en este supuesto se debe entender que a la constitucional colombiana llegan en una buena proporción políticos (Montoya, A. M., 2013). No obstante, identificar las trayectorias *ex ante* y *ex post*, contribuye a entender si éstos votan de forma sincera; en este caso, los exjueces ecuatorianos muestran que el ejercicio profesional es el ámbito más opcionado antes y después de la corte (Basabe-Serrano, S., 2011). En la corte suprema mexicana, se puede observar que algunos jueces optan por abandonar su cargo y dedicarse a la política (Domingo, P., 2018).

### III. ¿CÓMO ABORDAR EL ESTUDIO DE CARRERAS POLÍTICAS EN EXJUECES CONSTITUCIONALES?

El enfoque que guía este trabajo se apega a la teoría de la ambición de Downs, en la cual se ha de entender que los exjueces son poseedores de ambiciones políticas. No obstante, el supuesto se visibiliza de mejor forma cuando el enfoque del elector racional explica que los individuos maximizan sus oportunidades para obtener beneficios propios (Downs, A.,

1957). En consecuencia, este trabajo asume de primer momento que la corte constitucional, al ser un escenario de toma de decisión política, se encuentra integrada por algunos políticos de carrera, dado que éstos llegan a la institución para precautelar sus intereses políticos en las decisiones que afecten a la gobernabilidad. No obstante, el paso por la corte también representa una estrategia para quienes pretendan comenzar una carrera política, de tal manera que potencialicen su visibilidad. Por lo cual, este trabajo se plantea como primera hipótesis: las cortes constitucionales llegan políticos de carrera, y otros, a la salida de la constitucional, potencializan su visibilidad pública para la formación de una carrera política *ex post*.

En este sentido, también se debe considerar que existe una segunda opción, en la cual cabe preguntarse si los políticos de carrera, tras su salida de los tribunales, vuelven a la palestra o simplemente optan por desaparecer de la vida pública. Por consiguiente, la actuación dentro de la constitucional debe estar pensada por sus proyecciones profesionales y políticas futuras, dado que el tránsito de los políticos por el organismo puede convertirse en una estrategia en la cual el capital político de éstos aumente y por ende no se reduzca su visibilidad en el ámbito público; esto puede ser interpretado como el deseo de no desaparecer de la palestra, por ello una segunda hipótesis: a medida que los exjueces, provienen de un cargo político aumenta la probabilidad que posterior a la Corte Constitucional regresen a la vida política.

Pues bien, hay que delimitar ¿qué se ha entendido por carrera política? y la carrera política es la “secuencia de cargos políticos desempeñados por un individuo durante un periodo determinado de tiempo” (Viver, C., 1978). Desde esta conceptualización se consideran factores: de espacio o plataforma y el tiempo. El tiempo abarca la continuidad y permanencia de un actor dentro de la palestra. Así también, la plataforma donde despegas la carrera política es importante para potencializar o desvanecer las ambiciones políticas futuras. El tiempo sugiere el estudio de las carreras políticas desde un análisis del momento de la carrera.

En consecuencia, este trabajo conceptualiza la carrera política como el desempeño de cargos políticos de nivel nacional o local, que pueden ser de elección popular, designación directa por parte del Ejecutivo y cargos de administración del Estado. A manera de desagregación, se entenderán por cargos de elección popular: alcaldes, prefectos, presidentes de la república, legisladores y concejales. Por cargos de designación directa: ministros,

secretarios, gobernadores, miembros de representación diplomática. Por cargos de administración del Estado se consideran: fiscal general del estado, contralor general del estado, procurador del estado, presidentes del consejo de la magistratura.

#### IV. METODOLOGÍA Y DATOS

El estudio comprende identificar los destinos políticos y profesionales de los jueces que salieron de la institución en el periodo entre 2000 y 2015, dado que a finales de los noventa fue cuando se integraron la mayoría de estas instituciones. El lapso para estudiar si un exjuez realizó carrera política *ex ante* y *ex post* es de cinco años. En consecuencia, la metodología para abordar el tema de estudio es de tipo cuantitativa, dado que es un trabajo exploratorio. Se realiza un estudio comparado que utiliza estadística descriptiva y un modelo de regresión logística que permiten identificar de manera porcentual de dónde vienen y a hacia dónde se dirigen las carreras de los exjueces constitucionales.

Se ubica las carreras de los exmagistrados de los tribunales constitucionales autónomos, por lo que se excluye del estudio a los exjueces supremos, puesto que las constitucionales autónomas representan un espacio de toma de decisión política, a diferencia de las supremas que resuelven temas de índole social. En consecuencia, los países que se someten al estudio son: Ecuador, Perú, Colombia y Chile. Si bien República Dominicana tiene una corte constitucional autónoma, queda excluida del estudio ya que este organismo se integró por primera vez en 2011, con jueces que duran en el cargo nueve años, lo que quiere decir que la mayoría no cumple con cinco años mínimo de su salida del tribunal. Además, se excluye a Bolivia y Guatemala, dado que al momento de realizar la investigación no se logra tener acceso a la información, pese a que se agotaron todos los medios disponibles para capturar ésta, por lo que metodológicamente los datos faltantes pueden generar una lectura no adecuada en los resultados (Landman, T., 2011).

Para esta investigación se construyó una base de datos propia. En el proceso de recolección, se recurrió en primera instancia a las páginas oficiales de los tribunales constitucionales, que permitieron identificar quienes integraron este organismo y en que períodos, dicho ejercicio dejó un total de 114 jueces, incluidos los magistrados de Bolivia y Guatemala. No obstante, para el análisis descriptivo y causal se pudo capturar los da-

tos de 87 de ellos. Para obtener la información, se recurrió a las hojas de vida de los exjueces disponibles en la web. Adicionalmente, se buscó en redes sociales, páginas institucionales de organismos que contaban con la información, tal es el caso del Consejo de Control y Participación Ciudadana (CPCCS), en Ecuador y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), en Perú. También, se recurre a la revisión de periódicos de alta relevancia nacional en cada país, y la revisión de las constituciones políticas y leyes que regulan los caracteres institucionales de los tribunales constitucionales.

La investigación persigue resultados robustos. Es por ello que se realiza una segunda verificación de los datos, por lo cual, se sometió la investigación a un análisis de causalidad, en el que se hace uso de un modelo de regresión logística. Este ejercicio metodológico agrega algunas variables planteadas en la literatura de carreras políticas como: la reelección del cargo, el nivel académico, trayectoria política previa y la variable de control sexo. Sin embargo, se agrega estos factores a manera de confirmar que la trayectoria política previa es la variable que está presente e influye en el desarrollo de la carrera política *ex post* de los exjueces, dado que aumenta sus probabilidades de regresar a la política (H2).

En este sentido cabe entender que se toma como variable dependiente la carrera política *ex post*, donde 1 es si realiza carrera y 0 si no lo hace. En tanto que la variable independiente nivel académico se categoriza como 1 cuando un exjuez posee un título de cuarto nivel (posgrado) y 0 cuando solo es un profesional de tercer nivel. La variable reelección, contempla si el ordenamiento jurídico del país permitía que un exjuez permaneciera en el cargo por más de un periodo constitucional, y la variable sexo se codifica como 1 ser hombre y 0 ser mujer. En efecto las variables independientes contemplan factores sociodemográficos e institucionales, para lo cual se analiza el tiempo de permanencia en el cargo y la profesionalización de éste.

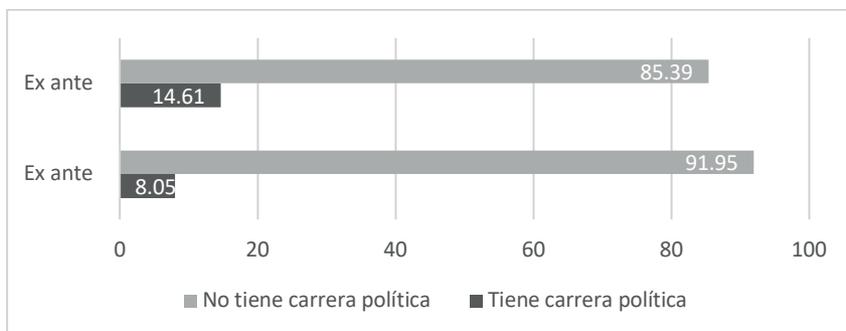
## V. RESULTADOS

### 1. *Los políticos de carrera*

Ahora bien, los datos de esta investigación permiten evidenciar que existe un número porcentual más alto de los políticos que llegan a la corte, frente

a políticos que se catapultaron a la salida de la institución. No obstante, existen casos que en este trabajo no se consideran como carrera política *ex ante* o *ex post*, pero, que se encuentran visibilizados por su actividad en el entorno político.<sup>1</sup>

GRÁFICO 1. CARRERA POLÍTICA *EX ANTE* Y *EX POST* DE LOS CONSTITUCIONALES.



FUENTE: elaboración en base al análisis de datos ( 2021)

El análisis de las carreras políticas permite sugerir que a cuatro cortes constitucionales latinoamericanas si llegan políticos de carrera, aunque el número porcentual sea menor al 20%. Sin embargo, las cortes constitucionales funcionan muy poco como plataforma para invertir las carreras políticas, puesto que la mayoría de los exmagistrados que realizaron carrera política posterior a la corte ya provenían de la formación política antes de ser jueces. Dicho de otra manera; se podría considerar a las constitucionales latinoamericanas como una plataforma política, en la cual, los políticos de carrera transitan. En esta misma línea se sugiere que los políticos de carrera son poseedores de ideologías partidarias, de experiencias políticas propias de la carrera y por ende una tendencia particular para votar de cierta forma.

<sup>1</sup> Son los casos del exjuez peruano Alva Orlandini Javier quien en el 2012 fue dirigente del partido político acción popular, así también está el caso del exjuez colombiano Gaviria Díaz Carlos, candidato a la presidencia, en la cual no tuvo éxito electoral

Además, este análisis indica que a las constitucionales latinoamericanas llegan en un 38.46% políticos de carrera chilenos, seguido de políticos ecuatorianos y colombianos en un 23%, respectivamente. En cuanto a la carrera política *ex post*, los exmagistrados ecuatorianos llevan la delantera con un 42.86%. En tanto que, los exjueces chilenos descienden porcentualmente en la carrera política, sugiriendo que algunos de los políticos pausan o se retiran de la carrera. El 14.29% representa la carrera política de los peruanos y colombianos. En consecuencia, se puede sugerir que en el caso chileno existió mayor número de políticos votando en la corte, mientras que la constitucional ecuatoriana representa una plataforma para la reactivación de la carrera política y por ende una estrategia para no desaparecer políticamente.

En lo que respecta la carrera política *ex post*, se evidencia una disminución porcentual de las carreras políticas en los casos de Chile, Colombia y Perú. En el primero, de cinco de los magistrados que realizaron carrera política antes de la corte, hay una reducción a tres exjueces que siguen la carrera política posterior. Para el segundo caso se reduce de tres a uno. Y para el caso peruano una reducción del 50%. Mientras que el análisis para Ecuador evidencia que los tres magistrados con carrera política previa, tras su salida de la constitucional continúan su vida como políticos. Lo que insinúa que en Chile, Colombia y Perú no todos los políticos de carrera continúan la misma, tras su salida de la corte. La interpretación para Ecuador confirma que la corte constitucional ecuatoriana funciona como una plataforma para no desaparecer políticamente.

Para este mismo análisis se identificaron los espacios políticos de dónde venían los constitucionales. El 53.85% provenía de cargos de elección popular, y el 46.15% se había desempeñado en cargos de designación por parte del ejecutivo. Adicionalmente, a los espacios en donde desarrollaron carrera política *ex post*, muestra que el 42.86% se desempeñan en cargos de elección popular (EP), el 42.86 % lo hace en cargos de designación por parte del ejecutivo (DE), y finalmente en cargos de administración del Estado (ADE) apenas el 14.29%. Por consiguiente, las carreras políticas *ex ante* y *ex post* de los constitucionales, implican una relación con el electorado y una vinculación directa con el poder ejecutivo.

Para tener más claro, por qué la literatura discute una aparente relación entre las trayectorias de los jueces y la forma en la que votan, los resultados de esta investigación ejemplifican dos casos particulares: la ecuatoria-

na María del Carmen Maldonado y el colombiano Alejandro Martínez Caballero. No obstante, se deja claro que no se realiza un análisis estadístico de correlación entre la trayectoria y la votación de estos magistrados, más bien se realiza una revisión documental de los periódicos a nivel nacional que recogen la trayectoria profesional y política de estos dos jueces, antes, durante y después de la corte.

En el caso de María del Carmen Maldonado, la carrera política empieza en el Congreso Nacional en el 2006 por el partido de Izquierda Democrática.<sup>2</sup> La Contraloría General del Estado, el Instituto de Seguridad Social entre otras instituciones fueron las plataformas en las que realizó su carrera la exmagistrada, hasta que en el año 2012 fue designada como la fiscalizadora del proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair.<sup>3</sup> La labor fiscalizadora del proyecto fue cuestionada debido a actos de corrupción, sobre precios y fisuras en la obra. El paso por la constitucional de la exmagistrada evidencia que las demandas de inconstitucionalidad planteadas a la Ley de Comunicación,<sup>4</sup> fueron desechadas cuando la jueza fue la sustanciadora de la causa. A la fecha de esta investigación María del Carmen Maldonado es presidenta del Consejo de la Judicatura, institución que para los primeros meses del 2021 ha sido criticada por el concurso de jueces de la Corte Nacional.

En tanto que Alejandro Martínez Caballero, que no evidenció una carrera política anterior a la constitucional, pero sí una posterior, aunque muy corta, inspiró titulares en la prensa como “el magistrado rebelde.”<sup>5</sup> El exjuez llega a la institución con una afiliación política a Alianza Democrática. Martínez adquiere su representatividad dentro de la corte, dado que sus ideales jurídicos se enfocaban en aportar y defender el concepto de la libertad como derecho esencial. En el uso de sus atribuciones en la constitucional, resolvió casos en pro de los derechos de las personas LGB-

---

<sup>2</sup> La Izquierda Democrática fue parte de la alianza electoral con en Movimiento País, la cual permitió que Rafael Correa fuera electo en 2009 para su segundo mandato.

<sup>3</sup> La Central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair de 1500 MW de potencia se encuentra ubicada en las provincias de Napo y Sucumbíos, cantones El Chaco y Gonzalo Pizarro. La Central Hidroeléctrica inició su construcción en julio de 2010 y fue inaugurada el 18 de noviembre de 2016.

<sup>4</sup> El proyecto de sentencia fue elaborado por la jueza María del Carmen Maldonado, en la presidencia de Rafael Correa y consta de 280 hojas.

<sup>5</sup> En la nota de prensa, de la voz del derecho, del 19 de julio de 2016 y, en diario la semana.com. 20/07/2016

TI y el derecho a un Estado laico, pese a que dichas decisiones causaron desacuerdos políticos con el mismo presidente Gaviria en ese entonces. Lo que permite sugerir que el exjuez decidió de acorde a sus ideales jurídicos y en aporte a la justicia constitucional, dado que su carrera no estaba ligada propiamente a la política.

### A. *De dónde vienen y a dónde van*

En el análisis del tiempo, encontramos que los momentos de la carrera deben entenderse cómo tres: al inicio de la carrera política, como la investidura, a una actividad política medianamente trabajada como la etapa del desarrollo de carrera, y finalmente el retiro de la actividad política. (Alcántara Sáez, Manuel, 2017). No obstante, a este análisis se añade las consideraciones de Barragán, quien propone analizar las carreras políticas de tipo intermitentes, esto es, cuando existen pausas de la vida política. Dicho esto, esta investigación realiza una clasificación de los momentos de la carrera política de los exmagistrados latinoamericanos, el objetivo de este ejercicio permite conocer de dónde vienen los jueces y a donde van. (Barragán, Mélaney, 2016).

Esta forma de particularizar los espacios de dónde vienen los exjueces y a donde van, permite realizar una interpretación; en la que, la llegada a la institución exige a algunos magistrados el tránsito por ciertos espacios de la política, como requisito informal. Lo dicho, no estaría tan alejado a lo evidenciado en trabajos anteriores en los cuales; el paso por el legislativo es una de las formas comunes para la llegada a la corte constitucional colombiana. En tanto que, la dirección *ex post* de las carreras pueden ayudar a entender si la constitucional favorece o no con oportunidades políticas, o en efecto a la salida de la constitucional los magistrados buscan realmente una forma laboral estable, antes que priorizar ambiciones políticas definidas. La siguiente tabla ayuda a comprender cómo son los patrones de carrera de estos actores antes y después de los tribunales constitucionales.

TABLA 1. DE DÓNDE VIENEN Y A DÓNDE VAN  
 LOS POLÍTICOS DE CARRERA

<i>Exjueces</i>	<i>De dónde vienen</i>	<i>A dónde van</i>	<i>Momentos de la carrera política</i>	<i>Descripción</i>
García Toma Víctor Oscar (PE)	Ejercicio profesional	Legislativo	Institución	No tienen trayectoria política previa y tras su salida de la Corte, Si realizan carrera política.
Martínez Caballero Alejandro (COL)	Academia	Legislativo local		
Herrera Bonnet Enrique (ECU)	Legislativo	Legislativo	Desarrollo / carrera de tipo intermitente	Si tienen trayectoria política previa y tras su salida de la Corte, SI realizan carrera política.
Orellana Serrano Tarquino (ECU)	Designación por el ejecutivo local	Legislativo local		
Maldonado Sánchez María del Carmen (ECU)	Legislativo	Administración del Estado		
Fernández Baeza Mario (CL)	Legislativo	Ministerio		
Viera-Gallo Quesn José Antonio (CL)	Legislativo	Representación diplomática		
Correa Sutil Jorge (CL)	Ministerio	Ejercicio profesional	Conclusión/ Pausa política	Si tienen trayectoria política previa y tras su salida de la Corte No realizan carrera política.
Vodanovic Schnake Hernan (CL)	Legislativo	Academia		
Fernández Fredes Francisco (CL)	Ministerio	Academia		
Aguirre Roca Manuel (PER)	Legislativo	Muerte		
Alva Orlandini Javier (PE)	Legislativo	Dirigencia de partido político		

<i>Exjueces</i>	<i>De dónde vienen</i>	<i>A dónde van</i>	<i>Momentos de la carrera política</i>	<i>Descripción</i>
Cepeda Espinosa Manuel José (CO)	Representación diplomática	Carrera judicial internacional		
Araujo Rentería Jaime (CO)	Consejo Electoral	Candidato presidencial		
Córdoba Triviño Jaime (CO)	Administración del Estado	Carrera judicial internacional		

FUENTE: elaboración en base al análisis de datos (2021)

La clasificación que realiza la tabla (1) es un aporte importante, ya que somete a comprobación la propuesta teórica de Alcántara (2017) a través de la cual se pretende identificar el momento de la carrera política por el cual está transitando un exjuez. La tabla incluye a todos los exmagistrados que desempeñaron una carrera política antes o después de integrar los tribunales constitucionales. En consecuencia, se observa que la primera esfera de donde provienen los políticos que llegaron a la constitucional, es de la legislativa y de segundo momento políticos que se desempeñaron en cargos de designación por el ejecutivo, como los ministerios. Se podría sugerir que parcialmente los políticos de alto rango ven a la corte como el espacio jerárquico con el cual no descender en la política. También se puede decir que la vinculación y confianza directa con el ejecutivo facilita la llegada al órgano constitucional.

La línea directa de tiempo que vincula la carrera *ex ante* y *ex post*, muestra que el 38.46% de los políticos de carrera regresan a un cargo político luego de la corte. Dicho de otra manera 8 de los 13 jueces de carrera política previa, no regresan a la política. La tabla (1) ayuda a concluir que los exjueces chilenos optan por retirarse de la esfera política, dado que la edad en la que terminan su periodo como jueces es pasada los 75 años. No obstante, esta investigación realiza una agregación al momento de carrera de la “conclusión”, puesto que no se puede medir de forma exacta si es la voluntad de un actor concluir su carrera o, simplemente se encuentra en una pausa. En consecuencia, se añade la etapa denominada “pausa política”, la cual se puede observar en los casos del colombiano Rentería y el peruano Alva, que, si bien siguen en el espacio político, sus ambiciones de carrera no se han materializado.

El análisis de las carreras políticas *ex post*, muestra particularidades cercanas a otros actores políticos, puesto que, indagando en la trayectoria de algunos de estos magistrados se evidencia lo analizado por Mejía Acosta (1999) el conocido camisetaazo, esto es el cambio de la filiación partidaria de cinco de los siete exconstitucionales con carrera política. Además, se destaca condiciones como la continuidad de la carrera y la cercanía con los espacios de relevancia política. La continuidad de la carrera se refleja en los exmagistrados ecuatorianos al igual que en el chileno Fernández.<sup>6</sup> No obstante, el caso de Viera muestra una pausa política, debido a la distancia ideológica con el gobierno de turno.<sup>7</sup> Los datos evidencian el cambio de un partido o movimiento conservador a uno de izquierda, el caso del magistrado chileno Viera, y para el caso ecuatoriano, el magistrado Herrería<sup>8</sup> realiza lo contrario. Orellana,<sup>9</sup> que no se mueve más allá de la izquierda a un centro izquierda. Los cambios de partidos responden a factores como el tamaño del partido político, la aspiración por una reelección del cargo, o un distanciamiento ideológico. (Mainwaring y Pérez-Liñan., 1997, p. 22).

### B. *El regreso a la carrera política*

Hay que aclarar que cuando se consideró la variable de trayectoria política previa, se basó su funcionamiento en la dimensión de la carrera política previa. Para lo cual cabe decir, que los hallazgos de la investigación vislumbran que el modelo explica la variable dependiente. Esto es; que tener una carrera política previa a la constitucional aumenta en 28 puntos porcentuales la probabilidad de regresar a la carrera política tras la salida de la corte constitucional. Dicho de otra forma, la hipótesis 2, se confirma. En la teoría, el supuesto de Mieres y Pampin (Mieres, Pablo y Pampín, Ernesto.,2015, p. 102) explica que, para desempeñarse en ciertos cargos

---

<sup>6</sup> Empieza la carrera política en 1966 y ha ido ministro de Ricardo Lagos Escobar y Michelle Bachelet.

<sup>7</sup> El contexto político de 1973 obliga a que la carrera política se vea suspendida, ya que el golpista Augusto Pinochet derroca al presidente Allende.

<sup>8</sup> Se separa de la Izquierda Democrática (ID) en 2007 y su acercamiento al Partido Social Cristiano (PSC) en 2009, por el cual llega a la asamblea nacional.

<sup>9</sup> Fue parte de la alianza que se formó con el movimiento Alianza PAIS, del cual se distancia en el 2010 y en 2019 participa por el movimiento Concertación de César Montufar.

políticos, la trayectoria previa es indispensable, este supuesto parece hacer ruido en esta investigación.

TABLA 2. MODELO DE REGRESIÓN LOGÍSTICA CON COEFICIENTES, EL ESTADÍSTICO Z Y EFECTOS MARGINALES

<i>Variables</i>	<i>Carrera política</i>	<i>Efectos Marginales</i>
Sexo	-1.149 (-0.723)	-.0724701
Nivel Académico	1.154 (0.955)	.0443419
Reelección	-0.186 (-0.179)	-.0069799
Trayectoria previa	2.827*** (2.963)	.2818856
Constant	-3.100* (-1.680)	
Log Likelihood	-16.648932	
Pseudo R2	0.2980	
Correctamente clasificado	92.50%	
ROC curve	0.8376	
Observaciones	80	

NIVEL de significancia estadística: \*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

En este sentido, los políticos que llegan a cuatro constitucionales latinoamericanas son aquellos que han desempeñado cargos políticos al menos cinco años anteriores a la corte. En consecuencia, esta línea de tiempo refleja que algunos exjueces constitucionales procuran mantener una continuidad en los espacios de visibilidad política, de tal forma que regresar a la actividad sea más fácil. Entonces lo propuesto por Blondel y Thiebault cobra sentido, puesto que, en el afán de los políticos de no

desaparecer de la palestra, buscan espacios en los que su visibilidad no disminuya.

Además, desde un análisis de la política judicial este hallazgo representa un factor importante para estudiar el voto sincero de los jueces constitucionales, dado que, si a las cortes en alguna medida llegan políticos, sus decisiones se podrían inclinar a la carga ideológica que poseen. En este sentido, Posner, sostiene que los jueces a pesar de ser judiciales también son trabajadores y tienen las mismas necesidades y preocupaciones de cualquier otro trabajador: poder, dinero, reputación, prestigio. “El juez está sujeto a un determinado contexto institucional, laboral y político, y es portador de ciertas ideas jurídicas y de determinadas preferencias ideológicas, por lo que, al tomar decisiones, puede tener en mente tanto audiencias internas como externas” (Posner, R. 2011).

Entonces, el uso de la metodología cuantitativa confirma de manera robusta los datos que se presentaron de forma descriptiva, en los cuales, se vislumbraba que algunos políticos de carrera llegan a las cortes constitucionales como una forma para no desaparecer de la palestra pública, ya que a su salida estos regresan a un cargo político. En este sentido se puede interpretar que las trayectorias políticas de los exjueces constitucionales son parecidas a la de los vicepresidentes. Sin embargo, al presentarse la carrera política como un evento raro en los exjueces constitucionales, este hallazgo, da paso a indagar cuales son los espacios profesionales de dónde vienen y van la mayoría de los exmagistrados.

## *2. Los de carrera profesional*

La mayor parte de la evidencia sugiere aspectos positivos para los ideales judiciales, en los cuales se supone que un juez provenga de una carrera judicial, que tenga la capacidad de decidir en derecho y libre de lealtades políticas. En este caso se muestra, que, si bien llegan políticos a la corte, son pocos. Así como también son menos los que siguen la carrera política posterior a la corte. Los datos reflejan que el 85.39% de los jueces que llegan a los tribunales constitucionales de América latina proviene de un ámbito distinto a la política. En tanto que el 91.95% desempeñan actividades profesionales luego de su salida del organismo judicial.

TABLA 3. ESPACIOS DE DÓNDE VIENEN Y A DÓNDE VAN  
LOS DE CARRERA PROFESIONAL

Carrera profesional	Ámbito	Ex ante	Ex post
Ejercicio profesional	Privado	39.33%	34.48%
Academia	Público/privado	14.61%	28.74%
Carrera judicial	Público	17.98%	12.64 %
Otros	Privado	13.48%	16.09 %

FUENTE de elaboración propia

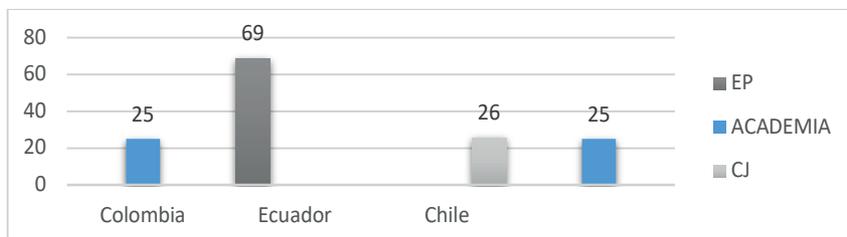
Para entender la tabla (3), cabe señalar que, en la categoría de otros, existe una diferenciación para el *ex ante* y el *ex post*. Puesto que, para el primero se agrega los espacios profesionales como el empresarial y funcionarios públicos de menor rango. En tanto que, para el *ex post*, se contemplan estos dos espacios y también se agrega cuando un exjuez ha optado por la jubilación, o el fallecimiento de algunos. Tal es el caso del exmagistrado peruano Guillermo Rey Terry.<sup>10</sup>

La lectura de estos hallazgos corrobora la evidencia de Basabe ya que los abogados que están en el libre ejercicio profesional son los que mayormente llegan a las cortes y luego de ello regresan a sus actividades profesionales, el segundo espacio de donde provienen los constitucionales es de la carrera judicial. En tanto que, a la salida de la institución, el segundo espacio más elegido a dónde van los exmagistrados es la academia con un aumento porcentual importante. Adicionalmente, se destaca que el 12.64% que representa la carrera judicial en el *ex post* se encuentra integrada por la carrera judicial internacional, como son los casos de los exmagistrados colombianos Córdova y Cepeda.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Fallece el 1o. de abril de 2000 en Lima, Perú.

<sup>11</sup> Miembros de la Haya.

GRÁFICO 2. CARRERA PROFESIONAL DE LOS MAGISTRADOS POR PAIS



FUENTE de elaboración propia

A nivel regional los magistrados que mayormente llegan a los tribunales constitucionales provienen del ejercicio profesional y la academia. No obstante, la carrera judicial que idealmente sería el ámbito de donde provengan los jueces se encuentra en tercer lugar a nivel latinoamericano. El análisis por país de estudio evidencia que en tres de los cuatro países el tránsito por la carrera judicial es aplicable para llegar a la constitucional, no así, en el caso peruano. En Chile, Ecuador y Perú, los abogados de libre ejercicio profesional también llegan a la institución, sin embargo, en Ecuador representa el primer ámbito de dónde vienen los judiciales. Mientras que las cortes integradas por académicos son la colombiana y peruana, pero ninguna de ellas llega al 50%.

También, explorar hacia donde van, ayuda a reconocer las ambiciones políticas y profesionales de los ex magistrados de los cuatro países de estudio. Por ello, la evidencia de esta investigación presenta que en todos los países de estudio la academia es una opción, y en el Perú llega a ser la primera. El regreso al ejercicio profesional alcanza la mayor proporción en los exjueces ecuatorianos. En tanto que, las aspiraciones profesionales de los exjueces colombianos se ven claras, ya que se acercan al 50% de quienes optan por continuar la carrera judicial internacional. El retiro o pausa profesional se encuentra por debajo del 30% en los exmagistrados chilenos. Lo que ayuda a sugerir que el supuesto del elector racional también puede explicarse en que los jueces buscan maximizar sus intereses, sea cual sea el ámbito al cual quieran direccionarse posterior a la corte.

En síntesis, el punto de convergencia es que los jueces constitucionales de los cuatro países de América latina vienen y van a la academia. Sin

embargo, se puede decir que la constitucional chilena funciona como un retiro de la carrera a corto o mediano plazo. La constitucional colombiana es un escalón por el cual los magistrados transitan y avanzan en la carrera judicial internacional, donde se desempeñan como jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El sistema de oportunidades y las reglas de juego de los constitucionales ecuatorianos les ayuda a transitar por el organismo como forma de capitalizar los intereses profesionales para posterior ejercer la profesión. Y, por último, para la Corte peruana se puede sugerir que los académicos que vienen y van a este ámbito; llegan para aportar con la justicia constitucional y a su salida continúan con su actividad académica.

## VI. CONCLUSIONES

El trabajo realizó un recorrido por las carreras políticas y profesionales de quienes salieron de las cortes constitucionales en el 2000 al 2015. Por lo tanto, se cubre el vacío detectado en la literatura. Se dio respuesta a la pregunta investigativa, para lo cual se evidencia que a las cortes constitucionales de cuatro países de América latina llegan pocos políticos y que dicha institución ayuda muy poco para catapultar carreras políticas posteriores, ya que apenas dos de los exjueces invistieron una carrera política *ex post* a la corte. En este sentido el supuesto del que partió este trabajo se confirma. Las constitucionales si incentivan carreras políticas antes y después, aunque en porcentajes menores a los esperados.

En el desarrollo de la investigación se pudo evidenciar nuevas propuestas teóricas y metodológicas que ayudan a estudiar las carreras políticas, en este caso se sometió a comprobación la propuesta de Alcántara que resultó muy útil en la exploración del pasado como futuro político de los constitucionales. La medición del momento de la carrera política deja concluir que las élites políticas también ponen atención en las instituciones que integran el poder judicial, esto, hace ruido para el estudio de la autonomía e independencia judicial, ya que puede resultar que las decisiones constitucionales estén politizadas.

El modelo logit ayudó a robustecer el argumento en el que los exjueces constitucionales que son políticos de carrera integran la institución de manera estratégica para posteriormente regresar a la vida política. Este hallazgo puede sugerir que las cortes han dejado de ser espacios alejados de la política,

más bien son vistos por los políticos como una plataforma para hacer política. En adición, se puede indicar que abordar las carreras políticas en espacios poco explorados como los judiciales insinúan considerar las particularidades de estas plataformas y por ende sugieren investigaciones exploratorias que ayuden a determinar el comportamiento del evento. En este caso las carreras políticas de los exjueces se presentan como un evento raro.

Las carreras políticas al no representar un factor común entre los judiciales permitieron evidenciar que estos actores provienen y van mayormente a espacios diferentes a la política, en su mayoría vienen del ejercicio profesional y de la carrera judicial, pero a la salida los ámbitos a donde se direccionan son el ejercicio profesional y la academia. En todo caso, se amplía la discusión sobre el perfil profesional más pertinente para integrar cortes constitucionales, esto pensado en que la carrera judicial no ha resultado ese espacio de formación para todos los jueces, en tanto que el ejercicio profesional supone un importante porcentaje, antes y después. Lo cual permite señalar, que en las cortes votan políticos, abogados profesionales, académicos y jueces de carrera.

Finalmente, la agenda de investigación futura considera que, si bien la carrera política es un evento raro en jueces, los trabajos posteriores deberían redireccionarse a conocer ¿por qué los judiciales no realizan carreras políticas pese que la institución de la corte representa un espacio de toma de decisión política? O desde otra visión, el estudio debería enfocarse a las carreras judiciales propiamente y si estas influyen o no en la calidad de las decisiones de los magistrados.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel (2017) “La carrera y el capital político”, *Convergencia*.
- ARÉVALO, María (2017) “Ambición o Estrategia: Estudio de carreras políticas regresivas en Ecuador (1979-2008)”, Tesis para obtener el título de maestría en Ciencias Políticas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso) Sede Ecuador.
- BASABE-SERRANO, Santiago (2018) “Carreras legislativas discretas en contextos de débil institucionalización partidista: Propuesta teórica y evidencia empírica aplicada a la legislatura de Ecuador, 1979-2007”, *Revista de Ciencia Política*, 30(1): 1-23.

- BASABE-SERRANO, Santiago (2011) *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Flacso-Sede Ecuador.
- BLONDEL, J. y THIÉBAULT, J. L. (1991) *The Profession of Government Minister in Western Europe*, New York: St.
- BORCHERT, Jens (2001) “Movement and linkage in political careers: individual ambition and institutional repercussions in a multi-level setting”, Ponencia presentada en el ECPR Joint Sessions of Workshops Grenoble, EE UU.
- BOTELLA, Joen *et al.* (2011) “Las carreras políticas de los jefes de gobierno regionales en España, Francia y el Reino Unido (1980-2010)”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 133: 3-20.
- BOTERO, Felipe (2011) “Carreras Políticas en América Latina: Discusión teórica y ajuste de supuesto”, *Postdata*, 16 (2): 167-187.
- BOTERO, Felipe y RENNO Lucio R. (2007) “Career choice and legislative reelection: evidence from Brazil and Colombia”, *Brazilian Political Science Review*, 2007, 1: 102-124.
- BRACE, Paul (1984) “Progressive ambition in the house: A probabilistic approach”, *The Journal of Politics*, 46 (02): 556-571.
- BUCK, Philip (1963) *Amateurs and professionals in British politics*, 1918-59, Chicago University Press.
- CAMPOMAR, Belén, y SUÁREZ Agustín (2014) “El camino hacia el poder Analizando la carrera política de los gobernadores argentinos (1983-2011)”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 222: 369-390.
- CAPPELLETTI, Mauro (1984) *¿Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè.
- CAREY, John y SHUGART, Mathew (1995) “Incentives to Cultivate a Personal Vote: A Rank Ordering of Electoral Formulas”, *Electoral Studies*, 1995, 14 (4):417-439.
- CASTILLO VERA, Pilar (1987) “Notas para el estudio del comportamiento judicial. El caso del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987.
- CORTEZ SALINAS, Josafat (2020) “¿Qué es la Decisión Judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina”, *Latin American Law Review*, núm. 4.

- DOMINGO, Pilar (2018) “Independencia judicial. La política de la Suprema Corte en México”. En *Veinte años no es nada. La Suprema Corte y la justicia constitucional antes y después de la reforma judicial de 1994*, Compilado por Saveedra Herrera Camilo Emiliano. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México.
- DONATELLO, L. M. y Lorenc Valcarce, F. M. (2017) El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas, *Revista Argentina Sociológica*.
- DOWNS, Anthony (1957) *An Economic Theory of Democracy*, Nueva York: Harper Collins Publisher.
- ENGSTROM, Richard y O’CONNOR, Patrick (1980) “Lawyer-legislators and Support for State Legislative Reform”, *Journal of Politics*, 42: 267-276.
- FISHEL, Jeff (1971) “Ambition and the Political Vocation: Congressional Challengers in American Politics”, *The Journal of Politics*, 33 (1): 25-56.
- GONZÁLEZ DE LEÓN, Felipe y GARCÍA, Ceslestino, (2016) “La trayectoria de los líderes políticos de la OCDE”, *Revista Española de Ciencia Política*, 1(42) 99
- GONZÁLEZ, Ezequiel, (2019) “Los tribunales en América Latina”. En G. PREVOST y VANDEM, H. (eds.). *The Oxford Encyclopedia of Latin American Politics*. New York: Oxford University Press.
- GAROUPA, Nuno (2010) *Empirical Legal Studies and Constitutional Courts*, Ind. J. Const. L. 4.
- GUERRERO-VALENCIA Carolina y ARANA-ARAYA Ignacio (2019) “Las primeras damas como miembros de la élite política”, *América Latina Hoy*, 81(0): 31-49.
- HALL, Richard y VAN HOUWELING, Robert (1995) “Avarice and ambition in Congress: Representatives’ decisions to run or retire from the US House”, *American Political Science Review*, 89 (1): 121-136.
- HELMKE, Gretchen y RÍOS-FIGUEROA, Julio (2010) *Tribunales constitucionales en América Latina*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- HERRICK, Rebekah y MOORE, Michael (1993) “Political Ambition’s Effect on Legislative Behavior: Schlesinger’s Typology Reconsidered and Revised”, *The Journal of Politics*, 55 (3): 765-776.

- JONES, Mark *et al.* (2000) “Políticos profesionales, legisladores” amateurs”: *El Congreso argentino en el Siglo XX*”, Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional.
- LANDMAN, Thomas (2011) *Política comparada. Una introducción a su objeto y métodos de investigación*, Madrid: Alianza Editorial.
- LEMONS, Leany y RANINCHESKI, Sonia (2003) “Carreras políticas en el Senado brasileño: un estudio de las composiciones del Pleno y de las Comisiones de Constitución, Justicia y Ciudadanía en la década del ‘90”, *Lateinamerika Analysen*, 2003, 4: 3-30.
- LODOLA, German (2017) “Reclutamiento político subnacional. Composición social y carreras políticas de los gobernadores en Argentina”, *Colombia Internacional*, (91): 85-116.
- LLANOS, Mariana y SÁNCHEZ, Francisco (2006) “Council of Elders? The Senate and Its Members in the Southern Cone”, *Latin American Research Review*, 41 (1): 133-152.
- MAINWARING, Scoll y PEREZ, Anibal (1997) “Party Discipline in the Brazilian Constitutional Congress”, *Legislative Studies Quarterly*, 22, 4.
- MÁRQUEZ ROMO, Cristian (2019) “¿A dónde van los expresidentes latinoamericanos? Salida de la política y trayectorias pos presidenciales en América Latina (1978-2018)”, *Estudios Políticos*, (Universidad de Antioquia). 55
- MARTÍNEZ ROSÓN, María del Mar (2011) “Ambición política y lealtad: Influencia sobre el comportamiento político”, *Política y gobierno*, 18(2): 231-264.
- MATTHEWS, Donald (1984) “Legislative recruitment and legislative careers”, *Legislative Studies Quarterly*, 1984, 63 (1): 547-585.
- MEJÍA ACOSTA, A. (1999) Indisciplina y deslealtad en el congreso ecuatoriano. *Revista ICONOS*. Flacso-Ecuador.
- MIERES, Pablo y PAMPÍN, Ernesto (2015) La trayectoria de los vicepresidentes en los regímenes presidencialistas de América, *Revista de Estudios Políticos*, (167), 99-132.
- MONTOYA, Ana María (2013) “*Si no vas al Senado no te eligen magistrado*” *El proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)*, Tesis para optar al título de magister en Ciencia Política. Universidad de los Andes. Bogotá.

- PEREIRA, Carlos y RENNÓ, Lucio (2013) “Should I Stay, or Should I Go? Explaining Political Ambition by Electoral Success in Brazil”, *Journal of Politics in Latin America*, 5 (3): 73-95.
- RUBIO PADILLA (2019) *Profesionalización de las Altas Cortes en América Latina. Un estudio de los procesos de selección judicial de El Salvador y Argentina*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- RUANO, Alberto (2009) “La Independencia judicial y las democracias”, *Revista electrónica del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas*, Universidad Iberoamericana A. C., Ciudad de México.
- RUCKMAN, Peter (1993) “The supreme court, critical nominations, and the senate confirmation process”, *The Journal of Politics*, 55 (3): 793-805.
- SAMUELS, David (2003) *Ambition Federalism, and Legislative Politics in Brazil*, Nueva York: Cambridge University Press.g.
- SCHLESINGER, Joseph (1966) *Ambition and Politics: Political Careers in the United States*. Chicago: Rand McNally and Company.
- SOTOMAYOR, M. (2019) “El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región”, *Opera*, 24: 5-26.
- SOULE, John (1969) “Future Political Ambitions and the Behavior of Incumbent State Legislators”, *Midwest Journal of Political Science*, 13(3): 439-454.
- SQUIRE, Peverill (1988) “Career Opportunities and Membership Stability in Legislatures”, *Legislative Studies Quarterly*, 65-82.
- SEAWRIGHT, J. (2016) *Multi-method social science: combining qualitative and quantitative tools*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- THOMPSON, Joel y MONCRIEF, Gary (1998) *Campaign finance in state legislative elections*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly Inc.
- VIVER, C. (2010) *El personal político de Franco (1936-1945)*, Barcelona, Vicens-Vives.
- WEBER, Max. (2010), *Obras Selectas-et al.*, Buenos Aires. Distal p. 480, 1978.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación de Derechos Humanos. El Informe “Derechos Humanos y Corrupción” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*New developments on corruption as a Human Rights violation. The “Human Rights and Corruption” Report of the Inter-American Commission on Human Rights*

Recepción: 30 de abril de 2021

Aceptación: 18 de junio de 2021

Claudio NASH ROJAS\*

**RESUMEN.** El fenómeno de la corrupción y sus vínculos con los derechos humanos es un tema que ha ido adquiriendo una gran relevancia para los organismos de protección de derechos humanos en el sistema interamericano. En este estudio se analiza el Informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia y se evalúa el impacto que este instrumento puede tener para resolver los principales elementos de la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos y se dan algunos ejemplos de la forma en que dicho informe puede impactar, desde una perspectiva de derechos humanos, en la resolución de situaciones de corrupción de frecuente ocurrencia en los países de la región.

**Palabras claves:** Corrupción, derechos humanos, informe temático.

**ABSTRACT.** *The phenomenon of corruption and its links with human rights is an issue that has been acquiring great relevance for human rights protection organizations in the inter-American system. In his study, we analyzed the Inter-American Commission on Human Rights’ thematic report entitled “Human Rights and Corruption” in order to evaluate the impact that this instrument could have to solve the main elements of international responsibility for human rights violations and analyzed some examples of how in which said report can impact, from a human rights perspective, on the resolution of situations of corruption that frequently occur in the countries of the region.*

**Keywords:** Corruption, human rights, thematic report.

---

\* Doctor en Derecho. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3124-166X>. Correo [cnash@derecho.uchile.cl](mailto:cnash@derecho.uchile.cl).

SUMARIO: I. *Introducción* II. *El informe “derechos humanos y corrupción” y los desafíos para el SIDH en materia de corrupción.* III. *La corrupción como una violación de derechos humanos. El principal desafío para el sistema.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno la lucha contra la corrupción y sus vínculos con la protección de derechos humanos se viene tomando la agenda regional los últimos años. El caso Lava Jato y particularmente las denuncias sobre los tentáculos de la empresa Odebrecht en buena parte del continente no solo ha tenido impacto a nivel político, sino que también en el ámbito de los órganos de protección de derechos humanos en las Américas.<sup>1</sup>

Esta recargada preocupación sobre el impacto de la corrupción en los derechos humanos ha planteado una discusión aún pendiente en la región, cual es, si la corrupción puede configurar una violación de los derechos humanos que genere responsabilidad internacional para el Estado ante los órganos de protección del sistema interamericano.

En este estudio se busca determinar si el informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) sobre “Derechos Humanos y Corrupción: Estándares interamericanos” (CIDH, 2019), aprobado el 06 de diciembre de 2019, puede ser un aporte para resolver la configuración de responsabilidad internacional de los Estados por violación de derechos humanos vinculado con actos de corrupción y cuál puede ser su impacto en la resolución de casos en los que converge la lucha contra la corrupción y la protección de derechos humanos.

A fin de dar cabal cuenta del potencial que tiene el informe en la región, en este artículo se hará una descripción del Informe y, luego, se analizarán algunas materias sustantivas sobre la responsabilidad de los Estados por

---

<sup>1</sup> El impacto del caso de corrupción de las empresas constructoras en Brasil. Disponible en: <https://www.latercera.com/etiqueta/lavajato/> y el entramado de corrupción en toda la región instalado por la empresa Odebrecht <https://www.dw.com/es/lacadenadecorrupti%C3%B3ndeodebrechtloscasosm%C3%A1s-destacadosenam%C3%A9ricalatina/a46367480> han marcado el tema de corrupción en la región, dándole una nueva dimensión transnacional.

violaciones de derechos humanos vinculadas con corrupción en las que el Informe de la Comisión puede tener un impacto relevante y, finalmente, se proponen algunos ejemplos que dan cuenta del impacto que puede tener en la resolución de casos asumir esta perspectiva amplia que nos propone la CIDH para enfrentar el fenómeno de corrupción en el continente. Cierra el estudio con un apartado con conclusiones.

## II. EL INFORME “DERECHOS HUMANOS Y CORRUPCIÓN” Y LOS DESAFÍOS PARA EL SIDH EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

La Comisión Interamericana, desde 2001, venía haciéndose cargo esporádicamente del impacto de la corrupción en materia de democracia y derechos humanos (CIDH, 2001: párr. 41) y a partir del 2017 comienza a desarrollar una visión integral sobre el tema. Así, la Resolución 1/2017 (CIDH, 2017) abordó el tema de impunidad en Guatemala frente a las violaciones de derechos humanos y lo vinculó con la falta de investigación y castigo de los actos de corrupción y, luego, a través de la Resolución 1/2018 (CIDH, 2018) desarrolló, específicamente, el impacto de la corrupción en los derechos humanos. Finalmente, es a través del informe temático sobre Derechos Humanos y Corrupción, publicado el 31 de diciembre de 2019, donde la CIDH marca una diferencia sustantiva a través de un tratamiento integral y en profundidad de este tema.

El Informe temático (CIDH, 2019) es, sin duda alguna, el esfuerzo más completo que haya hecho un organismo internacional a la fecha para vincular la lucha contra la corrupción con la protección de derechos humanos. El aporte fundamental que hace el Informe es desarrollar una caracterización multidimensional del fenómeno de la corrupción en las Américas y a partir de dicha perspectiva, explicita cuáles son las consecuencias para la protección de los derechos humanos. Este enfoque integral permite configurar una nueva perspectiva de enfrentar la corrupción desde un enfoque de derechos humanos, tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional. A continuación, procedemos a revisar su estructura y contenidos fundamentales.

En el capítulo I, el Informe desarrolla la relación entre la lucha contra la corrupción y la protección de derechos humanos (párr. 25-86). Se revisan antecedentes históricos, conceptuales y de principios que explican

el proceso de convergencia entre la preocupación por la corrupción y la relativa a los derechos humanos. En ese sentido, el primer capítulo fija un marco para comprender que estamos ante dos procesos con distintos antecedentes históricos y conceptuales, pero con claros y evidentes puntos de convergencia y de retroalimentación con un claro potencial para ambas agendas (párr. 86).

El capítulo II es de alguna manera el núcleo del Informe, en tanto, se desarrollan una serie de cuestiones conceptuales que son fundamentales para comprender el fenómeno de corrupción y su relación con los derechos humanos. Así, la CIDH conceptualiza la corrupción en términos amplios y, dando continuidad a su Resolución 1/2018, la define como un abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero) y que daña la institucionalidad democrática, el y los derechos humanos (párr. 90). Es interesante para efectos de una lectura adecuada de la corrupción el hecho de que la CIDH trate explícitamente la responsabilidad de actores privados en materia de corrupción (párr. 94-99) y, particularmente, se refiera al crimen organizado (párr. 100) y al narcotráfico (párr. 101) como agentes de corrupción.

Asimismo, la CIDH describe la corrupción que sufre la región como un fenómeno complejo que se manifiesta a través de formas individuales y cotidianas, en conjunto con prácticas de gran corrupción nacional e internacional (párr. 106). Esta aproximación a la realidad de las Américas le permite a la CIDH concluir que el fenómeno de corrupción presenta en la región características estructurales, donde concurren elementos institucionales (concentración de poder, discrecionalidad, ausencia de control, impunidad) y culturales (tolerancia a la corrupción) que explican la convivencia de distintas formas de corrupción en los países bajo su mandato (párr. 114).<sup>2</sup> Empero, el Informe va más allá en su análisis y denuncia la

---

<sup>2</sup> “En vista de las modalidades anteriormente referidas y la convivencia en las Américas de estas diversas formas de corrupción, desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales, la Comisión considera que el fenómeno de la corrupción en la región es un problema estructural. La corrupción estructural hace referencia a una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad a los actos de corrupción que resultan funcionales a su grupo. Se trata de un diseño institucional que permite y fomenta diversas formas de corrupción,

gran corrupción sistémica o macro corrupción, que en algunos países llega a niveles de complejas formas de captura del Estado, cooptación de instituciones e incluso desviación institucional con fines delictivos (párr. 107-113).

En cuanto a los factores que propician, facilitan y/o generan corrupción, el Informe complejiza el análisis tradicional<sup>3</sup> y deja constancia que la estructuralidad está dada por factores institucionales y culturales. Por una parte, los elementos institucionales se caracterizarían por la debilidad institucional, concentración de poder, amplios espacios de discrecionalidad, falta de control y opacidad, unidos a un alto nivel de impunidad (párr. 116). A ello se suman factores culturales, como es, la normalización y tolerancia de la corrupción en muchas de las sociedades latinoamericanas, llegando en algunos casos a ser una cuestión valorada como una expresión de “viveza” frente a la institucionalidad (párr. 117). Consecuencialmente, para la CIDH, ninguna estrategia de lucha contra la corrupción será eficaz si no se hace cargo de estos elementos institucionales y culturales en su conjunto (párr. 118).

Sostiene el Informe en este mismo capítulo II, que la corrupción tiene un impacto negativo no solo en materia económica, sino que también en el sistema democrático y el Estado de Derecho (párr. 125-135). Además, para la CIDH, la corrupción puede estar ligada directamente a violaciones de derechos humanos y también puede ser indirecta, pero aún constituir un antecedente necesario, previsible y suficiente para que se produzca su violación. Asimismo, en un enfoque novedoso, se analiza (párr. 136-140) la manera en que los distintos tipos de corrupción presentes en la región se vinculan con contextos de violaciones de derechos humanos (masivas y sistemáticas, individuales y estructurales), lo que constituye un insumo interesante para una mirada estratégica por parte de las ONG dedicadas a estas materias según lo veremos más adelante en este estudio. Sobre esta base el Informe desarrolla con profundidad el impacto de la corrupción en materia de derechos económicos, sociales, culturales

---

que se sustentan en elementos culturales de tolerancia de dichas prácticas y cuya solución requiere de una actuación coordinada tanto del aparato estatal como de la ciudadanía, de la comunidad internacional, las empresas y corporaciones” (CIDH, 2019: párr. 114).

<sup>3</sup> El enfoque más utilizado a nivel doctrinario es el propuesto por Robert Klitgaard quien plantea que la corrupción se presenta en situaciones donde existe concentración o monopolio de poder (CP), discrecionalidad en las decisiones (DD) y con bajo control (BC). Así la fórmula tradicional es Corrupción= CP + DD – BC (Klitgaard, 1998).

y ambientales (párr. 147-182) y sobre el derecho a la libertad de expresión (183-245).

El capítulo III es uno fundamental para establecer la conexión entre la corrupción y la responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, la CIDH señala que la corrupción puede estar directa e indirectamente vinculada con una violación de derechos humanos (párr. 136). En consecuencia, la forma de establecer ese vínculo no es otra que verificar el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones generales en materia de derechos humanos (respeto, garantía y no discriminación) en relación con el fenómeno de corrupción. De ahí que el esfuerzo que hace la CIDH para hacer una “lectura” de estas obligaciones en relación con la corrupción es un aporte sustancial, ya que permitirá construir las argumentaciones para futuros casos sobre corrupción ante el sistema internacional y recoger la argumentación de la CIDH para configurar los estándares que obligan a los Estados. Cabe destacar que la CIDH analiza las obligaciones de respeto (párr. 250-252), garantía (párr. 253-269) y no discriminación (párr. 270-272) y, además, trata la obligación de reparación (párr. 273-274) y las obligaciones que surgen para los Estados a la luz de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (párr. 275-283). Volvemos sobre estos elementos más adelante en este estudio.

En el capítulo IV, el Informe desarrolla ampliamente el impacto de la corrupción en aspectos institucionales fundamentales del Estado de Derecho. Por una parte, analiza el impacto de la corrupción en materia de administración de justicia (párr. 285-365). En este apartado, la CIDH destaca el rol de la administración de justicia en la lucha contra la corrupción, tanto como uno de los instrumentos para enfrentar y corregir situaciones de corrupción y también como un órgano que tiene que controlar la actividad de los otros poderes en el marco de una sociedad democrática. Se concluye que la administración de justicia puede ser víctima de actos de corrupción, con lo que se afecta su necesaria independencia; y, también puede ser un agente de corrupción, donde se ve afectada la correcta administración de justicia a los ciudadanos que acceden a ella. Junto con la Administración de Justicia, la CIDH trata, también dentro del Fortalecimiento Institucional, el rol que tiene el aparato electoral en la lucha contra la corrupción (párr. 366-394). El objetivo general de este apartado es analizar el impacto multidimensional de la corrupción en materia de financiamiento de la política y, particularmente, en el ejercicio de los derechos político-electorales (corrupción política en un sentido amplio).

Luego, en el capítulo V, la CIDH realiza un completo análisis sobre el impacto de la corrupción sobre personas y grupos de especial preocupación, sea porque estamos ante víctimas de la corrupción o grupos que se encuentran afectadas por dicho fenómeno en forma agravada y desproporcionada en el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Un primer análisis está dirigido a la situación de personas que están en contextos de riesgo debido a su labor en la lucha contra la corrupción, esto es, defensores de derechos humanos y medioambientalistas (párr. 397-410), periodistas y personas que trabajan en medios de comunicación (párr. 411-413). De la misma forma, dedica un apartado para analizar el impacto que tiene el fenómeno de la corrupción respecto de quienes denuncian actos de corrupción (párr. 414-431). La recomendación de la CIDH en esta materia es reiterar el deber de los Estados de proteger eficazmente a estos actores relevantes en la lucha contra la corrupción bajo estándares propios de la protección de defensores/as de DDHH. Una especial preocupación manifiesta la CIDH en relación con operadores de justicia que sufren amenazas en el cumplimiento de sus funciones (párr. 403); así, el informe recuerda las medidas cautelares que ha dictado para proteger a jueces y juezas en Guatemala y El Salvador y subraya la importancia de que los Estados creen un entorno seguro para los operadores de justicia a través de medidas preventivas y cambios estructurales cuando sea necesario (párr. 405).

En segundo lugar, el Informe (párr. 432-484) aborda el impacto diferenciado que tiene el fenómeno de la corrupción respecto de distintos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos, sea por situaciones particulares en las que se encuentran los titulares de derechos (situaciones de movilidad humana, discapacidad, y de privación de libertad); sea por razones de discriminación histórica, tales como, mujeres, población LGTBI, niñas, niños y adolescentes, afrodescendientes, pueblos indígenas y tribales y personas mayores. Se pone énfasis en las afectaciones desproporcionadas y diferenciadas de la corrupción en estos grupos y la necesidad de mitigar dichos efectos negativos (párr. 432). Estas consideraciones que formula el Informe de la CIDH son fundamentales como estándares mínimos de actuación del Estado para enfrentar un fenómeno (corrupción) respecto de estas personas en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos. La preocupación de los Estados por un trato en condiciones de igualdad y sin discriminación en la

lucha contra la corrupción implica adoptar medidas para enfrentar esta situación de desigualdad sistémica que denuncia la CIDH.

En el capítulo VI, se analiza el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas de lucha contra la corrupción (párr. 485-511). En este apartado se desarrollan los principios que deben estructurar un enfoque desde una perspectiva de derechos humanos para enfrentar el fenómeno de la corrupción (párr. 489-505) y se desarrollan con detalle el principio de igualdad y no discriminación (párr. 489), principio de participación e inclusión social (párr. 490), el acceso a mecanismos de reclamo y acceso a la justicia (párr. 491), la producción y el acceso a la información como garantía de transparencia y rendición de cuentas (párr. 493), la protección prioritaria a grupos en situación de discriminación histórica (párr. 495), la inclusión de la perspectiva de género y diversidad (párr. 496). Sobre las políticas públicas de lucha contra la corrupción, la CIDH va más allá de los aspectos institucionales (necesarios pero insuficientes) y resalta la obligación de los Estados de “adoptar todas las medidas necesarias para erradicar la cultura de tolerancia hacia la corrupción” (párr. 505).

Asimismo, la CIDH destaca el rol que tiene la cooperación internacional para enfrentar eficazmente un fenómeno que excede las fronteras nacionales y aborda aspectos básicos sobre corrupción transnacional y la forma de erradicarla (párr. 506-511). A juicio de la Comisión, esto implica fortalecer mecanismos para facilitar la investigación de casos de corrupción transnacional (párr. 506), atender a la corrupción asociada al comercio internacional (párr. 507), diseñar medidas para la recuperación de activos que permitan reparar a las víctimas de la corrupción (párr. 508) y, en este sentido, la CIDH destaca la importancia de la suscripción de acuerdos de colaboración que faciliten el flujo de información entre Estados (párr. 509).

Finalmente, en los apartados Conclusiones y Recomendaciones se desarrollan una serie de medidas concretas que deben ser adoptados por los Estados y por la propia Comisión para avanzar en la lucha contra la corrupción con un enfoque de derechos humanos y así dar concreción a estos principios en pos de lograr erradicar la corrupción que impide el pleno goce y ejercicio de derechos humanos en la región. Una buena síntesis de esta aproximación es el párrafo con que la CIDH abre este apartado de conclusiones:

La magnitud del fenómeno de corrupción estructural que vive la región y que tiene consecuencias negativas para el sistema democrático, el Estado de Derecho y los derechos humanos requiere esfuerzos proporcionales al problema. Para ello, es necesario que la sociedad civil, los movimientos sociales y toda la población demanden y exijan transformaciones para erradicar la corrupción y un liderazgo político que impulse esos cambios (CIDH, 2019: párr. 512).

En definitiva, es evidente que la idea fuerza que guía las conclusiones del Informe es que el fenómeno de corrupción estructural que sufre la región, que tiene consecuencias negativas para el sistema democrático, el Estado de Derecho y los derechos humanos, requiere esfuerzos proporcionales al problema. La CIDH recuerda que los Estados están obligados a adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia.

Una de estas vías para enfrentar integralmente la corrupción es a través del conocimiento de casos individuales. Sobre este punto, la pregunta relevante es ¿cuál es el aporte del Informe para avanzar en la argumentación para configurar la corrupción como una violación de derechos humanos?

### III. LA CORRUPCIÓN COMO UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. EL PRINCIPAL DESAFÍO PARA EL SISTEMA

El sistema interamericano viene desarrollando una serie de estándares sobre corrupción y derechos humanos a través del mecanismo de casos individuales (Nash, 2020: pp. 289-303). Así, han sido tratados los vínculos entre corrupción y derechos humanos al momento de resolver casos sobre libertad de expresión,<sup>4</sup> casos relativos al derecho a un debido proceso por

---

<sup>4</sup> En los casos de la Comisión Interamericana, ver: CIDH. Informe No. 50/99. Caso 11.739. Héctor Félix Miranda (México). 13 de abril de 1999, párr. 52; CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Víctor Manuel Oropeza (México). 19 de noviembre de 1999, párr. 58; CIDH. Informe No. 7/16. Caso No. 12.213. Aristeu Guida da Silva y Familia (Brasil). 13 de abril de 2016, párr. 171 y 172.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párr. 116, 127 y 128; Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, párr. 88, 90; Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, No. 265, párr. 146.

parte de las personas acusadas de corrupción<sup>5</sup> y también se ha vinculado un contexto de corrupción con violaciones de derechos humanos.<sup>6</sup> Lo que no se ha hecho, ni por la Comisión ni por la Corte Interamericana, es resolver un caso donde la corrupción haya sido considerada la base del ilícito internacional.

A continuación, se analizan los principales elementos que permiten configurar responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos a la luz del Informe (CIDH, 2019) y se evalúa si este instrumento contribuye a construir la argumentación necesaria para que el sistema dé el paso aún pendiente en el proceso de convergencia entre corrupción y derechos humanos, esto es, condenar a un Estado por incumplimientos convencionales basados en actos de corrupción atribuibles a agentes estatales.

### *1. Algunas materias sustantivas sobre responsabilidad internacional del Estado que resuelve el Informe*

En primer lugar, es necesario recordar que, en el ámbito de la protección internacional de derechos humanos, la responsabilidad internacional del Estado (Creutz, 2020; Crawford, 2014; Provost, 2002) se configura cuando se incumple con una obligación en materia de derechos humanos (ilícito internacional) y dicho incumplimiento puede ser atribuido al Estado (CDI, 2001, art. 12).<sup>7</sup> En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”), el ilícito internacional se produce cuando se incumple la obligación de respeto,

---

Una recopilación de casos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana se puede encontrar en Cuadernillo, 2019.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1o. de septiembre de 2011. Serie C, No. 233, párr. 141, 146; Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C, No. 331, párr. 121-140; Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1o. de diciembre de 2016. Serie C, No. 330, párr. 178.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242, párr. 18, 76; Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, No. 351, párr. 241, 242.

<sup>7</sup> “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación” (CDI, 2001: art. 12).

esto es, un agente u organismo estatal incumple directamente el mandato consagrado internacionalmente (acción u omisión); asimismo, se configura el ilícito cuando el Estado incumple con la obligación de garantía de los derechos humanos, esto es, cuando el Estado no adopta las medidas efectivas para un pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. De igual forma, se compromete la responsabilidad internacional cuando los agentes del Estado incumplen con la prohibición de no discriminación.<sup>8</sup>

Consecuencialmente, para que un acto de corrupción pueda ser considerado fuente de una violación de derechos humanos es necesario que se establezca que dicho acto (acción u omisión) tiene la capacidad de infringir una obligación internacional del Estado en materia de derechos humanos (ilícito)<sup>9</sup> y ser atribuido al Estado (atribución).<sup>10</sup>

Podemos distinguir dos hipótesis relevantes sobre el vínculo causal entre corrupción y el ilícito internacional.<sup>11</sup> Por una parte, un acto de corrupción puede ser el motivo o detonante inmediato del incumplimiento de una obligación internacional, es decir, se hace algo prohibido o se deja de hacer algo a lo que se está obligado como consecuencia de la corrupción, pudiendo establecerse un vínculo lógico entre la corrupción y dicha actuación. Por otra, un acto de corrupción puede ser la base material del hecho ilícito (acción u omisión que constituye una infracción del mandato normativo) y, en dicha hipótesis, la corrupción es el ilícito internacional (acto

---

<sup>8</sup> Artículo 1.1 CADH: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>9</sup> “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación” (CDI, 2001: art. 12).

<sup>10</sup> “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado” (CDI, 2001: art. 4.1).

<sup>11</sup> Seguimos en esto a Peters quien usa la expresión “causal link” sobre la base de las reglas internacionales sobre responsabilidad internacional de los Estados, aunque los principios de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por actos ilícitos (CDI, 2001) solo usa esta fórmula para materias reparatorias (Peters, 2015: pp. 49-52).

que constituye el incumplimiento de una obligación del Estado). En ambas hipótesis existe un vínculo necesario y suficiente entre la corrupción y el ilícito internacional, sea indirecto, si el acto corrupto motiva o detona el incumplimiento de una obligación consagrada internacionalmente en materia de derechos humanos; sea directo, si el acto corrupto constituye el incumplimiento normativo.

Establecido el hecho de que estamos ante un ilícito que tiene un vínculo causal con un acto de corrupción (indirecto o directo) se hace necesario determinar si dicho incumplimiento es *atribuible al Estado*. Como los casos de corrupción se caracterizan por ser una trama secreta y muchas veces es imposible establecer toda la cadena de acontecimientos y, en consecuencia, se hace complejo comprobar la causalidad, establecer ampliamente los factores de atribución es útil para vincular la actividad estatal en una determinada trama de corrupción. Estos factores de atribución en materia de derecho internacional de los derechos humanos son los propios del derecho internacional, esto es, debe ser un acto ilícito (acción u omisión) de cualquier órgano estatal o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, si estos actúan en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones (Peters, 2015: pp. 57-62). Por tanto, lo relevante para establecer dicho vínculo es determinar cuál es la obligación de los agentes estatales y, de esta forma, verificar en el caso concreto si se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado a través de actos o situaciones de corrupción.

La forma de configurar esta atribución de responsabilidad es verificando el cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones generales de los órganos del Estado en materia de derechos humanos (Ferrer y Pelayo, 2012: pp. 141-192). Para ello, la clave está en las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación, que concretizan la obligación de cumplir de buena fe los compromisos internacionales del Estado y, a partir de ellas, establecer la forma en que estas obligaciones se relacionan con la corrupción.<sup>12</sup> Atendido el impacto que tiene esta materia en el tema que interesa en este artículo, pasamos a analizar con mayor detalle las contribuciones del Informe.

---

<sup>12</sup> El primer órgano internacional de derechos humanos que ha desarrollado esta materia en forma completa es la CIDH en su Informe temático de 2019 (CIDH, 2019: párr. 102-113).

En primer lugar, en relación con la obligación de respeto, la Comisión ha sido explícita en la relación entre los actos que infringen en mandato normativo con el incumplimiento de la obligación de respeto. Así, ha señalado:

[...] un ilícito internacional en materia de derechos humanos consistirá, en primer lugar, en el incumplimiento de la obligación de respetar el mandato normativo. En materia de corrupción, es posible que el incumplimiento de tal compromiso se encuentre vinculado con un hecho de corrupción que implique que las autoridades estatales actúen de manera contraria a la obligación u omitan una actuación a la que están obligadas. La naturaleza de la obligación estatal puede ser de medio o de resultado y, por tanto, la determinación de su incumplimiento como consecuencia de un hecho de corrupción dependerá de la relación causal en el caso concreto. Por ejemplo, el Comité DESC ha señalado que la obligación de respetar “se vulnera cuando los Estados partes dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos”. Estas formas de incumplimiento se relacionan directamente con hechos de corrupción como fuente de estos actos ilícitos por parte de los Estados e implican una vulneración de derechos consagrados en los instrumentos interamericanos (CIDH, 2019: párr. 252).

Segundo, es interesante el estándar que fija la CIDH en su Informe 2019 frente a las medidas de garantía que debe adoptar el Estado frente a la corrupción, ya que este fija los diversos elementos cuyo incumplimiento configurarían responsabilidad estatal:

En este sentido, los Estados deben adoptar medidas institucionales como legislación, recursos eficaces, procedimientos rápidos y accesibles, y organizativas como sistemas de alerta rápida, evaluación de riesgos, para garantizar una adecuada protección de quienes se ven afectados por la corrupción estructural, tanto por los resultados de la corrupción como por quienes la denuncian y combaten. Estas medidas van desde actuaciones específicas de protección de un individuo amenazado en el goce y ejercicio de sus derechos a medidas de políticas públicas destinadas a crear ambientes propicios para la protección de los derechos humanos como ocurre en el caso de los defensores y defensoras de derechos humanos. La Comisión considera que estas medidas de protección son esenciales para evitar que la corrupción de actores privados o no estatales afecte los derechos humanos (CIDH, 2019: párr. 258).

Asimismo, atendida la realidad regional, la CIDH destaca el deber del Estado de evitar que los actos de corrupción queden en la impunidad, como parte de su obligación de garantía. Esto es trascendente frente a casos de corrupción privada o casos donde no es posible acreditar la participación de agentes estatales en el acto o situación de corrupción, pero sí es posible configurar su responsabilidad por falta de actuación diligente por parte del Estado:

La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación. En el caso de que las conductas en cuestión sean atribuibles a particulares, de no ser investigadas con seriedad, comprometerían la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del deber de actuar e investigar con la debida diligencia. En los casos en los que las conductas en cuestión puedan involucrar la participación de agentes estatales, los Estados tienen una especial obligación de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables (CIDH, 2019: párr. 264).

Finalmente, la CIDH recoge el estándar de debida diligencia, desarrollado en casos de violaciones graves de derechos humanos, que establece que las investigaciones en estos casos deben estar dirigidas a establecer todas las responsabilidades involucradas y no solo respecto de los ejecutores directos y lo aplica a los casos de corrupción:

En casos de corrupción, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas afectaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los involucrados de manera inmediata. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación de casos de corrupción (CIDH, 2019: párr. 267).

Por último, en cuanto a la obligación de no discriminación, la CIDH deja en evidencia que la corrupción genera graves consecuencias para la igualdad, provocando situaciones que afectan el trato igual entre iguales y el trato diferenciado respecto de quienes están en situación de desigualdad real. Así lo ha dejado establecido en su Informe:

Tal como se ha señalado, la corrupción afecta el principio de igualdad en sus dos dimensiones, como una afectación tanto a la igualdad formal como a la igualdad material. Por una parte, es una forma de afectación ilegítima del principio de igualdad formal, ya que a partir de actos o situaciones de corrupción, una persona o sector social recibe un trato privilegiado. Por otra, la corrupción también afecta la igualdad material y, particularmente, la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa para superar las desigualdades estructurales propias de nuestra región (CIDH, 2019: párr. 272).

En definitiva, la atribución de responsabilidad en casos de ilícitos internacionales con base en actos o situaciones de corrupción, está determinada por el incumplimiento de las obligaciones generales del Estado por parte de las autoridades correspondientes en el ámbito de sus competencias. Qué autoridad y de qué forma cumple con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos es una decisión interna del Estado, pero este diseño institucional nunca podrá ser invocado para eximirse de responder internacionalmente ya que la obligación es del Estado en su conjunto y así es evaluado internacionalmente.<sup>13</sup>

Habiéndose establecido los elementos que configuran un ilícito internacional por corrupción y que este incumplimiento es atribuible al Estado, debemos abordar la discusión sobre su nexo causal con el daño. El daño no es un elemento de la responsabilidad internacional, pero sí es un elemento de la violación de derechos humanos porque es el antecedente de una de las consecuencias de la responsabilidad, cual es, la obligación de reparación.<sup>14</sup> El daño es la consecuencia gravosa directa y previsible del hecho ilícito y de ahí que sea posible sostener que un acto corrupto, fuente del ilícito, provoca un daño cuando este es una consecuencia previsible y necesaria de la actuación ilícita.<sup>15</sup> En consecuencia, el daño no es un elemento de la responsabilidad, pero sí es determinante para las reparaciones.

---

<sup>13</sup> “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte” (CDI, 2001: art. 32).

<sup>14</sup> “El ‘perjuicio’ está definido como todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho, aunque cabe señalar que los Artículos no prevén en ningún momento la imposición del pago de una indemnización “punitiva” en beneficio del Estado lesionado, coherentemente con la clara práctica de los Estados al respecto” (Crawford, 2009: p. 6).

<sup>15</sup> La necesidad y previsibilidad son la base de la relación causal en materia jurídica (Peters, 2015: pp. 51 y 52) con base en los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hecho ilícitos (CDI, 2001).

Cuando se produce responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones respecto de algún derecho y dicho ilícito es atribuible al Estado, surge la obligación de reparar integralmente el daño causado.<sup>16</sup> Como sabemos, la reparación consiste en que el Estado se haga cargo de las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos (perjuicio), adoptando medidas de restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición respecto de la víctima directa e indirecta y la sociedad en su conjunto.<sup>17</sup>

En materia de corrupción, para reparar integralmente el daño provocado se debe identificar cuáles son las víctimas directas, indirectas, potenciales y la forma en que la infracción normativa afecta a la sociedad en su conjunto.<sup>18</sup> En consecuencia, es necesario determinar adecuadamente el origen del actuar ilícito de los agentes estatales, ya que esta es la única forma para poder exigir del Estado que repare integralmente el daño y disponga medidas para prevenir que este vuelva a producirse. Por ello, si el acto de corrupción configura, genera o coadyuva la producción del ilícito atribuible al Estado, se deben tomar medidas correctivas para que dicha situación no vuelva a suceder.

En este sentido, una mirada amplia a los daños ocasionado por el acto de corrupción, le permite a la CIDH concluir que:

Cuando se produce responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones generales respecto de algún derecho y dicho ilícito es atribuible al Estado, surge la obligación de reparar integralmente a las víctimas de

---

<sup>16</sup> “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado” (CDI, 2001, art. 32).

<sup>17</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx> recuperado 22 de mayo de 2021.

<sup>18</sup> De ahí la relevancia de que la conceptualización que propone la CIDH sobre corrupción incorpore la infracción normativa, ya que esto permite ampliar los alcances del daño a la sociedad en su conjunto. Recordemos que la CIDH conceptualiza la corrupción como “el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y los derechos humanos” (CIDH, 2019: párr. 88).

corrupción que constituyan violaciones de derechos humanos. La reparación consiste en asumir las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos, adoptando medidas de restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición respecto de la víctima directa e indirecta y la sociedad en su conjunto. La obligación de reparar es relevante en materia de corrupción porque “desde una perspectiva de derechos humanos, los Estados tienen la obligación no solo de enjuiciar esos delitos, sino también de adoptar medidas para combatir las repercusiones negativas de este fenómeno”. Para reparar el daño provocado a las víctimas directas e indirectas es necesario determinar adecuadamente el origen del actuar ilícito de los agentes estatales. Esta es la única forma en que los Estados pueden reparar integralmente el daño y prevenir que este vuelva a producirse. Por ello, independiente de si el acto o situación de corrupción configura, motiva o coadyuva la producción del ilícito, es relevante establecer dicho vínculo para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos (CIDH, 2019: párr. 273).

Esta aproximación se reitera al momento de plantear las conclusiones y recomendaciones a los Estados, donde la CIDH señala:

La Comisión entiende que las medidas de reparación son un elemento central en políticas públicas de lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos. Cuando la corrupción genera o coadyuva a que se produzca una violación de derechos humanos, es fundamental que los Estados asuman la responsabilidad de reparar a las víctimas. Una política integral de reparaciones no puede limitarse a investigar, restituir, rehabilitar e indemnizar a las víctimas directas. Por el contrario, la finalidad debe ser además la de promover la justicia y fortalecer el estado democrático de derecho en la región como una cuestión colectiva (CIDH, 2019: párr. 521).

Además, en el marco de la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana (Correa, 2019: pp. 1019-1099; Barrera, 2018: pp. 69-87) se ha desarrollado ampliamente la obligación de los Estados de adoptar medidas para evitar que la violación de derechos humanos vuelva a ocurrir (garantías de no repetición).<sup>19</sup> Esta es una cuestión particularmente relevante cuando la fuente del ilícito es un hecho de corrupción; en efecto, si la fuente del ilícito es la corrupción, deben tomarse acciones para sancio-

---

<sup>19</sup> Una completa recopilación jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de reparaciones en: Cuadernillo, 2021.

nar al agente estatal por el acto de corrupción y perseguirse a todos los involucrados (incluidos agentes privados); deben adoptarse medidas para establecer si este hecho es parte de una práctica común y las razones que la han permitido; se deben analizar otros casos similares donde se sospeche corrupción para establecer si se está ante un patrón sistemático y adoptar los remedios pertinentes; y si se está ante una red de corrupción, se deben adoptar las medidas para desarticularla, entre otras medidas.<sup>20</sup> De esta forma, es evidente que establecer la corrupción como la fuente del ilícito sí tiene consecuencias jurídicas relevantes para la resolución adecuada de un caso y, en consecuencia, es posible afirmar que la violación de derechos humanos tiene su origen en un acto o sistema de corrupción.

En este sentido, el Informe de la Comisión, en relación con casos especialmente complejos de macro corrupción, señala:

En casos de gran corrupción y macro corrupción, cuando el Estado producto de la corrupción no ha podido garantizar plenamente y hasta el máximo de sus recursos los derechos sociales, producto de distintas formas de corrupción, es necesario que el Estado adopte las medidas para revertir esa situación y, asimismo, debe establecer las reparaciones a las víctimas. Cuando la corrupción adquiere connotaciones sistémicas, o un servicio público es cooptado por intereses privados de manera que le impide cumplir con sus obligaciones, el Estado debe adoptar medidas inmediatas para hacer cesar con la situación irregular y dotar al servicio de los recursos para cumplir sus fines (CIDH, 2019: párr. 517).

Enfrentado a un fenómeno estructural de corrupción (CIDH, 2019: párr. 114), la Comisión establece que las medidas que debe adoptar el Estado son las propias de las formas agravadas de violación de derechos humanos, esto es, establecer la verdad, investigar y sancionar a los responsables y reparar integralmente a las víctimas, lo que en materia de corrupción incluye la recuperación de activos:

...los Estados deben adoptar medidas legislativas para prohibir los actos de corrupción, establecer sanciones proporcionales y, sobre todo, adecuar los

---

<sup>20</sup> Sobre la posibilidad de establecer medidas de reparación integral que impliquen cuestiones estructurales, ver Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, No. 318.

sistemas de control y sanción para que dichos órganos y organismos estatales puedan investigar eficazmente los casos de corrupción, particularmente los más graves, y así establecer la verdad de estos hechos, sancionar y ejecutar las sanciones y recuperar los productos ilícitos obtenidos mediante corrupción (CIDH, 2019, párr. 268).

En síntesis, el Informe de la Comisión Interamericana sobre “Derechos Humanos y Corrupción” es un aporte sustantivo para construir un sólido argumento sobre la corrupción como un acto que configura responsabilidad internacional del Estado y cuya reparación debe asumir dicha afectación multidimensional a los derechos humanos. Efectivamente, el Informe aporta elementos sustantivos para establecer un claro vínculo entre las obligaciones del Estado y corrupción, lo que también permite configurar un ilícito internacional atribuible al Estado, se hace cargo del tema del nexo de causalidad entre el ilícito y el daño por casos de corrupción y contribuye a la clarificación de los alcances de una reparación integral en casos de daños ocasionados por la corrupción en los derechos humanos de las víctimas. También el Informe es un aporte para clarificar los alcances de formas complejas de corrupción en las obligaciones del Estado vinculadas con derechos humanos.

## *2. Algunos ejemplos del potencial de asumir el sentido de integralidad propuesto por el Informe 2019*

¿Cuál es el impacto práctico que puede tener este nuevo enfoque integral que propone el Informe 2019? Algunos ejemplos nos pueden ayudar a entender el potencial de asumir el enfoque integral que propone la Comisión en su informe temático 2019 al momento de resolver casos que vinculan corrupción con violaciones de derechos humanos.

a) Un primer ejemplo lo tenemos a partir de un caso ya resuelto por la Corte Interamericana.<sup>21</sup> Así, cabe recordar el análisis realizado por la Corte IDH en un caso sobre adopciones ilegales en Guatemala, donde dicho tribunal internacional estableció explícitamente un vínculo entre un contexto de corrupción y el impacto negativo en los derechos humanos de los niños

---

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, No. 351.

y niñas adoptados ilegalmente y de sus padres biológicos.<sup>22</sup> Si bien la Corte señaló que existía un “impacto negativo” en el goce y ejercicio de derechos por el “marco de corrupción” que rodeaba las adopciones ilegales en Guatemala, no dio el paso necesario para considerar que dicho contexto de corrupción constituía parte de una violación estructural de derechos humanos (Nash y Núñez, 2020), cuestión perfectamente posible de establecer a la luz de los hechos acreditados en el caso. Sin dar este paso, no le es posible a la Corte disponer medidas de reparación que busquen erradicar la corrupción que permitió o facilitó la práctica de las adopciones ilegales.

En efecto, la Corte, a partir de un análisis multidimensional como el que propone el Informe de la CIDH, podría haber establecido que la omisión por parte del Estado de sus obligaciones de control y protección con base en el “marco de corrupción” (situación de corrupción), impidió que los diversos agentes estatales involucrados en los casos de adopción ilegal en Guatemala cumplieran con el deber de tomar las medidas adecuadas para la efectiva protección de los derechos de niños y niñas adoptados ilegalmente (art. 19 CADH) y tampoco garantizó la unidad familiar (art. 17 CADH), ni el derecho a la personalidad jurídica (art. 3o. CADH); asimismo, dicho “marco de corrupción” no permitió que se investigara y sancionara adecuadamente a todos los responsables por los delitos cometidos (arts. 1.1, 25.1 y 8.1 CADH). Haber hecho este análisis y no solo una declaración genérica de contexto, le habría permitido a la Corte dar por establecido un ilícito internacional que tiene su fuente en la corrupción y así configurar un nexo de causalidad entre el daño a los derechos humanos

---

<sup>22</sup> “La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos” (Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, No. 351: párr. 242).

de las víctimas y la corrupción estatal (el daño era previsible y suficiente a partir del marco de corrupción) y, en consecuencia, habría podido disponer medidas de reparación integral destinadas a erradicar la corrupción en materia de adopciones internacionales.

Tal como se sostiene a lo largo de este artículo, establecer un vínculo jurídicamente relevante entre el incumplimiento de la obligación general y la situación de corrupción permite a los órganos internacionales disponer legítimamente medidas de reparación adecuadas para corregir la situación base de corrupción, fuente de la violación de derechos humanos.<sup>23</sup> Avanzar en esta línea argumentativa sería tomarse, efectivamente, en serio el vínculo contextual entre corrupción y derechos humanos.

b) Un segundo ejemplo surge de una situación de violación de derechos humanos presente en varios países de la región: casos de macro-corrupción y su impacto en los derechos económicos y sociales. Efectivamente, algunos casos recientes de connotación en la región (caso Honduras, Argentina, Brasil, Guatemala)<sup>24</sup> nos permiten mostrar formas ya no meramente individuales de abuso de posiciones de poder (actos de corrupción), sino institucionales (situaciones de corrupción), en que el fenómeno de la corrupción a través de la captura institucional impacta en el goce y ejercicio de derechos humanos como vida, salud, integridad personal o libertad de expresión.

Tomemos el caso de la entrega de remedios adulterados o el mal estado por parte de instituciones aquejadas de corrupción en Honduras (Maccih, 2017). Aquí es la situación institucional de corrupción la que impide el cumplimiento de la obligación del Estado de proveer medicamentos de calidad y aptos para su fin propio (corrupción es la fuente del ilícito); di-

---

<sup>23</sup> Establecer las fuentes del incumplimiento es una práctica común en el razonamiento internacional. Así, el racismo, la xenofobia, la homofobia, la intolerancia religiosa o política son motivaciones que configuran el ilícito internacional como un acto complejo que es relevante para establecer medidas de prevención y reparación. No considerar las motivaciones impide dimensionar el ilícito en toda su magnitud. Esto no debe ser confundido con el elemento subjetivo de la responsabilidad internacional (dolo o culpa) relacionada con la intención de comprometer la responsabilidad internacional del Estado cuestión irrelevante para establecer el ilícito internacional.

<sup>24</sup> Ver casos nacionales de 9 países de la región en: Nash y Fuchs, 2020. Respecto de Honduras se analiza el caso del Instituto Hondureño de Seguridad Social; en Argentina, el caso “tragedia de Once” sobre el accidente en la estación ferroviaria de Once en 2012; en Brasil, se analiza el caso Lava Jato; y, en Guatemala, la corrupción en el poder judicial. Todos estos casos y otros analizados en el libro dan cuenta de la complejidad y extensión del fenómeno estructural de corrupción en la región.

cho reparto de medicamentos adulterados provoca un daño en la salud de los individuos a los que se hizo entrega de los mismos; entre el ilícito y el daño hay un nexo causal ya que el deterioro en la salud e incluso la muerte es una consecuencia previsible y necesaria de la entrega de estos medicamentos adulterados o en mal estado.

Este ejemplo nos sirve para ilustrar las posibilidades de configurar un nexo causal en aquellas situaciones donde hay una cadena de acontecimientos entre el acto de corrupción y el daño. En estos casos, es posible establecer un vínculo de suficiencia entre causales concurrentes (Peters, 2015: pp. 53 y 54; Fuchs y Ávila, 2019: pp. 319-348), esto es, una situación en la que no es necesario acreditar que todas las acciones ocasionan el daño y basta con acreditar que el daño es una consecuencia previsible del actuar ilícito.<sup>25</sup> En el ejemplo de marras, el daño en el deterioro de la salud de quienes reciben medicamentos adulterados, sus familias y la comunidad en la que están insertas las víctimas, es una consecuencia previsible, esto es, donde se puede anticipar un perjuicio a la salud por la no entrega de los medicamentos de calidad, sino alterados con ocasión de la corrupción que desvió los fondos asignados a la compra de dichos medicamentos.

En consecuencia, las medidas de reparación (compensación, rehabilitación, satisfacción) deben sumarse a otras relacionadas con la situación de corrupción, tales como, la intervención de la institución de seguridad social, la reforma de su gestión, el establecimiento de controles (no repetición); asimismo, se debe investigar y sancionar penalmente a los responsables de los actos de malversación de fondos y por los ilícitos asociados a los derechos violados (salud, vida).

Asimismo, si estamos ante víctimas que son partes de grupos históricamente discriminados, las medidas de no repetición deben ser más amplias y profundas, generando no solo una corrección de la situación, sino que también una transformación de la misma.<sup>26</sup> Esto da sustento para que or-

---

<sup>25</sup> En la discusión de los principios sobre la reparación internacional del Estado por hechos ilícitos, el Relator Crawford dejó establecido que “Es cierto que puede haber casos en que proceda imputar un elemento identificable del daño a una sola de varias causas concurrentes. Sin embargo, a menos que pueda demostrarse que parte del daño obedecía a una causa distinta de la del daño imputado al Estado responsable, debe imputarse a éste la responsabilidad de todas las consecuencias (que no sean indirectas o remotas) de su comportamiento ilícito [...]” (Crawford, 2000: párr. 35).

<sup>26</sup> Sobre la relación entre medida de restitución y de transformación conforme al contexto, ver: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.

ganismos internacionales de derechos humanos y también a nivel interno puedan disponer medidas concretas de políticas públicas vinculadas con la erradicación de la corrupción y los elementos que la han permitido.

c) Finalmente, podemos tomar de muestra una situación aún más compleja de corrupción. En nuestro continente no es extraño que se presenten formas de corrupción donde existe una relación entre el aparato estatal, a través de funcionarios corruptos, asociado con el crimen organizado (OSI, 2016). Al configurarse estas formas complejas de relación entre aparato estatal y crimen organizado, la corrupción pasa a ser parte del actuar cotidiano de los órganos estatales, distorsionando completamente el rol del Estado y sus instituciones. Casos como la matanza de San Fernando (CNDH, 2013) o el de Ayotzinapa (CIDH, 2018b) en México dan cuenta de los extremos a los que puede llegar la asociación entre el aparato del Estado y el crimen organizado.<sup>27</sup>

Un ejemplo relevante del impacto agravado en materia de derechos humanos del crimen organizado y su vinculación con corrupción es en materia de trata de personas.<sup>28</sup> Para que pueda desarrollarse el fenómeno de trata de personas es necesario contar con la colaboración de autoridades estatales. Esto hace que la corrupción esté íntimamente ligada a todo el fenómeno ilegal tras la trata de personas.<sup>29</sup> Aquí se dan varias situaciones de contexto que son relevantes desde la perspectiva de derechos humanos. Por una parte, cuando la corrupción permite que autoridades

---

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párr. 450. En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239: párr. 267.

<sup>27</sup> Un completo estudio sobre el fenómeno de corrupción en México, ver: Vásquez *et al.* (2017).

<sup>28</sup> La Corte ha señalado que los elementos que configuran el ilícito de trata de personas son: “i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación” (Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, No. 318: párr. 290).

<sup>29</sup> En el sistema interamericano ver: CIDH (2015); en Naciones Unidas, ver: Comité de Derechos Humanos, 2005: párr. 15; Mbonu, 2005: párr. 20.

estatales colaboren con organizaciones dedicadas a la trata de personas, sea facilitando documentación, absteniéndose de controlar los pasos fronterizos o no investigando situaciones sospechosas de trata (hay actos que por sí mismo no violan derechos humanos, pero unidos a otros elementos sí permiten la violación). Otro espacio donde la corrupción y la trata están estrechamente vinculadas es en el proceso de lavado de dinero. El dinero producto de la trata de personas se introduce a los mercados lícitos a través de diversos actos que pueden fomentar la corrupción.

En este sentido, cuando el Estado no investiga el lavado de activos o el flujo del dinero a través de transacciones internacionales, entre otros, está facilitando la violencia contra las víctimas de tráfico de personas en la región (no está garantizando los derechos al generar formas de impunidad y permitiendo mantener la base del negocio que es la obtención de beneficios económicos ilícitos).<sup>30</sup>

Así las cosas, cuando se producen situaciones de este tipo, el Estado tiene una responsabilidad agravada de desarticular estos sistemas criminales, perseguir y sancionar a los responsables y, además, tomar las medidas institucionales para que estos hechos no vuelvan a repetirse (Fuchs, 2019).

En este sentido, en un caso de violaciones de derechos humanos ante el sistema de casos individuales que no solo describa la trata de personas como una forma de esclavitud moderna,<sup>31</sup> sino que establezca las circunstancias de contexto que permiten dichas prácticas y las deficiencias del Estado para enfrentar y erradicar dicho fenómeno, permitiría que los órganos de control jurisdiccional (nacionales e internacionales), puedan abordar los elementos basales de estos crímenes. Para ello, es necesario enfrentar

---

<sup>30</sup> “Sin duda, la forma que comúnmente se asocia con corrupción es el soborno, tanto público y privado, como de carácter nacional e internacional. En el mismo sentido, la malversación de fondos públicos es otra forma de corrupción ampliamente desarrollada y con graves impactos para el erario público. Vinculado con ambas prácticas, se encuentra la práctica de blanqueo o lavado de dinero. Lo anterior, dado que para que los frutos monetarios de la corrupción puedan ser utilizados, es necesario insertarlos en los procesos económicos lícitos, por ello es necesario implementar procesos que permitan este fin. La existencia de paraísos fiscales, la creciente industria de las empresas offshore, o fuera del país, sin la adecuada regulación y vigilancia y más recientemente las criptomonedas, dan cuenta que esta parte del fenómeno de la corrupción” (CIDH, 2019: párr. 104)

<sup>31</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, No. 318: párr. 289-290; *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, No. 351: párr. 310-312.

el fenómeno de la trata de personas y los actos de corrupción que son coadyuvantes y permiten dicho ilícito.

Esto permitiría que los órganos de protección razonaran en el sentido de que si la corrupción facilita y promueve una forma especialmente dañina de violación de derechos humanos como es la trata de personas que afecta preferentemente a mujeres, niños y niñas en todo el mundo, el Estado debe adoptar las medidas de corrección eficaces como parte de la obligación de garantía. Si eso no ha ocurrido, más allá de si es posible acreditar el vínculo entre agentes estatales y el crimen organizado, sí es posible establecer la responsabilidad del Estado por su falta de respuesta eficaz frente a dichas prácticas. En consecuencia, los organismos de derechos humanos podrían condenar al Estado a adoptar medidas de garantía de no repetición por medio de políticas públicas destinadas a modificar los elementos institucionales que permiten estas prácticas.<sup>32</sup>

En síntesis, un enfoque integral como el que propone la CIDH en su Informe 2019 permite mejorar la protección de derechos humanos vinculados con corrupción al momento de resolver casos individuales.

#### IV. CONCLUSIONES

Hemos visto en este estudio que el tema de corrupción dejó de ser una cuestión ajena a los derechos humanos y se plantea cada vez más fluidamente los impactos que este fenómeno tiene en la plena vigencia de los derechos humanos. A la fecha, el acercamiento de los órganos de protección de derechos humanos al tema de la corrupción ha ido *in crescendo*, y es posible observar cómo se incorpora al análisis del contexto en el que se dan las violaciones de derechos humanos en los Estados; en cambio, en el análisis de los derechos, todavía no hay una interpretación que incorpore la variable de corrupción al momento de fijar el contenido y alcance de los

---

<sup>32</sup> “Finalmente, una situación aún más grave se produce cuando la trata y/o el tráfico de personas es organizado desde el propio aparato estatal. Para que sean agentes del Estado los que lideran las bandas destinadas al comercio ilícito, incluida la trata de personas, no basta con actos individuales o aislados de corrupción, sino que requiere la cooptación institucional, con una compleja composición de actos legales e ilegales, por parte de actores estatales, privados y delincuencia organizada. Cuando se producen situaciones de este tipo el Estado tiene una responsabilidad agravada y la obligación de desarticular estos sistemas criminales, perseguir y sancionar a los responsables, además de tomar las medidas institucionales para que estos hechos no vuelvan a repetirse” (CIDH, 2019: párr. 459).

derechos o las obligaciones generales, salvo en materia de derechos de las personas acusadas de corrupción; y en cuanto a las medidas que se disponen, estas aún son muy generales.

En este contexto, el Informe temático “Derechos Humanos y Corrupción: Estándares interamericanos” es un aporte sustantivo al haber desarrollado el vínculo entre los elementos propios de la responsabilidad internacional del Estado con el complejo fenómeno de corrupción presente en las Américas. Así, hemos visto que un enfoque integral para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la región como el que propone el Informe temático de la CIDH nos permite resolver materias sustantivas sobre responsabilidad internacional del Estado y mejora la aproximación práctica a los casos que pueden ser tratados por los órganos los derechos humanos a través del mecanismo de casos individuales.

El hecho de que aún no hayan casos donde los Estados hayan sido condenados por actos de corrupción por parte de sus agentes ha impedido vincular el fenómeno de corrupción con la protección contenciosa de los derechos humanos; no ha permitido visibilizar a las víctimas y, en consecuencia, da espacio para que se siga viendo este como un fenómeno “con víctimas”; y, finalmente, tampoco ha permitido desarrollar un cuerpo coherente de medidas de reparación enfocadas en el fenómeno de corrupción, sus causas y factores facilitadores.

Para que estas cuestiones se hagan realidad es necesario contar con una sólida construcción de los elementos propios de la responsabilidad internacional del Estado por ilícitos en materia de derechos humanos y, es en este ámbito, donde el Informe de la CIDH puede ser un punto de inflexión en el debate regional. En efecto, si los órganos del sistema interamericano, la propia Comisión y la Corte Interamericana, asumen seriamente los estándares desarrollados en el Informe 2019 podríamos estar ante una nueva forma de enfrentar la corrupción con un enfoque de derechos humanos que ponga a las víctimas en el centro de las prioridades. Ese sería un gran paso en la historia de la protección de los derechos humanos en las Américas.

Finalmente, el proceso de convergencia de ambos temas tiene un enorme potencial que en los próximos años debiera verse reflejado en temas relevantes para la protección de derechos humanos en la región como son las medidas de reparación y, particularmente, el rol que pueden jugar las garantías de no repetición como un instrumento de lucha internacional

contra la corrupción, son cuestiones que seguramente estarán en la agenda interamericana.

Estas herramientas debieran permitir que a través del litigio estratégico se identifiquen situaciones que le permitan a los órganos del sistema interamericano ver, analizar y juzgar los casos de actos de corrupción como violaciones (directas o indirectas) a derechos humanos.

## V. REFERENCIAS

- BARRERA, L. (2018). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. *Ratio Juris UNAULA*, 12(25), 69-87. Disponible en: <https://doi.org/10.24142/raju.v12n25a4> (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Cuadernillo, 2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 23. Corrupción y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo23.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Cuadernillo, 2021). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 32. Medidas de Reparación. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo32.pdf>
- CORREA, C. (2019). Artículo 63 (Reparaciones). En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- CRAWFORD, J. (2000). *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial*. A/CN.4/507 y Add.1 a 4.
- CRAWFORD, J. (2002). *State Responsibility: The General Part*. Cambridge. Cambridge Studies in International and Comparative Law.
- CRAWFORD, J. (2009). *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Disponible en: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf) (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- CREUTZ, K. (2020). *State Responsibility in the International Legal Order: A Critical Appraisal*. Cambridge. Cambridge University Press, 2020.

- FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO, C. (2012). La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*. Año 10, núm. 2. Chile.
- FUCHS, M. (2019). *III Conversatorio en jurisprudencia interamericana sobre trata de personas y formas contemporáneas de esclavitud (2019)*. Programa Estado de Derecho de la fundación Konrad Adenauer e Instituto Democracia y Derechos Humanos (Pontificia Universidad Católica del Perú). Disponible en: [https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wcontent/uploads/2019/11/21202644/trata\\_documento.pdf](https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wcontent/uploads/2019/11/21202644/trata_documento.pdf) (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- FUCHS, M. y ÁVILA, L. (2019). Hacia una agenda interamericana de combate a la corrupción con perspectiva de derechos humanos. En *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Brasil: Editora Jus Podivm.
- KLITGAARD, R. (1998). *La cooperación internacional contra la corrupción*. Disponible en: [https://19972001.state.gov/global/narcotics\\_law/global\\_forum/F600espaocr.pdf](https://19972001.state.gov/global/narcotics_law/global_forum/F600espaocr.pdf). (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- MBONU, C. (2005). *Informe preliminar de la Relatora Especial. La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales*. Relatora Especial, Christy Mbonu, E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005.
- NASH, C. (2020). Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Corrupción. En *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*. España. Tirant lo Blanch.
- NASH, C. y NÚÑEZ, C. (2020). *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos*. México. Editorial Tirant lo Blanch.
- NASH, C. y FUCHS, M. (2020). *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Estudio de Casos*. España. Tirant lo Blanche.
- OPEN SOCIETY INSTITUTE (2016) *Innegables atrocidades: Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/5d386d1757aa4b74b89643883af55574/undeniableatrocitiesesp2ndedition.pdf> (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).

- PETERS, A. (2015). *Corruption and Human Rights*. Working Series Papers No. 20, Suiza. Basel Institute on Governance.
- PROVOST, R. (2002). *State responsibility in international law*. New York. Routledge.
- VÁSQUEZ, D. *et al.* (2017). Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas. Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/DHCorrupcion-Mexico.pdf>

### 1. *Jurisprudencia Casos Individuales Comisión Interamericana*

- CIDH. Informe No. 50/99. Caso 11.739. Héctor Félix Miranda (México). 13 de abril de 1999.
- CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Víctor Manuel Oropeza (México). 19 de noviembre de 1999.
- CIDH. Informe No. 7/16. Caso No. 12.213. Aristeu Guida da Silva y Familia (Brasil). 13 de abril de 2016.

### 2. *Jurisprudencia Contenciosa Corte Interamericana*

- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205.
- Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, No. 233.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239.
- Corte IDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242.

Corte IDH. Caso *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, No. 265.

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, No. 318.

Corte IDH. Caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1o. de diciembre de 2016. Serie C, No. 330.

Corte IDH. Caso *Zegarra Marín vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C, No. 331.

Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, No. 351.

### 3. *Resoluciones Organismos Nacionales e Internacionales*

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL (2001). Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53a. periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser. /L/VII.110 doc. 52, 9 de marzo 2001.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 diciembre 2015.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Resolución Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción*. Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018). Resolución 1/18 *Corrupción y Derechos Humanos*. 2 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion118es.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018b), Informe Final Mecanismo Especial de Seguimiento al Asunto Ayotzinapa. 25 de noviembre de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MESAes.pdf> (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CIDH, (2019) *Informe Temático Corrupción y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, Resolución de 6 de diciembre de 2019.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). Recomendación No. 80/2013. *Caso de privación de la vida de 72 personas migrantes y atentados a la vida de los extranjeros v73 y v74, en el municipio de San Fernando, Tamaulipas*. México, D. F., 23 de diciembre de 2013. Disponible en: [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/REC\\_2013\\_080.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/REC_2013_080.pdf) (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2005). *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto, CCPR/C/BRA/CO/2*, 1o. de diciembre 2005.
- MISIÓN DE APOYO CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD EN HONDURAS (MACCIH) (2017). Reporte No. 6. *Análisis y Recomendaciones al Proyecto de Ley del Seguro Social: "Para que los hechos no se repitan"*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/ReporteMACCIH62609FINAL.pdf> (fecha de consulta 22 de mayo de 2021).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Regresión por Transformación: cambio constitucional en tiempos de la denominada “Cuarta Transformación”

### *Regression Through Transformation: Constitutional Change in Times of the so Called “Fourth Transformation”*

Recepción: 10 de junio de 2020

Aceptación: 23 de mayo de 2021

Jaime OLAIZ GONZÁLEZ\*

RESUMEN. Desde 2018, México atraviesa un proceso radical de transformación política. Este artículo explora la forma en que la nueva élite del poder ha predicado sus particulares perspectivas en clave de cambio constitucional. A través del prisma de la influyente teoría de Bruce Ackerman sobre las vías contemporáneas del constitucionalismo, se examina el nuevo ciclo de transformación impulsado por el nuevo gobierno, para determinar si su narrativa se acerca a los patrones del constitucionalismo revolucionario o, por el contrario, está más en sintonía con una estrategia preservacionista de cambio constitucional, que en el artículo se describe como regresión por transformación.

**Palabras clave:** cambio constitucional, transformaciones políticas, regresión por transformación, dualismo constitucional.

*ABSTRACT.* Since 2018, Mexico is passing through a radical process of political transformation. This article explores how the new power elite has predicated its particular perspectives on constitutional change. Through the focal lenses of Bruce Ackerman's influential theory on contemporary paths to constitutionalism, it examines the new cycle of political and constitutional transformation promoted by the new government and is put into test to ascertain if its narrative resembles the patterns of revolutionary constitutionalism or, to the contrary, is more in tune with preservationist strategies for constitutional change that the article portrays as regression through transformation.

**Keywords:** constitutional change, political transformations, regression through transformation, constitutional dualism.

---

\* Profesor de Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México). Correo electrónico: [jolaiz@up.edu.mx](mailto:jolaiz@up.edu.mx). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5723-8947>.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones preliminares*. III. *Rasgos de legitimidad*. IV. *Anomia y concentración de poder*. V. *Marginalidad constitucional. El caso de las consultas populares*. VI. *Regresión por transformación*. VII. *Dualismo democrático como estrategia de transformación constitucional*. VIII. *A modo de conclusión*. IX. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante sus 103 años de existencia, la Constitución mexicana ha comprendido varios regímenes que han resultado de procesos de transformación política dentro de un mismo orden constitucional: el régimen pos-revolucionario (1917-1923), el periodo de creación de las instituciones (1924-1928), el nacimiento del nacionalismo revolucionario (1929-1946), el periodo del desarrollo estabilizador (1947-1969), el proceso de liberalización política y económica (1970-1997) y la consolidación democrática (1998-2018). Durante ese amplio trayecto, la Constitución ha experimentado 742 modificaciones<sup>1</sup> a través de 235 decretos de reforma constitucional promulgados desde 1917.<sup>2</sup> La dinámica de cambio constitucional que ha prevalecido durante poco más de un siglo proviene del mecanismo establecido en el artículo 135 constitucional que prevé que el Congreso de la Unión podrá adicionar o reformar la Constitución, mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes y la mayoría de las legislaturas de los Estados.<sup>3</sup> La naturaleza derivativa de la Constitución

<sup>1</sup> Véase [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm) (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020). Véase también Soberanes, J. M. (2015, pp. 6 y 7).

<sup>2</sup> Véase [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM\\_sumario\\_crono.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf) (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020). Este sumario consideraba hasta el decreto de reforma constitucional del artículo 2o. de la Constitución, del 9 de agosto de 2019. Después de esa fecha, se promulgaron dos decretos más de reforma constitucional: uno el 20 de diciembre de 2019 en materia de consulta popular y revocación de mandato, y otro del 6 de marzo de 2020 para prohibir las condonaciones y exenciones de impuestos. Ambas reformas serán tratadas en este trabajo.

<sup>3</sup> Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de

mexicana,<sup>4</sup> desde sus orígenes en 1824, replicó como estrategia formal de cambio constitucional el mecanismo de enmienda previsto en el Artículo V de la Constitución estadounidense.<sup>5</sup>

En el caso de México, resulta relativamente sencillo reformar la Constitución. Basta que un partido político o coalición de partidos obtenga una mayoría suficiente en ambas Cámaras y en las legislaturas de los estados, para producir cambios constitucionales. Esta característica corresponde a lo que, en la teoría de Bruce Ackerman, se denomina *monismo constitucional*, en contraste al otro camino de cambio a la constitución, que llama *dualismo constitucional* (Ackerman, B., 1991: pp. 6 y 7). Ambos sistemas serán analizados más adelante en el marco del actual proceso autoritativo de toma de decisiones.<sup>6</sup>

---

haber sido aprobadas las adiciones o reformas. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/135.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>4</sup> La gran paradoja es que la naturaleza derivativa del constitucionalismo en México replicó instituciones y procedimientos de la Constitución estadounidense de 1787, pero omitió el fomento de una cultura constitucional de movilizaciones masivas que en ocasiones fundamentales reivindicaran la propiedad del Pueblo sobre la constitución, en lugar de dejar sus procesos de cambio constitucional en manos de las élites gobernantes. Una explicación de esta paradoja respecto del referente estadounidense es que, a diferencia de su experiencia fundacional, en el caso de México en sus orígenes como nación independiente, ya contaba con un sistema de organización social preexistente que le obligaba a resolver el acomodo de las instituciones políticas previas -la Iglesia, el Ejército y las élites locales, principalmente- en el nuevo arreglo constitucional. Para comprender el excepcionalismo estadounidense, véase Huntington, S. (1972, p. 17).

<sup>5</sup> Article V. The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate. Disponible en: <https://www.archives.gov/federalregister/constitution/articlev.html> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>6</sup> De acuerdo con los postulados de Michael Reisman (Reisman, M., 1996: p. 605), los procesos autoritativos de toma de decisiones se refieren “a aquella porción de la actividad de un grupo que se relaciona con el establecimiento, mantenimiento o cambio de instituciones y procedimientos fundamentales para la toma de decisiones. Desde una

Los estudios recientes sobre cambio constitucional en México lo abordan principalmente desde la perspectiva del mecanismo formal de reforma previsto en el artículo 135 (Serna, J.M., 2018: p. 495-516). Y no podría ser de otra manera: al reivindicarse monista, el sistema constitucional mexicano no se ha equipado de instituciones y procedimientos que permitan modificar el texto constitucional más allá de su mecanismo convencional. La longevidad de la Constitución y su capacidad de adaptación demuestran que el mecanismo ha sido y puede seguir siendo funcional y susceptible de mejoras (Carpizo, J., 2011: pp. 543-598). Sin embargo, la pregunta central que ocupa a los estudiosos del constitucionalismo contemporáneo en el mundo y México no es la excepción, es qué tan representativa es la constitución de las identificaciones, expectativas y demandas de los miembros de la comunidad política a la que pertenece y si el contenido de la constitución es consistente con el lenguaje de legitimidad política que una comunidad reconoce en un tiempo y lugar determinados.<sup>7</sup>

Este trabajo trata de abordar estas inquietudes a partir de la dicotomía entre las transformaciones políticas y el cambio constitucional contemporáneos. En concreto, pretende analizar desde las teorías sobre el cambio constitucional que Bruce Ackerman ha postulado durante los últimos treinta años,<sup>8</sup> si el cambio político radical que México está experimentado

---

perspectiva jurisprudencial para aquellos que toman las decisiones, se requieren objetivos focales capaces de identificar cuando decisiones de carácter constitutivo y autoritativo se están tomando y el efecto que tendrán en futuros procesos constitutivos". El proceso constitutivo se define también como "el poder autoritativo ejercido para proporcionar un marco institucional para la toma de decisiones y para alojar funciones (sociales) indispensables; las decisiones específicas que emergen de estos procesos, que se consideran de 'orden público', están dirigidas a moldear y promover la difusión de valores colectivos como el poder, la riqueza, el bienestar, las habilidades, la cultura, el respeto, la rectitud y la afectividad.

<sup>7</sup> Estas preguntas resumen los rasgos característicos de la *introspección constitucional* que Bruce Ackerman sugiere para que una comunidad política conduzca su propio proceso de redefinición política (Ackerman, B., 1991: pp. 3-6, 58-80).

<sup>8</sup> Bruce Ackerman es considerado el constitucionalista estadounidense más influyente de los últimos treinta años y su *locus classicus* está consolidado en su trilogía *We the People*. Su tesis principal gira en torno a una reinterpretación de la evolución de la historia constitucional de los Estados Unidos a partir de la conversación intermitente entre las ramas del gobierno y la ciudadanía movilizada. Ackerman es uno de los principales críticos de la narrativa profesional en los Estados Unidos, que considera que el cambio constitucional debe estudiarse solamente a partir de la evolución de los fallos emitidos por las cortes. Ackerman, por el contrario, defiende la interacción entre las distintas ramas

desde la elección presidencial de 2018 tiene un predicado constitucional novedoso que implique la articulación de un nuevo lenguaje constitucional, o, por el contrario, corresponde más bien a la implementación de estrategias de *establishmentarianismo* o elitismo constitucionales<sup>9</sup> que fluctúan entre la preservación y la regresión.

## II. NOCIONES PRELIMINARES

Durante finales del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, tres modelos constitucionales disputaron la hegemonía para el diseño de los sistemas políticos que resultaron de los movimientos de independencia de la época (Gargarella, R., 2005, 2010): por un lado, el modelo conservador desconfiaba de las masas populares y la separación estricta de poderes, por lo que defendía un diseño constitucional basado en una presidencia fuerte, centralizada, a la que se subordinarían los poderes legislativo y judicial y cuya vía de cambio constitucional se controlara desde el ejecutivo. En el extremo opuesto, aparecía el modelo radical, que identificaba la voluntad

---

del gobierno y la ciudadanía como elementos fundamentales para la creación del derecho. Es el autor de la teoría de la democracia dualista en la que defiende un desdoblamiento de la toma de decisiones constitucionales en dos vías: La primera de carácter ordinario, en la que el pueblo transfiere plena autoridad legislativa a su gobierno en virtud de la legitimidad mayoritaria de la representación política; y la segunda, de carácter extraordinario, que Ackerman denomina *higher-lawmaking* o *alta legislación*, en la que el pueblo se moviliza de manera masiva para impulsar profundos cambios constitucionales que resultan en un cambio de régimen dentro de la misma constitución. De estos últimos, Ackerman advierte que se presentan en situaciones extraordinarias o excepcionales y señala que, en el trayecto histórico de los Estados Unidos, solamente se han presentado cuatro momentos constitucionales: la Fundación (1776-1787); la primera Reconstrucción (1865-1877); el *New Deal* (1933-1937); y la Revolución de los Derechos Civiles (1954-1968). Véase Ackerman, B. (1991, p. 369; 2000, p. 538; 2014, p. 432).

<sup>9</sup> El concepto del *establishmentarianismo* se toma de la teoría de Bruce Ackerman (Ackerman, B., 2019) sobre las estrategias para el cambio constitucional. El *establishmentarianismo* se refiere a una de esas estrategias, y consiste en la forma en que las élites del sistema, a cuyos operadores Ackerman llama *infiltrados* o élites responsables, controlan los procesos de reforma constitucional a través de la implementación de cambios graduales y contenidos que sirven para apaciguar o cooptar a los movimientos externos del sistema que rechazan elementos centrales del *statu quo*. La concesión de algunas demandas y el reclutamiento estratégico de los líderes del movimiento de oposición permiten al grupo de poder, ralentizar y ulteriormente, neutralizar cualquier intento de cambio de régimen.

general con la representación política del poder legislativo, que consideraba la rama predominante de la tricotomía de las funciones del gobierno. En consecuencia, postulaba una separación estricta de poderes, en la que el ejecutivo y el judicial debían ser deferentes al legislativo, que encarnaba la soberanía popular y, en consecuencia, las llaves del mecanismo del cambio constitucional. Entre ambos modelos contrapuestos, surgió una especie de tercera vía de diseño constitucional que fue el modelo liberal, que introdujo el sistema de pesos y contrapesos, defendió como ninguno de los otros dos modelos, los derechos individuales y estableció un esquema de distribución de poder y competencias entre los tres poderes y los estados que integraban una nación, que resultó en los principios del federalismo y la cooperación entre poderes. El extremismo del modelo radical lo condenó al fracaso, al aparecer una suerte de consenso ideológico entre los modelos conservador y liberal, consolidando a este último como el paradigma de diseño constitucional al representar la *solución madisoniana*, que igual pretendía evitar a través del modelo liberal, la tiranía de uno que proponía el modelo conservador, o la anarquía de muchos, que postulaba el modelo radical (Gargarella, R., 2005: pp. 167, 227).<sup>10</sup>

Así, dentro de la tradición del constitucionalismo liberal, se ha consolidado la idea de que, salvo el ejercicio del sufragio, la ciudadanía transfiere el poder de las decisiones políticas y constitucionales a las instituciones de representación política directa (ramas ejecutiva y legislativa) e indirecta (rama judicial). De esto se desprende la añeja práctica de que los mecanismos de cambio constitucional están controlados si no de forma exclusiva —por la naturaleza residual de la soberanía popular—, sí predominantemente por el *establishment* a través de las élites políticas. Esto ha arraigado una serie de prácticas que promueven los cambios desde dentro para no perder el control sobre el proceso. En algunas ocasiones, la estrategia de transformación obedece a la finalidad ulterior de que todo permanezca igual, esto es, mantener el mecanismo de cambio constitucional insolado de la ciudadanía. Esta estrategia se ha denominado *preservación por transformación* (Siegel, R., 1996: p. 2119).<sup>11</sup> Sin embargo, podrían

---

<sup>10</sup> Estos postulados de Madison se pueden encontrar con mayor claridad en El Federalista n. 51.

<sup>11</sup> Reva Siegel (1996, p. 2119) construye una teoría a través de un estudio de caso de la ley de violencia doméstica que ilustra cómo los múltiples esfuerzos para reformar un régimen de estatus y privilegios son exitosos en lograr el cambio, pero no en la forma

presentarse escenarios involutivos en los que la finalidad de preservación no sea suficiente, sino que se busque emplear el mecanismo para desmantelar una serie de legados constitucionales y legales que son inconsistentes con la filosofía del grupo del poder que considera que tiempos pasados fueron mejores y, en consecuencia, pretenda recrear las reglas y prescripciones que operaban antes de que se promovieran los cambios normativos que ahora pretende desmantelar. A esta estrategia la podemos llamar *regresión por transformación*.

Hasta 1982, en que la hegemonía presidencial no experimentaba ninguna fisura, la actitud de los gobernantes frente a la Constitución era más bien de carácter simbólico. En tanto que la figura presidencial constituía el principio integrador de todo el sistema político, y en torno a la cual, gravitaba el resto de sus integrantes, la voluntad del presidente se equiparaba con la ley y ésta era ajustada sin mayor dificultad a partir de las mayorías con las que contaba en el Congreso (Carpizo, J., 2011: p. 575). De tal manera que los acuerdos políticos eran más predecibles y estables porque solamente debían ajustarse a los planes del presidente y el resto de los participantes se subordinaban a ellos. No se percibía ninguna necesidad de elevarlos a rango constitucional para que fueran respetados (Carpizo, J., 2011: pp. 569-576). El favor presidencial y las aspiraciones de ascenso dentro de la estructura del partido hegemónico eran incentivos suficientes para cumplir con la voluntad del presidente. Estas prácticas arraigaron una dilatada tradición de simbolismo constitucional en la que la Constitución era más una figura discursiva u objeto de culto político, que fuente de derecho.

Pero a partir de los años ochenta y noventa, las élites mexicanas han empleado el mecanismo preservacionista para articular sus programas de gobierno dentro de la dinámica del cambio constitucional. Todas las reformas constitucionales que se realizaron en este periodo se enmarcaron

---

esperada por los defensores de dicho cambio. Ella describe esta reforma en los siguientes términos “Cuando la legitimidad de un régimen de estatus es impugnada con éxito, los legisladores y juristas cederán y defenderán los privilegios de estatus – renunciando gradualmente a las reglas originales y a la retórica justificadora del régimen impugnado y buscando nuevas reglas y razones para proteger los privilegios del estatus que decidan defender. Así, la reforma de los derechos civiles puede insuflar nueva vida a un cuerpo legal de estatus, presionando a las élites jurídicas para que la traduzcan en un lenguaje social más contemporáneo y menos controvertido. Yo llamo a este tipo de cambio en las reglas y la retórica de un régimen de estatus ‘*preservación a través de la transformación*’;” traducción del autor; énfasis añadido.

en un proceso de liberalización política caracterizado por la creciente pluralidad ideológica y diversidad social del país (Casar, M. A. y Marván, I., 2014: pp. 8-35). El contraste con las reformas constitucionales que antecedieron a este periodo es tremendo: mientras que desde la promulgación de la Constitución hasta 1982, se había modificado el texto en 213 ocasiones, entre 1983 y 2020, ha tenido 529 modificaciones. Las administraciones con mayor número de artículos reformados son la de Enrique Peña Nieto con 155, la de Felipe Calderón Hinojosa con 110, la de Ernesto Zedillo con 77, la de Miguel de la Madrid con 66 y la de Carlos Salinas de Gortari con 55. El gobierno menos reformista de este periodo contemporáneo es el de Vicente Fox con 31 artículos reformados.<sup>12</sup>

Según Carpizo (Carpizo, J., 2011: pp. 578 y 579) y Serna (Serna, J. M., 2018: pp. 504-506), la intensidad de las modificaciones constitucionales durante este periodo obedece al interés de los grupos en el poder de consolidar los acuerdos políticos a los que llegan mediante su elevación a rango constitucional con la finalidad de blindarlos frente a cualquier riesgo de incumplimiento. La idea es que, si está en la Constitución, es más factible hacer efectivo cualquier tipo de acuerdo que se haya alcanzado en medio del creciente pluralismo político y la dificultad para generar consensos. A esto habría que sumar lo que, según Casar, es una arraigada tradición de fetichismo constitucional (Casar, M. A. y Marván I., 2014: pp. 51 y 52),<sup>13</sup> a partir de la cual, las élites tienen una enorme confianza en que la enmienda constitucional modificará *ipso facto* la realidad.<sup>14</sup> Para Carpizo, la abundancia de reformas constitucionales durante los últimos cuarenta años incluso sirvió como válvula de escape para prevenir estallidos de violencia (Carpizo, J., 2011: pp. 583 y 584).

---

<sup>12</sup> Véase [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm) (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>13</sup> En el ciclo político sexenal, la coalición dominante trata de articular un predicado constitucional distintivo de la plataforma y plan de gobierno que pretende llevar a cabo. La tendencia ha sido pensar que, al darle rango constitucional a los fundamentos de su proyecto, lo harán más efectivo y perdurable.

<sup>14</sup> Aunque es bien sabido que las modificaciones a la Constitución de ninguna forma significan una alteración automática de la realidad, existe una idea muy arraigada entre las élites que han controlado históricamente la dinámica de cambio constitucional de concebir a las reformas a la Constitución como puntos de destino y no de partida en esta dinámica. Así, en muchas ocasiones, las reformas constitucionales no logran traducirse en cambios efectivos dentro de la cultura constitucional y, en consecuencia, quedan solamente como expresiones programáticas o de buenas intenciones.

Este es la práctica consolidada de cambio constitucional que heredaba el actual gobierno y a partir de la cual, así como lo hicieron las administraciones que le antecedieron, podría haber predicado su visión distintiva sobre el nuevo arreglo político y los principios que animaban a su movimiento hecho gobierno a partir de la elección de julio de 2018. Sin embargo, como se verá en este estudio, la actitud del gobierno se acerca más a la tradición del simbolismo constitucional preservacionista que a la del fetichismo constitucional transformador que ha prevalecido durante las últimas dos generaciones.

### III. RASGOS DE LEGITIMIDAD

Desde la perspectiva de la reivindicación de la propiedad de la ciudadanía sobre los procesos de transformación y decisión políticas, claramente la elección presidencial de julio de 2018 representó un hito en la forma en que se había distribuido tradicionalmente el poder en México. A primera vista, el nuevo gobierno hizo visibles a una serie de participantes que históricamente habían estado marginados del proceso constitutivo. Se trató de una emergencia de grupos tradicionalmente excluidos de los procesos políticos tradicionales, a partir de una victoria electoral sin precedentes. Este rasgo es fundamental porque actualizaba la aspiración de una parte importante de la ciudadanía para participar de forma más directa en el proceso político y social, o al menos, de ver que sus expectativas y demandas fueran representadas por la coalición gobernante.<sup>15</sup> En términos del radicalismo constitucional, la elección de 2018 representó una conquista de las mayorías sobre los intereses de las élites políticas. Pero como veremos, esto podía ser engañoso:

Aun cuando la elección sí que representó un triunfo de la mayoría popular, también significó una rotación de élites inspiradas en cosmovisiones opuestas. La dinámica de élites no sufrió un cambio radical con esta elección, en tanto que viejos participantes de la élite priísta de hace dos o tres décadas, volvieron a ocupar posiciones de primera línea en la nueva administración.

---

<sup>15</sup> Las referencias a la coalición gobernante en este estudio, corresponden —salvo indicación expresa en contrario— a la administración del presidente Andrés Manuel López Obrador, quien ganó la elección presidencial de 2018 con el 53.19 por ciento de las preferencias —equivalente a 30,110,317 de votos. Disponible en: <https://siceen.ine.mx:3000/#/tablaresultados>

Este rasgo demuestra la inviabilidad de los postulados radicales que sostienen la eliminación de las élites como medio de transformación política. Lo que sucedió —como incluso ocurrió en las revoluciones totalitarias de principios del siglo XX, fue la sustitución de una élite política por otra.

Dentro de los rasgos destacables de este proceso, sin embargo, figuró la capacidad del movimiento político que resultaría en la actual coalición gobernante, para aglutinar un respaldo popular histórico en torno a su candidato presidencial y sus propuestas. Estas propuestas estaban directamente relacionadas con el señalamiento de los graves escándalos de corrupción y abuso de privilegios que caracterizaron a la administración de Enrique Peña Nieto. Si a esto se sumaba el incremento de víctimas de la crisis de inseguridad que azotaba al país desde 2006, el voto de descontento o castigo fue determinante en los resultados de la elección de 2018 (Buendía, J. y Márquez, J., 2019: pp. 36-42).

Otra característica por destacar fue la notable capacidad de evolución de un movimiento social de amplia convocatoria nacional al movimiento político que ganó la elección presidencial. Este rasgo permitió advertir que la coalición de fuerzas que se concretó en torno a este movimiento político, a pesar de su enorme diversidad —en tanto que reunía igualmente representantes de asociaciones evangélicas o religiosas con una clara orientación conservadora hasta liderazgos promotores del aborto o de la estricta separación entre la Iglesia y el Estado en coherencia con postulados progresistas— tuvo éxito en perseverar en una agenda común cuyo objetivo exclusivo era ganar la elección presidencial. Desde su perspectiva práctica, sus diferencias sustanciales habrían de resolverse posteriormente ya en el ejercicio del poder. Desde la lógica del pragmatismo político, esta postura es entendible. Sin embargo, respecto a sus posibilidades de evolución de movimiento político a coalición gobernante y de ahí a su consolidación como institución política, las conclusiones pueden ser diferentes. Y esto se resume en la dificultad para identificar una plataforma definida, con postulados distintivos, que permitiera diferenciar a este movimiento de otras asociaciones políticas. Esto representa una debilidad en el contexto de los procesos de transformación política y cambio constitucional, que tienen como rasgo característico la creación de un nuevo lenguaje de legitimación para el ejercicio del poder público.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Esta perspectiva es frecuentemente abordada por la corriente del *constitucionalismo democrático*, que desde hace varios años ocupa un lugar importante dentro de la *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

La única narrativa homogénea que se identificaba en la coalición gobernante era su lucha contra la corrupción y los privilegios, lo cual a pesar del enorme respaldo que suscitaba dentro del espectro político, a la postre puede resultar un argumento insuficiente para distinguirla de otros movimientos políticos. Sin embargo, de momento es de subrayarse que esta lucha contra la corrupción y los privilegios se ha erigido como el *leitmotiv* del gobierno.

La narrativa de transformación que llevó a la coalición gobernante a obtener ese histórico respaldo popular claramente nos ubicaba en el ciclo de cambio político que ha prevalecido en México desde el inicio de su trayecto como nación independiente (Olaiz, J., 2015: pp. 157 y 158): En su primera fase, las facciones que se oponen a la coalición gobernante se movilizan para emitir su creciente insatisfacción con la forma en que los asuntos públicos se están conduciendo, al evidenciar el deficiente desempeño del presidente en turno. En la segunda fase, estas facciones opositoras al gobierno en turno se adjudican la legitimidad para presentarse como los voceros del pueblo y pugnan por una agenda reformista que casi siempre plantea como primer punto del orden del día, la sustitución del gobierno. En un tercer momento, la coalición gobernante y las facciones opositoras se ubican en una espiral de enfrentamiento que se resuelve institucionalmente mediante elecciones generales. En la cuarta fase, si la plataforma de la coalición gobernante prevalece, ésta promoverá un programa de reconciliación nacional mediante una reforma constitucional — entre otras medidas— que corrija las causas que detonaron la amplia movilización opositora. Por el contrario, si las facciones opositoras triunfan en su cometido transformador conforman un nuevo gobierno que rechaza elementos centrales del *statu quo* al que derrotó en las elecciones y goza de la legitimidad democrática suficiente para convocar una convención constituyente que redacte una nueva constitución o impulsa una agenda de enmiendas constitucionales al texto vigente que refleje la radicalidad

---

doctrina constitucional estadounidense y se resume en la reivindicación que hacen los movimientos sociales de la propiedad del pueblo sobre la constitución. De forma similar a la tesis de Ackerman, propugnan por cambiar el foco centrado en las decisiones judiciales, a la legitimidad jurisgenerativa de otros actores —destacadamente, los movimientos sociales— para transformar el régimen constitucional. Sus exponentes más notorios son los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, Robert Post, Reva Siegel y Jack Balkin. Véase Post, R. y Siegel, R. (2006, p. 545); Post, R. y Siegel, R. (2007, p. 373); Balkin, J. y Levinson, S. (2001, p. 1045).

del cambio político que proponen. En cualquier caso, la quinta fase consiste en la promulgación de una nueva constitución o en la introducción de cambios profundos al texto constitucional vigente con la validación necesaria por parte de la Suprema Corte en caso de que sus procedimientos de creación o sus leyes secundarias hubiesen sido impugnados. Los elementos críticos de la nueva legislación se concentrarán en los temas que produjeron el antagonismo desde el principio. En la sexta y última fase, los vencedores —casi siempre representados por el presidente— anuncian el establecimiento de un nuevo régimen político y constitucional, advirtiendo su perdurabilidad y haciendo un llamado para que el país se encamine de una vez por todas en una senda de progreso y reconciliación nacional.

Este análisis abordará la forma en que la actual coalición gobernante ha articulado la cuarta y quinta fases del proceso de transformación política y cambio constitucional que se detonaron a partir de la elección presidencial de 2018, que planteaba un escenario inmejorable para gestionar las expectativas y demandas de cambio que prevalecían entre sus simpatizantes. Este ciclo de cambios radicales ha sido denominado por la coalición gobernante como la cuarta transformación.<sup>17</sup> El problema se presentó desde el primer momento en la operación de la acción de gobierno, en el proceso constitutivo para la toma de decisiones. Como se verá a continuación, el gran respaldo mayoritario que dotó de legitimidad democrática a la coalición gobernante la ha llevado a obviar la observancia de la legalidad y de la propia Constitución.

Así, en los siguientes apartados se estudiará cuál es la actitud de la coalición gobernante frente a la separación e independencia de poderes; al estado de derecho y al principio de legalidad. También se confrontará una de las reformas constitucionales impulsadas por este gobierno para intro-

---

<sup>17</sup> La autodenominada cuarta transformación, corresponde a la ubicación histórica y rasgos distintivos que la coalición gobernante atribuye a su movimiento político y los cambios institucionales y políticos que trae consigo. Desde su perspectiva, consideran que su triunfo en las elecciones presidenciales de 2018 obedece al mandato de la mayoría de los electores para desmantelar el legado institucional, económico, jurídico, político y social del periodo neoliberal que prevaleció en México entre 1982 y 2018, que coincidió con la liberalización política y económica del país. Así, sus apologistas la equiparan a tres momentos previos de transformación político-constitucional en la evolución de México como nación independiente: (1) Independencia, (2) Reforma, y (3) Revolución. En otros estudios, se ha argumentado en contra de esta clasificación, véase *Las transformaciones políticas en México. Un diálogo con Virginia Aspe*, con Hugo S. Ramírez García, postulado a tópicos, *Revista de Filosofía*, el 11 de febrero de 2021 (en dictamen).

ducir o modificar mecanismos de participación directa como la revocación de mandato y la consulta popular, respectivamente, con los planteamientos que se han formulado en algunos estudios recientes (Olaiz, J., 2015: pp. 351-381) a favor de una *vía de alta legislación*. Como se comentaba líneas arriba, nos encontraremos paradójicamente con una nueva estrategia preservacionista de las nuevas élites que bien podría denominarse *regresión por transformación*, al pretender la involución de algunas instituciones y prácticas constitucionales a etapas previas al proceso de liberalización política que se desarrolló durante el último cuarto del siglo pasado.

#### IV. ANOMIA Y CONCENTRACIÓN DE PODER

En julio de 2019, a un poco más de medio año del inicio de la nueva administración, la organización civil *Mexicanos contra la Corrupción y Causa en Común*, publicaron un estudio sobre la constitucionalidad y legalidad de las acciones que había emprendido el gobierno desde el comienzo de su gestión. El estudio demostró una panoplia de acciones del gobierno que “pueden juzgarse como ilegales, otras de ‘dudosa legalidad’, y otras más que constituyen leyes u ordenamientos a modo. La mayoría de estas configuran una tendencia cuyo fin último es la concentración y centralización de poder en el presidente y un ejercicio discrecional del mismo” (Casar, M. A. y Polo, J. A., 2019).

Una de las características peculiares de las acciones de este gobierno consiste en el abierto desafecto por el derecho, sus formalidades y contenidos (Casar, M. A. y Polo, J. A., 2019; Casar, M. A., 2020).<sup>18</sup> El propio presidente ha formulado llamados a sus colaboradores para que opten por la justicia en caso de enfrentarse al dilema de seguir a esta o a la ley. También ha sido el propio jefe del Ejecutivo quien ha emitido documentos que instruyen acciones a sus secretarios de Estado sin adecuada motivación y fundamentación. En pocas palabras, la peculiaridad de esta administración desde el inicio de su trayecto se resume en su abierta inobservancia de la legalidad y el empleo de las instituciones normativas de forma selectiva

<sup>18</sup> Es importante señalar —como lo hace Casar (2019)— que este desprecio por la legalidad no es exclusivo de este gobierno. Lamentablemente es una constante del proceso constitutivo y el cumplimiento de la ley por parte del gobierno implica frecuentemente cálculos políticos y legales para circunvenir a la norma. Sobre estas perspectivas, ver Casar, M. A. (2020); Garza, J. *et al.* (2020).

para cumplir una serie de objetivos que están más enfocados en una suerte de retribución respecto de administraciones anteriores, que a una genuina agenda de cambio.

Un reflejo de esto último se aprecia en las reformas legales que ha promovido esta administración. Como se verá, más que obedecer a un enfoque integral y ordenado para el refinamiento del sistema jurídico y su funcionamiento, su implementación —además de reflejar las prioridades del gobierno— ha sido deficiente y problemática: buena parte de las modificaciones legales que ha promovido este gobierno adolecen de inconstitucionalidad y fueron impugnadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales (Casar, M. A. y Polo, J. A., 2019: p. 23).

A nivel normativo, el nuevo gobierno emprendió una cruzada en contra de lo que denominó *el legado del neoliberalismo*, y concentró sus políticas en el desmantelamiento de un segmento importante del aparato de gobierno, al considerar que buena parte de sus estructuras eran innecesarias para la función pública y que, en su opinión, los recursos que se canalizaban en el pago de la abultada burocracia podrían canalizarse en programas sociales con una demanda siempre creciente.

La otra cara de su visión negativa del periodo neoliberal es su hostilidad constante frente a los órganos constitucionales autónomos (OCAs), que considera una interferencia en el proceso constitutivo de toma de decisiones y desestima su relevancia en el orden constitucional por su falta de legitimidad democrática directa. Esto último ha supuesto un enorme problema para el funcionamiento de estos órganos, y el cumplimiento de su mandato constitucional: con motivo de la hostilidad presidencial y de la mayoría de la que goza en el Congreso, los nombramientos de nuevos integrantes de algunos OCAs han sido a modo, obviando abiertamente los requisitos de capacidad técnica, preparación y experiencia para el ejercicio de esos encargos, colocando por encima de ellos su filiación al gobierno. Esto ha resultado en los hechos, en un claro debilitamiento de los OCAs y su rol en el proceso político.

El rasgo novedoso de esta anomia<sup>19</sup> consiste en la abierta comisión de ilegalidades desde las esferas más altas del gobierno, que justifican su con-

---

<sup>19</sup> La *anomia* es la indiferencia ante el cumplimiento de las normas morales, sociales y jurídicas. Como lo describe Carlos Santiago Nino (Nino, C., 1992: p. 47), es un legado del periodo colonial en América Latina y se puede resumir en la expresión *obedécese, pero no se cumpla*. Nino refiere que esta expresión era muy común durante la Colonia, y

ducta al advertir que en tanto el marco normativo vigente fue aprobado por administraciones neoliberales, es injusto y, en consecuencia, no debe observarse. Esto quedó demostrado con el famoso *Memorandum*<sup>20</sup> que el presidente envió a los secretarios de Educación, Hacienda y Gobernación instruyéndolos a la inobservancia e inaplicación de la Ley General de Educación, en tanto se concretaba su abrogación en el Congreso. En dicho memorando, el presidente ordenaba que se dejaran “sin efecto todas las medidas en las que se haya traducido la aplicación de la reforma educativa”. Esto constituyó un llamado abierto al incumplimiento de la ley por parte de quien en su toma de posesión juró guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanan.

Pero cuando la falta de prolijidad en el respeto al estado de derecho y al principio de legalidad se traducen en actos de gobierno, la gravedad de la anomia alcanza niveles insospechados:

En medio de la crisis sanitaria producida por la pandemia del COVID-19, el presidente emitió un decreto en el que se establecía una serie de medidas de austeridad que deberían observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal con motivo de la crisis sanitaria y económica.<sup>21</sup> El decreto se publicó en la versión vespertina del Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2020 y reproducía de forma íntegra, un discurso que el presidente dio en una conferencia de prensa la mañana de ese día. Como lo señalaron numerosos académicos y columnistas, se trataba literalmente de un discurso convertido en decreto. Pero el despropósito no se detenía ahí: con motivo de la reproducción del discurso en la publicación oficial, el lenguaje del decreto no corresponde al ámbito prescriptivo ni se advierte ninguna técnica jurídica en su redacción, “De conformidad con los criterios que nos rigen de eficiencia, honestidad, austeridad y justicia, y *ante la crisis mundial del modelo neoliberal*, que

---

refleja la indiferencia de las élites locales frente a las normas emitidas desde España para sus colonias en América. Carlos Nino desarrolla un amplio análisis de las implicaciones que conlleva una cultura anémica en el establecimiento (o no) del estado de derecho en Argentina y su explicación funciona también para clarificar las mismas preocupaciones en el contexto mexicano.

<sup>20</sup> Véase <https://lopezobrador.org.mx/wpcontent/uploads/2019/04/Memora%CC%81ndum16abril2019SegobSEPSHCP.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>21</sup> Véase “DECRETO por el que se establecen las medidas de austeridad que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal bajo los criterios que en el mismo se indican,” *Diario Oficial de la Federación*, 23 de abril de 2020.

sin duda nos afecta, *propongo* la aplicación urgente y categórica de las siguientes medidas: [...]”.<sup>22</sup>

Como señalaron Concha (Concha, H., 2020),<sup>23</sup> Roldán (Roldán, J., 2020), Garza, López-Ayllón y Salazar (Garza, J. *et al.*, 2020), entre otros, la redacción, técnica y forma normativa del decreto son notoriamente deficientes, en tanto que el decreto es un instrumento que configura un acto administrativo consistente en una decisión por parte de la autoridad que lo emite, de tal forma que un decreto no propone, sino dispone prescripciones de carácter normativo para su observancia. Hasta aquí, una evidencia de la falta de atención al principio de legalidad por la deficiente redacción del decreto.<sup>24</sup> Pero el contenido más preocupante aparecía más adelante:

Después de enumerar sin ninguna justificación en torno a su racionalidad, las medidas de austeridad que “sugería” se adoptasen con motivo de la crisis, en varios numerales del decreto se planteaban cuestiones notoriamente inconstitucionales o ilegales, como la reducción de los sueldos de los empleados medios y superiores de la Administración Pública Federal o la priorización en el ejercicio del gasto público en algunas áreas y programas en detrimento de otros previstos por ley (Núñez, L., 2020). Pero el aspecto más cuestionable del decreto era su artículo segundo transitorio, que señalaba, “Segundo. Este Decreto *se convertirá en una iniciativa de ley* que estoy enviando *con carácter de estudio prioritario* y, en su caso, de aprobación inmediata a la H. Cámara de Diputados”.<sup>25</sup>

La deficiente redacción de este artículo transitorio advertía varios problemas: no existe la figura de “estudio prioritario” de iniciativas de ley en la Constitución. Lo que está previsto, es la facultad del presidente para presentar al inicio de cada periodo ordinario de sesiones hasta dos iniciati-

---

<sup>22</sup> *Idem*, énfasis añadido.

<sup>23</sup> Concha recuerda las nociones básicas de tipos de decretos: (1) los que promulgan leyes que resulten del proceso legislativo; (2) los que dan a conocer actos que corresponden a la esfera de atribuciones del poder Ejecutivo; y (3) los que se emiten en casos de emergencia previa autorización al Ejecutivo para legislar de forma extraordinaria en virtud de la actualización de alguno de los supuestos previstos en el artículo 29 constitucional.

<sup>24</sup> Miguel Alfonso Meza (Meza, M. A., 2020) recupera la alusión que académicos del CIDE y del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM hicieron a Antonio López de Santa Anna en su columna “Gobernar por discurso” (Garza, J. *et al.*, 2020). En ella, recuerdan que Santa Anna decía en 1839, que la primera atribución del presidente es “dar todos los decretos y órdenes que convengan para la mejor administración pública”.

<sup>25</sup> *Supra* nota 19, énfasis añadido.

vas de ley para trámite preferente o señalar dos que ya hubiera presentado anteriormente pero cuyo dictamen se encuentre pendiente. De esta forma, lo que plantea el artículo segundo transitorio no se ajusta al procedimiento legislativo previsto en la Constitución. Más absurda aún es la discrecionalidad con la que se señala que “este decreto se convertirá en una iniciativa de ley”, al momento de su publicación. Como señala Concha, “ningún decreto puede convertirse en iniciativa de ley de forma automática” por más que el presidente así lo diga o desee (Concha, H., 2020).

La iniciativa que siguió a la publicación de este decreto, generó un problema mayor: proponía la adición de un artículo 21 Ter a la Ley Federal del Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, reglamentaria del artículo 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución, que en síntesis establecen las facultades de la Cámara de Diputados para la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación y los regímenes de remuneraciones de los funcionarios en los tres niveles de gobierno, además de los principios a los que deberá ajustarse la administración de los recursos económicos por parte de la Federación, las entidades federativas, la Ciudad de México y los municipios. Bien, pues en consistencia con el decreto que le antecedió, la iniciativa proponía que

En caso de que durante el ejercicio fiscal se presenten emergencias económicas en el país, la Secretaría (SHCP) podrá reorientar recursos asignados en el Presupuesto de Egresos para destinarlos a mantener la ejecución de los proyectos y acciones prioritarios de la administración pública federal y fomentar la actividad económica del país, atender emergencias de salud y programas en beneficio de la sociedad.<sup>26</sup>

A la ambigüedad de nociones tales como “emergencias económicas en el país” (Roldán, J., 2020) y el notorio conflicto de esta redacción con diversas disposiciones constitucionales, en particular con el artículo 74 fracción IV, se sumaba la amenaza de concentración de poder y socavamiento del principio de separación de poderes. La academia y el foro jurídico señalaron la notoria inconstitucionalidad de la iniciativa al entrar en colisión con el artículo 49 de la Constitución, que prohíbe que dos o más

---

<sup>26</sup> La iniciativa se publicó en la *Gaceta Parlamentaria* del 23 de abril de 2020. Véase <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/abr/20200423I.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

poderes se reúnan en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo, salvo el caso de las facultades extraordinarias del Ejecutivo previstas en el propio texto constitucional. Al momento de escribir estas líneas, todavía no se discute la iniciativa del Ejecutivo en el Congreso. Pero basta señalar que esta última incursión transformadora del gobierno proyecta de forma elocuente la particular concepción que tienen el presidente y su administración, sobre el estado de derecho, la separación de poderes, el principio de legalidad y la supremacía de la Constitución<sup>27</sup>.

Los casos del *Memorandum* y del *discurso que se hizo decreto y del decreto que se convirtió en iniciativa de ley*, reflejan la abierta ilegalidad con la que ha actuado el gobierno y hacen pensar que su interpretación del respaldo mayoritario de la elección presidencial es la de un cheque en blanco. Con este tipo de acciones, ha demostrado una renovada tendencia a la exaltación de la figura del presidente y a una creciente concentración de poder que paradójicamente tiende a aproximarse a los periodos históricos que el propio presidente ha criticado, como el *porfiriato*. Curiosamente, así como en el periodo porfirista, el lema fue *mucha administración y poca política*, parece que el actual gobierno ha implementado esta misma máxima, pero al revés: *mucha política y poca administración*.

## V. MARGINALIDAD CONSTITUCIONAL. EL CASO DE LAS CONSULTAS POPULARES

La actitud de un gobierno frente a la legalidad prefigura su actitud frente a la constitución. De vuelta, el respeto a la constitución supone desde luego, la observancia del aparato normativo que de ella emana, de tal suerte que no hay divorcio entre ambos niveles (Ackerman, B., 2019:

---

<sup>27</sup> Al momento de postular este trabajo, se habían acumulado otras acciones del gobierno de notoria ilegalidad como la expedición del *Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria*, del 11 de mayo de 2020; el *Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional*, del 15 de mayo de 2020; y los errores en la publicación de los Acuerdos del Consejo de Salubridad General sobre las actividades esenciales en medio de la emergencia sanitaria, en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de mayo de 2020, entre otros. Sobre el acuerdo de militarización, véase González, N. (2020).

p. 2).<sup>28</sup> Los problemas surgen cuando los gobiernos mayoritarios actúan al margen de la legalidad y de la constitución, a través de la engañosa justificación de la legitimidad democrática.

En este contexto, las acciones de este gobierno han hecho evidente la deformación que los gobiernos populistas hacen de las decisiones mayoritarias que los llevan al poder. Como se explicaba líneas arriba, confunden el respaldo popular con un cheque en blanco. Desde la reforma política de agosto de 2012, se introdujo en la Constitución la figura de la consulta popular como un mecanismo de participación directa para que la ciudadanía tomara parte en el proceso constitutivo de toma de decisiones. En su redacción original —previa a la reforma de 2019, que se comentará más adelante— estaba previsto en el artículo 35 constitucional, en su fracción VIII, el derecho ciudadano para votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional que no comportaran restricciones a los derechos humanos protegidos en la Constitución, o modificaciones sobre la forma de gobierno, la seguridad nacional, las finanzas del Estado, la materia electoral, ni la organización, funcionamiento y disciplina de las Fuerzas Armadas. Además, reconocía el derecho del presidente de la República y del treinta y tres por ciento de los miembros de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, para convocar a una consulta popular, siempre y cuando se contara con el voto de la mayoría de cada Cámara del Congreso. Hasta ahí, todo bien.

El problema consistió en los requisitos para su operación: se estableció un umbral mínimo para convocar a consultas populares del dos por ciento de los ciudadanos que integraran la lista nominal de electores. Para ese momento, la lista nominal de electores era de 84,605,812 ciudadanos.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> La distinción que hace Bruce Ackerman entre constitucionalismo y estado de derecho es clarificadora para ilustrar este punto: mientras que el constitucionalismo comporta la imposición de límites jurídicos relevantes a los representantes políticos, el estado de derecho se refiere principalmente a las técnicas o medios que el gobierno establece para controlar a los gobernados. Ackerman previene que los regímenes autocráticos puedan encontrar en el estado de derecho un instrumento muy eficaz para gobernar, en tanto que pueden hacer valer su autoridad de forma arbitraria para establecer las reglas del juego, pero dependen tanto de la burocracia como de los tribunales para hacerlas efectivas. Véase Ackerman, B. (2019: p. 2). Sobre los alcances en el caso mexicano, véase Corzo, E. (2013: p. 135-136).

<sup>29</sup> Disponible en: <https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFEv2/CNCS/CNCSIFEResponde/2012/Junio/Casillas/estudioGE.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

El mínimo que debían convalidar para convocar a una consulta popular era de 1,692,116 electores. En ese entonces, el porcentaje mínimo que los partidos políticos debían alcanzar para mantener su registro era del 3% de la votación válida emitida (Leyva, O. *et al.*, 2017, pp. 110-129).<sup>30</sup> En las elecciones federales de ese año, se registraron 48,906,759 votos válidos. El tres por ciento para que un partido político conservara su registro equivalía a 1,467,202 votos. En suma, en el proceso político resultaba más oneroso convocar desde la trinchera ciudadana a una consulta popular, que a un partido político mantener su registro después de una elección federal. La medida resultaba claramente contra-mayoritaria y es uno de los ejemplos de *preservación por transformación* o *gatopardismo*<sup>31</sup> *constitucional*, que aparecen frecuentemente en la dinámica del cambio constitucional.

Ahora bien, cualquiera hubiera imaginado que el gobierno que resultó de la elección federal de 2018 promovería una reforma constitucional sobre la figura de la consulta popular para eliminar los umbrales que la hacían prácticamente inviable desde una perspectiva ciudadana. Pero el resultado fue muy diferente: En el decreto de reforma en materia de Consulta Popular y Revocación de Mandato,<sup>32</sup> la coalición gobernante no solamente mantuvo el requisito mínimo del dos por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, sino que amplió el catálogo de materias vedadas para la consulta popular al añadir la permanencia o continuidad en los cargos de los servidores públicos de elección popular y *las obras de infraestructura en ejecución*. Esto último es de especial relevancia como se verá más adelante. En contraste con su regulación anterior, la reforma de 2019 desligó a las consultas populares de las jornadas electorales federales y las programó para el primer domingo de agosto del año en que hubiesen sido convocadas. Esto significaba que no habría que aguardar a

---

<sup>30</sup> En este estudio, los autores hacen un análisis sobre la evolución histórica del registro de los partidos políticos minoritarios en México y los incentivos para preservar su registro, colocando especial énfasis en las distintivas perspectivas que el financiamiento público produce en los partidos minoritarios respecto de los mayoritarios.

<sup>31</sup> Expresión tomada de la novela *Il Gattopardo* (Lampedusa, G., 1958) de Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”.

<sup>32</sup> El decreto de reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2019.

las elecciones federales de cada tres años para convocar a una consulta popular, con el consiguiente gasto de difusión, organización, desarrollo, cómputo y declaración de los resultados de la consulta. No obstante, al preservarse el oneroso requisito del dos por ciento de la lista nominal, se prevé que la figura desde su regulación constitucional seguirá siendo impracticable.

El rasgo curioso es que mientras esta reforma se implementaba, tanto antes como después de su promulgación, el gobierno realizó una serie de *consultas populares*, al margen de la legalidad y con adversos resultados para las finanzas del Estado.

En octubre de 2018, antes de asumir constitucionalmente el relevo de poderes, el gobierno electo implementó una encuesta para determinar la continuidad o cancelación del proyecto del nuevo aeropuerto de la Ciudad de México, al considerar que representaba un caso grave de corrupción de la administración del presidente Peña Nieto. El estudio se realizó entre el 25 y el 28 de octubre de 2018. Se instalaron poco más de mil mesas de votación a lo largo de quinientos de los casi dos mil quinientos municipios del país. La pregunta que conformó la consulta fue: “Dada la saturación del Aeropuerto Internacional de Ciudad de México, ¿cuál opción piensa usted que sea mejor para el país? [Y planteaban] dos opciones: a) reacondicionar el actual aeropuerto y el de Toluca, y construir dos pistas en la base área militar en Santa Lucía; y b) continuar con la construcción del nuevo aeropuerto en Texcoco y dejar de usar el actual Aeropuerto Internacional de Ciudad de México”.<sup>33</sup>

La consulta reunió una participación de 1,067,859 ciudadanos, menos del uno por ciento del padrón electoral, que no tuvieron que acreditar su pertenencia a la lista nominal de electores y que en numerosos casos votaron más de una vez. El 69.5 por ciento optó por la cancelación del proyecto del nuevo aeropuerto en Texcoco, que para entonces reportaba un avance de entre el 30 y 40 por ciento. Así, unilateralmente, y con una encuesta notoriamente inconstitucional al haberse realizado al margen de lo dispuesto por el artículo 35 fracción VII de la Constitución, se canceló el mayor proyecto de infraestructura que se había planteado en México

---

<sup>33</sup> Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2018/10/15/danaconoce-preguntasdelaconsultasobrenaicm8634.html> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

durante el último cuarto de siglo y que estaba avalado entre otras instituciones internacionales, por la OCDE.<sup>34</sup>

La motivación principal cara a la opinión pública fue económica: según el gobierno, el costo del proyecto se había incrementado de 169 mil millones a un rango que fluctuaba entre los 285 y 305 mil millones de pesos, sin embargo, después se demostraría que buena parte de este incremento obedeció a variaciones en el tipo de cambio.<sup>35</sup> Pero la verdadera razón para motivar la cancelación de este proyecto se ubicaba en el campo de la retribución política y el interés del nuevo grupo en el poder para aprovechar el enorme contenido simbólico de la medida para marcar un antes y después del nuevo gobierno con la administración que les había precedido.

La medida generó un enorme malestar entre la opinión pública, los grupos empresariales, y la ciudadanía en general, además de sendos litigios estratégicos ante diversas instancias judiciales por la inconstitucionalidad de la medida. El gobierno acordó con los diversos acreedores del proyecto el pago de compensaciones y recompra de los bonos que se emitieron amparados en la cobertura del propio proyecto, por un total de 100 mil millones de pesos, conforme a datos ofrecidos por el propio gobierno.<sup>36</sup> Para julio de 2019, el gobierno ya había desembolsado casi 105 mil millones de pesos con motivo de la cancelación de los 692 contratos que se habían celebrado para la construcción del nuevo aeropuerto.<sup>37</sup> Si a estos costos de

---

<sup>34</sup> OCDE (2015), *Desarrollo efectivo de megaproyectos de infraestructura: El caso del Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México*, Éditions OCDE, París. A decir de la OCDE, “[E]l 3 de septiembre de 2014, el presidente de México anunció la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México (NAICM). Este proyecto es uno de los tres proyectos de infraestructura aeroportuaria más grandes del mundo. Responde a una necesidad que data de 20 años atrás, de ampliar la capacidad del actual aeropuerto de la Ciudad de México, el cual está llegando a su límite de capacidad operativa. La construcción del NAICM se financiará con una combinación de recursos públicos y privados, 60% de la cual proviene del presupuesto federal. Este capítulo presenta la naturaleza del proyecto y sus principales características, con el fin de crear el marco para un análisis profundo de su gobernanza, estructura de contratación pública, enfoque de integridad y estrategia de comunicación”. Disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/NAICM%20e-Book.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>35</sup> Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46015692> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>36</sup> Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/463268/Informe\\_de\\_cierre\\_NAICM.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/463268/Informe_de_cierre_NAICM.pdf), p. 20 (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>37</sup> Cfr. <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/gobiernoyapago105mi-mdpparacan-celarnaim> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

cancelación se suma el costo proyectado para el aeropuerto que se construirá en la base militar de Santa Lucía que para agosto de 2019, rondaba los 174 mil millones de pesos, prácticamente se había igualado la suma económica que motivó la consulta que canceló el proyecto del nuevo aeropuerto en Texcoco por el “dispendio de enormes recursos públicos”<sup>38</sup> que representaba.

El mismo patrón se siguió con otras consultas populares *ad hoc* para los demás proyectos de infraestructura del nuevo gobierno: la construcción de la refinería de Dos Bocas, en el estado de Tabasco;<sup>39</sup> el trazado del Tren Maya que conectará las principales ciudades de la Península de Yucatán;<sup>40</sup> y la cancelación de la planta de producción de cerveza de la firma *Constellation Brands*, en Mexicali, Baja California.<sup>41</sup> Cada una

<sup>38</sup> *Supra* nota 34, p. 1.

<sup>39</sup> En pleno ocaso de la era de los hidrocarburos, el gobierno realizó una consulta y reunión pública para presentar el proyecto de la refinería y su impacto ambiental en la zona. En este caso no se trató de una consulta popular *ad hoc* como las que implementó para los proyectos del nuevo aeropuerto o del tren maya, sino de un mecanismo de consulta pública con la academia, organizaciones civiles y la opinión pública en general, durante veinte días en el mes de julio de 2019, a partir del cual recibió una variedad de opiniones que desde la perspectiva del gobierno “confirmaron al proyecto como ambientalmente viable”, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/538910/24\\_Dos\\_bocasD.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/538910/24_Dos_bocasD.pdf) (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>40</sup> La consulta se realizó en diciembre de 2019 y reunió la participación de casi 101 mil ciudadanos —principalmente integrantes de las comunidades indígenas de la región—. Un 92% votó a favor del proyecto. La Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos consideró que el estudio no cumplió con estándares internacionales y que las autoridades decidieron unilateralmente la metodología sin el consenso de las comunidades afectadas, además de que fue el propio gobierno el que organizó la consulta, y no un órgano independiente como corresponde, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2019/12/20/mexico/1576863932\\_367632.html](https://elpais.com/internacional/2019/12/20/mexico/1576863932_367632.html) (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>41</sup> En este caso, el gobierno replicó el esquema que empleó para la cancelación del nuevo aeropuerto en Texcoco. Realizó una encuesta el 21 y 22 de marzo de 2020 en el estado de Baja California, en la que participaron aproximadamente 5 mil personas, de las cuales un 76 por ciento manifestó su desacuerdo con la construcción y operación de la planta de *Constellation Brands*, para la producción y exportación de cerveza. El gobierno reconoció el resultado y ordenó la cancelación de la obra, que contaba con todas las autorizaciones necesarias. Este acto constituyó una expropiación de hecho. En virtud de los inminentes litigios en contra del gobierno de México por este acto ilegal y gracias a la intermediación del gobierno de los Estados Unidos, el presidente negoció con ejecutivos de la firma internacional para llegar a un arreglo favorable en torno a la reubicación de la planta. Independientemente de esta negociación de último minuto, este hecho en combinación con el resto de las políticas económicas del gobierno ha producido un impacto

de estas consultas se realizó en total inobservancia de lo dispuesto en la Constitución y sus costos han sido asumidos por el gobierno bajo el argumento de que dichas consultas representaban legítimamente la voluntad popular, a pesar de que en los hechos, además de no ser organizadas ni calificadas por la autoridad electoral, ni haber sido previamente analizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no alcanzaron una participación superior al dos por ciento de la lista nominal de electores. La gran paradoja es que el objeto de casi todas de las consultas populares que ha implementado el gobierno es precisamente sobre *obras de infraestructura*, que deliberadamente fueron exceptuadas en la reforma constitucional de diciembre de 2019.

El clímax en este rubro tuvo lugar a propósito de la solicitud de consulta popular para llevar a juicio a expresidentes de México que el presidente López Obrador envió al Senado en septiembre de 2020. De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 35 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía calificar previamente la constitucionalidad de la materia de la consulta. El proyecto de sentencia, elaborado por el ministro Luis María Aguilar Morales, declaraba la inconstitucionalidad de la consulta en virtud de su carácter privativo constituía una violación a los derechos humanos de los expresidentes y, en consecuencia, la materia de la consulta resultaba inconsistente con el inciso 3 de la fracción VIII del artículo 35 constitucional en virtud de que sometía “[la] vigencia de los derechos humanos a lo que decida un grupo de la población, ya que los derechos humanos y sus garantías son indisponibles y, mucho menos, pueden ser restringidos en una consulta popular”.<sup>42</sup> Parecía que se trataba de un caso relativamente sencillo desde una perspectiva de interpretación constitucional, a pesar de la enorme presión que el titular del Ejecutivo y sus partidarios ejercieron sobre la Corte en los días previos a la discusión del proyecto que se celebró el 1o. de octubre de 2020.

---

profundamente adverso en el crédito internacional del país. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/trascancelaciondecerveceraconstellationbrandsacceptoladelaconciliacionamlo> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

<sup>42</sup> Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el jueves 1o. de octubre de 2020, p. 8. Intervención del ministro Luis María Aguilar Morales en la discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del proyecto de resolución sobre la REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR QUE DERIVA DE LA PETICIÓN FORMULADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 1/2020.

La deliberación del Pleno del Máximo Tribunal tomó un giro inesperado a partir de la pauta interpretativa que estableció el ministro presidente quien, de forma contraria a la costumbre —en que hace uso de la palabra hasta el final— tomó la palabra inmediatamente después de la presentación del proyecto por parte del ponente, el ministro Aguilar. Sus argumentos eran tanto heterodoxos como inesperados. Los centraba principalmente en la dinámica que Ackerman describe en su *locus classicus* como *constitutional politics*: desde la perspectiva del ministro presidente, el análisis sobre la constitucionalidad de la propuesta de consulta popular debía entenderse no como un ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte, sino de sus atribuciones de naturaleza política.

[No] podemos desempeñar adecuadamente nuestra función si no entendemos a cabalidad cuál es su sentido y alcance en nuestro régimen constitucional. Esta no es una función jurisdiccional, es una atribución atípica para un Tribunal Constitucional, en la medida en que la consulta popular es un instrumento de democracia y, como tal, de naturaleza política. La Constitución General estableció la consulta popular como un medio participativo de gran alcance, diseñado para integrar a todas las personas al debate público y hacer posible una ciudadanía robusta y plural, condición indispensable para consolidar un país más igualitario. Para cumplir con este propósito, la Constitución nos encomendó la tarea de desplegar una función político-constitucional, en el sentido de que nos corresponde abrir las puertas de la vida institucional a quienes históricamente han estado excluidos de ella. Nuestro rol en este escenario no es solo el de juzgar una pregunta, sino dar alcances expansivos a la posibilidad de consulta a efecto de hacer efectivos los derechos de participación ciudadana, armonizando todos los principios constitucionales en juego. [Cuando] ejercemos la competencia revisora que la Constitución nos asigna, debemos ser muy cuidadosos de no frustrar indebidamente los objetivos del mecanismo de consulta y, con ello, este derecho ciudadano. El poder que se deposita en nosotros de decidir que una consulta no puede realizarse debe ejercerse con plena conciencia de la responsabilidad que entraña. Vedar la posibilidad de que las personas ejerzan su derecho a la participación política es algo que no debemos hacer a la ligera, esta visión exige —a mi juicio— adoptar una aproximación deferente a la consulta, que evite una interferencia indebida con la deliberación colectiva.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 12-15. Intervención del ministro presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del proyecto de resolución sobre la REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CON-

La postura del ministro presidente fue respaldada por una mayoría de los integrantes del Pleno. Dicha postura trasladaba los postulados del proceduralismo constitucional de John Hart Ely (Ely, J. H., 1980) a la esfera de la política constitucional en México y el rol que la Suprema Corte debía asumir en ella. El problema interpretativo de fondo radicaba en la prevalencia que el ministro presidente y la mayoría que lo acompañó otorgaban a la deliberación democrática a través de la consulta popular por encima de la interpretación estricta del dispositivo constitucional que claramente prohibía realizar una consulta popular en los términos presentados por el presidente de la República. Pero incluso había un problema todavía más sustantivo: el sentido de la consulta dejaba ver que los expresidentes serían sometidos a procesos judiciales en caso de que la mayoría de la población consultada así lo decidiera, esto es, que la administración de justicia quedaría sujeta a una decisión popular. Esto suponía inequívocamente una negación palmaria de los principios de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso que sostienen al Estado constitucional de derecho. En palabras del ministro Laynez.

[El] artículo 21 de la Constitución General de la República establece que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías. De igual forma, señala que al ministerio público le corresponde el ejercicio de la acción penal ante los tribunales. Este artículo no señala potestades o facultades discrecionales, sino obligaciones de las autoridades encargadas de la investigación de los delitos. Cuando las fiscalías conocen de la posible comisión de un delito, ya sea porque recibieron una denuncia, porque se presentó una querrela, es decir, una petición de un ciudadano, estas autoridades están obligadas, sí o sí, a investigar, y si encuentran elementos, tienen que llevar al presunto infractor ante la justicia. un delito, ya sea porque recibieron una denuncia, porque se presentó una querrela, es decir, una petición de un ciudadano, estas autoridades están obligadas, sí o sí, a investigar, y si encuentran elementos, tienen que llevar al presunto infractor ante la justicia. [En] suma, la justicia no se consulta, porque resulta que afecta los mecanismos protectores de los derechos humanos y los derechos humanos propiamente dichos. [Yo] sé que esta no es una decisión fácil y que sé que posiciones como la mía no son populares, es muy probable que una decisión de esta naturaleza, si permaneciera el apoyo al proyecto, no sea apoyada por

---

SULTA POPULAR QUE DERIVA DE LA PETICIÓN FORMULADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 1/2020, énfasis añadido.

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

la mayoría de la población mexicana; sin embargo, los jueces constitucionales no somos nombrados para ser o para ganar popularidad, los Poderes Ejecutivo y Legislativo sí, además de sus competencias y su expertise están ahí para recoger y actuar conforme al deseo de las mayorías, nunca el Poder Judicial, nunca las fiscalías. La Suprema Corte tiene como función esencial salvaguardar la supremacía de la Constitución y garantizar el respeto de los derechos humanos de cada mexicana o mexicano, aún muchas veces contra el deseo de las mayorías. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo órgano de protección de los derechos y libertades de las personas, de la separación de Poderes, de la fortaleza de las instituciones y de la protección de los grupos minoritarios, que muchas veces son minoritarios, endebles y discriminados, precisamente por decisiones de la mayoría.<sup>44</sup>

Al final, una mayoría de 6 a 5 declaró la constitucionalidad de la consulta popular propuesta por el presidente de la República, pero realizando cambios tan sustanciales a la pregunta original, que prácticamente dejó sin materia a aquella. Esta decisión además de revelar los alcances de la intromisión de la coalición gobernante en el proceso constitutivo de toma de decisiones del Máximo Tribunal hizo visible la tendencia de la mayoría de la Corte a “adoptar una aproximación deferente a la consulta, que evite una interferencia indebida con la deliberación colectiva”<sup>45</sup> y con ello, al respaldo popular mayoritario del que gozaba el gobierno del presidente López Obrador. Esta actitud de la mayoría es lo que en otros trabajos se ha descrito como una preocupante actitud de subordinación al poder político (Olaiz, J., 2021: pp. 447-471). Semejante lectura es compartida por Pedro Salazar —en el estudio más prolijo sobre este tema— para quien la decisión de la Corte en este caso supuso una derrota del derecho por las razones y lógicas del poder (Salazar, P., 2021, p. 129) en la que el tribunal constitucional salió también derrotado.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 71, 74 y 75. Intervención del ministro Javier Laynez Potisek en la discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del proyecto de resolución sobre la REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR QUE DERIVA DE LA PETICIÓN FORMULADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA 1/2020.

<sup>45</sup> *Supra*, nota 43, p. 15.

<sup>46</sup> Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/elpodersobreelderechoelcasodelaconsultapopularparajuzgaralosexpresidentes/> (última fecha de consulta: 26 de mayo de 2021)

## VI. REGRESIÓN POR TRANSFORMACIÓN

En 1999, Bruce Ackerman escribió un influyente artículo sobre la dimensión humana de las revoluciones (Ackerman, B., 1999: p. 2279), en el que describía cuatro formas para modelar el cambio (político): la primera era la *mano invisible*, en la que cada grupo tiene sus propios intereses, pero trabaja en conjunto con los demás para obtener un resultado que beneficie a todos, por más inesperado que éste sea. La segunda forma atribuye el cambio a la *instigación de las élites*, que a partir de su influencia en el proceso social dan forma a la realidad para conseguir sus objetivos. La tercera estrategia consiste en la identificación de la forma en que evolucionan las *costumbres dentro de una comunidad política* y sus perspectivas de cambio. Finalmente, está la *transformación revolucionaria*: que se produce por movilizaciones masivas a favor de ciertos principios que se consideran indispensables para promover el cambio y de las que las élites en turno quieren legitimarse como sus voceros. Cada una de estas formas tiene su respectivo predicado prescriptivo que, en el ámbito constitucional, históricamente se ha desarrollado en el formato controlado por las élites (Ackerman, B., 1999: p. 2280).

Poco más de veinte años después, en su última entrega —*Revolutionary Constitutions*, Ackerman retoma estas estrategias con algunas variaciones en torno a lo que denomina *constitucionalismo revolucionario* (Ackerman, B., 2019), a partir de su concepción humana de las revoluciones— en contraste con el modelo totalitario basado en la violencia.<sup>47</sup> En este estu-

---

<sup>47</sup> En un intento de salvar la idea revolucionaria de las exageraciones totalitarias que se extendieron durante el siglo XX, el profesor Ackerman (Ackerman, B., 1999: pp. 2283-2285) aboga por retomar la idea de la revolución desde una perspectiva con dimensiones humanas sin socavar su carácter distintivo. De conformidad con este propósito, Ackerman introduce la noción de *revolución con escala humana* y la define como “[Un] esfuerzo consciente para movilizar a la comunidad relevante a fin de que rechacen prácticas y creencias dominantes en la actualidad en cualquier área de la vida social. Dichas revoluciones prosperan cuando reconocen en una manera fundamental y en un corto período aquellas prácticas y creencias dominantes. La reorganización radical en unas áreas puede, aunque no necesariamente debe, llevar a transformaciones similares en otras.” En este contexto, Ackerman nos pide tener en mente que —a diferencia de los hechos históricos del pasado, lo que hace que un proceso sea “revolucionario” no es la violencia sino “la manera desenfadada en la que los agentes del cambio se describen a sí mismos como el reemplazo de un viejo régimen con uno nuevo que repudia elementos centrales del *statu quo*” con la siempre latente posibilidad de que el antiguo régimen reaccione violen-

dio (Ackerman, B., 2019: pp. 3-7), identifica tres caminos constitucionales en el mundo contemporáneo: uno que enmarca en su teoría sobre el constitucionalismo revolucionario, en el que un movimiento que opera al margen del sistema e incluso mediante el empleo de la fuerza bruta, logra deponer al *statu quo* para imponer su filosofía de cambio y se hace del poder mediante lo que Ackerman describe como *carisma revolucionario*. Dentro de estos supuestos, ubica a las transformaciones políticas (revolucionarias) de India, Sudáfrica, Francia, Italia, Polonia, Israel e Irán. El segundo corresponde a integrantes del grupo de poder (Ackerman los llama *infiltrados o élites responsables*) que implementan cambios graduales y estratégicos dentro de la constitución para debilitar a los movimientos revolucionarios —incluso mediante la cooptación— antes de que adquieran fuerza suficiente para llegar al poder;<sup>48</sup> el caso británico es su ejemplo por excelencia. El tercer camino atribuye el liderazgo del cambio a élites políticas y sociales que están fuera del sistema —élites externas— pero que, por su nivel de influencia y el debilitamiento del grupo en el poder, son capaces de construir desde fuera un nuevo arreglo constitucional. La ilustración paradigmática de este camino es la transición española.

Con estos conceptos en mente, vale preguntarse a cuál de estos caminos de cambio constitucional corresponde la transformación política que México ha experimentado desde julio de 2018. Si se sigue la narrativa de la coalición de gobierno que ganó las elecciones de ese año, no hay lugar a dudas de que la ubica en el ámbito de la *constitucionalización del carisma revolucionario*, al advertir que este movimiento político se equipara a los momentos constitucionales de la Independencia, la Reforma y la Revolución.<sup>49</sup> Sin embargo, los hechos y la conversación entre la ciudadanía y el gobierno durante los dos últimos años ofrecen una versión diferente:

---

tamente contra estos esfuerzos revolucionarios pacíficos. A todo esto, Ackerman agrega que “con ambas facciones movilizándolo sus fuerzas, es simplemente muy sencillo para cada uno satanizar a su contrario, generando un ciclo de incivildad que puede conducir a un desastre si sale de control.” De ahí la relevancia de canalizar institucionalmente este proceso deliberativo.

<sup>48</sup> Este camino corresponde a las estrategias que se siguieron en México para implementar el proceso gradual de liberalización política que inició con la reforma política de 1977.

<sup>49</sup> En el imaginario de la coalición gobernante, el itinerario de su movimiento político desde 2006 le legitima para considerar que en repetidas ocasiones (2006, 2012 y 2018), la mayoría popular les había preferido sobre el resto de las fuerzas políticas y solamente en 2018 —desde su perspectiva— su triunfo electoral fue institucionalmente reconocido. El

Como se planteaba al inicio de este artículo, el itinerario del cambio constitucional de los últimos tres cuartos de siglo se ha desarrollado en el ámbito de las élites o infiltrados responsables, que controlan el mecanismo de cambio, sus tiempos, reglas y participantes. La elección presidencial de 2018 permitió el acceso pacífico e institucional al poder a un movimiento masivo de rechazo al *statu quo*, que desde varios ángulos podría considerarse como revolucionario. Sin embargo, la forma en que este movimiento ejerció libre y abiertamente su oposición al sistema durante los años previos a su llegada al poder, como resultado del dilatado proceso de liberalización política, no le encuadra en las nociones de marginalidad, sacrificio ni de carisma revolucionario que Ackerman atribuye al constitucionalismo revolucionario.

Por el contrario, fueron élites responsables las que habilitaron un proceso de transferencia del poder a un movimiento que llegó con una legitimidad constitucional suficientemente amplia para emprender un proceso de cambio de régimen que predicara el rechazo de sus seguidores a elementos centrales del *statu quo* que relevaron en el ejercicio del poder público. Sin embargo, la evidencia acumulada hasta la fecha arroja un balance más tendiente a la preservación del sistema —tal como lo recibió—, a mantener una actitud reservada sobre las posibilidades de cambio constitucional, y en algunos casos, una visión regresiva sobre el funcionamiento del sistema constitucional al replicar prácticas que criticaba cuando era oposición.

La pregunta recurrente que se han formulado los estudiosos del proceso constitucional desde el inicio de la administración ha girado en torno al alcance, forma y profundidad de las estrategias de cambio constitucional que ha implementado esta administración. Por su parte, la actitud del gobierno frente al cambio se ha dividido en dos niveles: el retórico y el legislativo.

Desde el inicio de la administración, el presidente ha reivindicado que su gobierno no tiene ningún parecido con todos los que le antecedieron. Admite parangón —dentro de la narrativa de su movimiento hecho gobierno— solamente con los episodios históricos de la Independencia, la Reforma y la Revolución. Desde su perspectiva, la honestidad, austeridad y lucha contra la corrupción y los privilegios son las claves no sólo para

---

análisis que se formula en este trabajo se basa en las calificaciones de las elecciones de 2006, 2012 y 2018 realizadas por el Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, en consecuencia, se ajustaron al orden constitucional vigente.

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

el buen gobierno, sino para el desarrollo económico y social. En esos conceptos ha articulado su narrativa de cambio constitucional, que a nivel retórico lo ha hecho sostener que con las reformas constitucionales impulsadas por las amplias mayorías legislativas con las que su coalición cuenta en el Congreso y en los estados, el país de hecho ya cuenta con una nueva constitución.<sup>50</sup> En la retórica presidencial, México experimenta un nuevo ciclo de cambio constitucional desde diciembre de 2018 y en un año ha sentado las bases de un nuevo régimen político ¿Cuáles son esas bases?

<sup>50</sup> Versión estenográfica del discurso del presidente Andrés Manuel López Obrador con motivo del 103 Aniversario de la promulgación de la Constitución de 1917, en Querétaro, el 5 de febrero de 2020. En su discurso, el presidente subrayó: “Pueden, lo he dicho en otras ocasiones y lo repito ahora, pueden ser consideradas dichas reformas como una nueva Constitución. Es una nueva Constitución dentro de la Constitución del 17. Las reformas que se han hecho han atendido la necesidad de cambio. [Por] ejemplo, fue muy importante el que se reformara la Constitución para que se considerara delito grave a la corrupción, que no lo era, aunque parezca increíble, en nuestro país donde imperaba la corrupción. El que robaba presupuesto no podía ser juzgado por hechos corrupción o podía ser acusado, pero tenía derecho a obtener la libertad con una fianza. Esto ya se modificó. [Y] fue algo muy importante, porque nada ha dañado más a México que la deshonestidad de los gobernantes, eso es lo que ha dado al traste con todo, esa es la causa principal de la desigualdad económica y de la desigualdad social. [Entonces], no permitir la corrupción fue un gran avance, el castigar la corrupción, el que no se le permita al corrupto la posibilidad de salir de la cárcel. [Que] podamos los mexicanos erradicar la corrupción, desterrar para siempre la corrupción y fortalecer nuestros valores culturales, morales, espirituales, que se llegue a estigmatizar al corrupto, que no se le aplauda, que no se le celebren sus actos de corrupción, que se avergüence el que piense que va a llegar a un cargo público para hacerse grande con la riqueza mal habida. [Creo] que esta es una transformación o es un elemento central de la Cuarta Transformación: desterrar por completo, acabar por completo con la corrupción política. [Lo] segundo que se ha hecho, y muy bien, con el apoyo de todos los legisladores, de todos los partidos, se reformó la Constitución para crear la Guardia Nacional, eso fue un gran avance. No teníamos cómo enfrentar el problema de la inseguridad y de la violencia, no podía el Ejército y la Marina hacer labores de seguridad pública, estaban impedidos constitucionalmente hablando y se hizo esta reforma. [Ahora] está en proceso de creación la Guardia Nacional, vamos a tener más presencia, más vigilancia, va a haber más protección a los ciudadanos en toda la República. Esto fue un gran logro. [También] fue importante el que se reformara la Constitución para establecer el principio de la revocación del mandato. Que no se piense que ganamos y podemos hacer lo que nos dé la gana. La democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y con el pueblo. En la democracia el pueblo manda, el pueblo pone y el pueblo quita a sus representantes. [Con] la revocación del mandato va a tener todo el tiempo las riendas del poder en sus manos la ciudadanía, y vamos a hacer valer este principio constitucional”, disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/versionestenografica-103aniversariodelapromulgaciondelaconstitucionpolitica-de-los-estado-unidos-mexicanos?idiom=es> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

Para responder esta pregunta, debemos explorar el otro nivel en que el gobierno ha predicado su versión distintiva del cambio constitucional: en el ámbito legislativo, la administración se planteó emprender una serie de reformas al texto constitucional que se centraron en su visión particular del combate a la corrupción, a la inseguridad, a la desigualdad económica y social, a la inequidad de género, y sobre la forma en que debe cumplirse el mandato constitucional para garantizar la educación pública en el país. La forma en que estos cambios se han predicado en clave constitucional ha implicado ocho decretos de reforma a la Constitución en el transcurso de 2019 y 2020. El acento se ha puesto en la introducción de mecanismos constitucionales para combatir la corrupción como la acción de extinción de dominio (artículos 22 y 73 fracción XXX), la prisión preventiva oficiosa para casos de corrupción (artículo 19), y prohibición para la condonación y exención de impuestos (artículo 28).

Merecen especial atención las reformas para abrogar dos reformas constitucionales promovidas por administraciones anteriores: la de los artículos 30., 31 y 73 para abrogar la reforma educativa impulsada por el gobierno de Peña Nieto; y la de los artículos 21 y 73 para crear la Guardia Nacional (y desaparecer la Policía Federal, articulada como brazo operativo de la Estrategia Nacional de Seguridad del gobierno de Felipe Calderón) como institución clave del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Finalmente, la reforma al artículo 4º para elevar a rango constitucional los programas sociales del gobierno, con una amplia y creciente base de beneficiarios que reciben recursos de forma periódica y directa de parte del gobierno.

Así, el rasgo común que puede identificarse al observar estas reformas es el interés del gobierno para ampliar la garantía y protección de derechos sociales (reforma educativa y de programas sociales), de derechos políticos mediante la introducción de mecanismos adicionales de participación democrática directa (reforma para introducir la revocación de mandato), así como el establecimiento de instrumentos constitucionales para combatir la comisión de actos de corrupción y tráfico de influencias (reformas en materia de corrupción y prohibición de exención y condonación de impuestos). El gran peligro con las normas, como sucede con las formas de gobierno descritas por Aristóteles, es que así como pueden ser utilizadas para servir al bien común, igualmente pueden desvirtuar su finalidad y en consecuencia, mostrar también su propio lado negativo: desde una perspectiva utilitarista, podría inferirse que estas reformas constitucionales expresan la intención del gobierno para generar bases sólidas y estables

de beneficiarios de sus programas sociales que garanticen —junto con la introducción de medios de participación democrática directa como la revocación de mandato— la continuidad de su proyecto y la minimización o debilitamiento de la oposición política mediante una implementación diferenciada de sus políticas anticorrupción.

Por el contenido y alcance de las reformas promovidas por el gobierno y por su actitud frente al cambio constitucional, puede colegirse que su postura frente al cambio constitucional hasta el momento ha sido minimalista y conservadora. Y como hemos visto, en algunos aspectos, podría considerarse hasta regresiva.

El actual gobierno más que abrazar la vieja estrategia de *preservación por transformación*, característica del *establishmentarianismo* de los últimos cuarenta años, ha optado por introducir una visión particular y distintiva del cambio, una que por sus peculiares cualidades de tendencia a la concentración del poder y patrimonialización de los programas del gobierno, así como su bajo aprecio por la legalidad y el estado de derecho, retrotrae a las épocas de mayor hegemonía del antiguo partido del gobierno en las que no era necesario enmendar la constitución para producir cambios profundos en el proceso social y político, en tanto que casi todo funcionaba mediante la promulgación de decretos presidenciales y que la constitución —en función de su valor simbólico— debía reformarse lo menos posible. El minimalismo gradualista y selectivo por el que se ha emprendido el cambio constitucional por parte del gobierno, lo coloca nuevamente en esa tradición simbólica. Estas actitudes son más consecuentes con lo que aquí se ha denominado *regresión por transformación*. Como se ha visto, algunas actitudes del gobierno así lo demuestran: los casos del Memorándum en torno a la reforma educativa, del discurso hecho decreto e iniciativa de ley a la vez violentando la separación de poderes y el principio de legalidad, las consultas populares a modo y al margen de la Constitución, el desmantelamiento del servicio público y el socavamiento constante de los órganos constitucionales autónomos, son apenas la punta del iceberg en torno a la panoplia de ilegalidades que se han convertido en el *modus operandi* del gobierno. Cada uno de estos ejemplos, evidencia el carácter regresivo de los cambios que el gobierno presenta como transformaciones.

Además, el argumento de que un sistema se transforma solamente porque algunos participantes relevantes así lo sostienen, no implica necesariamente que esto sea así. Esto solamente será real, si retórica y acción son coincidentes. En el caso del actual gobierno, esto no ha sucedido. La

grandilocuencia retórica del cambio no se colige con las reformas constitucionales que ha emprendido. Por el contrario, se ha tratado más bien de un cambio político que insiste en presentarse como una revolución constitucional cuando su llegada al poder en realidad representó una rotación de élites como resultado de un dilatado proceso de cambio gradual del sistema que ha evolucionado en la narrativa de Ackerman del *establishmentarianismo* al elitismo como rutas de cambio constitucional. En resumen, el caso mexicano de 2018 es un híbrido de ambas rutas con un comportamiento que invoca principios propios del constitucionalismo revolucionario que experimenta aceleradamente las distintas etapas de desgaste que Ackerman describe en su teoría (Ackerman, B., 2019: pp. 8-10).

## VII. DUALISMO DEMOCRÁTICO COMO ESTRATEGIA DE TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL

No debe olvidarse que las tesis del cambio constitucional que defiende Ackerman se ubican idealmente en el modelo de la democracia dualista, que se ha planteado como estrategia de transformación del diseño constitucional contemporáneo en México (Olaiz, J., 2015: pp. 341-384). En dicho modelo, se distinguen dos tipos de decisiones dentro de un sistema democrático: las que hace el pueblo directa y excepcionalmente; y las que de forma ordinaria hace su gobierno. Las primeras suponen circunstancias especiales en las que un movimiento dilatado, amplio y con un respaldo masivo de parte de los ciudadanos, rechaza elementos centrales del *statu quo* y consigue mediante elecciones consecutivas, *un apoyo mayoritario que es reiterado una y otra vez* para que ese movimiento consiga la legitimidad necesaria para tomar decisiones en nombre del Pueblo. Por el contrario, las decisiones que se adoptan de forma ordinaria corresponden a la operación tradicional del gobierno mediante el principio de representación política, y en las que se espera que estos representantes sean moderados y contenidos al ejecutar el mandato de sus electores, sobre todo en lo que a cambios constitucionales se refiere (Ackerman, B., 1991: pp. 6 y 7).

Este modelo es especialmente persuasivo y permite distinguir de forma eficaz los alcances que una transformación política puede tener en el ámbito del cambio constitucional. Sin embargo, su aplicación todavía es inconsecuente en el caso de México, por la profunda tradición monista en que se predica el cambio constitucional desde su inicio como república

independiente. El carácter monista de nuestro sistema democrático supone que la coalición ganadora de la última elección general gozará de plena autoridad legislativa y legitimidad política para implementar su plan de gobierno, incluso por vía de cambio constitucional si cuenta con el suficiente respaldo mayoritario en el Congreso y las legislaturas de los estados. El problema del monismo sistémico en México es que así como una sola elección otorga plena autoridad legislativa a la coalición gobernante, en la dinámica del cambio constitucional que trasciende el nivel inmediato de las enmiendas del texto y que más bien apunta a la consolidación de esas enmiendas en las prácticas y operaciones del sistema y de la propia cultura constitucional,<sup>51</sup> no es necesario refrendar ese primer triunfo de forma constante en elecciones posteriores para consolidar una agenda de largo plazo de cambio constitucional. Esto es inversamente proporcional por necesidad a la estabilidad o preservación que se espera de cualquier proceso de cambio constitucional, y precisamente por esa característica, la longevidad de las reformas constitucionales en México ha disminuido.

Por otro lado, la arraigada tradición de simbolismo constitucional en México ha generado la concepción de que el mecanismo de enmienda o reforma constitucional es suficiente para consolidar el cambio constitucional. Esto no es así. Bastó la llegada de una nueva mayoría política para dismantelar las reformas constitucionales estructurales promovidas por la administración del presidente Peña Nieto a través del denominado *Pacto por México*.<sup>52</sup> Esto puede suceder también con las reformas impulsa-

---

<sup>51</sup> En este tema, Serna de la Garza (Serna, J. M., 2018: p. 515) nos ofrece una perspectiva interesante en torno a la dinámica del cambio constitucional en México. Basándose en los postulados de Jon Elster sobre la diferencia entre constitución escrita y constitucionalismo, Serna subraya que el constitucionalismo supone “un estado mental, una expectativa, una norma, por la cual la política debe conducirse de acuerdo con reglas y convenciones, escritas o no escritas, las cuales no pueden ser cambiadas fácilmente. Las constituciones pueden existir sin constitucionalismo, si son percibidas como meras herramientas de políticas públicas o como instrumentos para beneficiar intereses de corto plazo o partidistas. Por el contrario, el constitucionalismo puede existir sin constitución escrita, si las reglas del juego no escritas son aceptadas ampliamente”.

<sup>52</sup> El acuerdo entre partidos celebrado entre el presidente Enrique Peña Nieto y los tres principales partidos políticos en México, llamado *Pacto por México*, fue firmado en diciembre de 2012, y representó para sus promotores un acuerdo político de pleno derecho que constituyó a su juicio, un momento *fundacional* que afectaría la forma en que el proceso político se iba a llevar a cabo en el futuro. En mi opinión, fue otro ejemplo de asentamientos de élite que establecen una agenda reformista a gran escala que, a pesar

das por la actual coalición gobernante. Esa es precisamente la relevancia de acercar el diseño del sistema al modelo de democracia dualista que propone Bruce Ackerman. La reiteración de triunfos electorales de una coalición gobernante, aunada a la movilización y apoyo masivos de los ciudadanos vía referéndum sobre cuestiones de trascendencia nacional<sup>53</sup> y la consecuente validación por parte de la Suprema Corte, comporta un mecanismo democráticamente oneroso para garantizar la estabilidad y perdurabilidad de los cambios constitucionales hasta que se generen las mismas condiciones —igualmente onerosas— para revocarlos.<sup>54</sup>

El tema central de las transformaciones políticas que México experimentó después de 1968, giraba en torno a la necesidad de reducir la concentración del poder político alrededor de la figura del presidente y a la de reconocer la creciente pluralidad política que caracterizaba al país, mediante reformas constitucionales y legales que permitieran procesos electorales independientes del gobierno y que garantizaran que los resultados de las elecciones serían respetados, incluso si eran adversos al partido hegemónico. Las reformas estructurales de los años noventa apuntaron en esa dirección y su espíritu se había preservado hasta finales de 2018.

---

de sus buenas intenciones, carece de validez formal y, por lo tanto, es extremadamente inestable, al haber dejado de lado la Constitución y las instituciones formales y sus procedimientos. Ciertamente, la existencia de este tipo de pactos de élite evidencia el fracaso de los procesos e instituciones políticas tradicionales; sin embargo, no debemos olvidar que, incluso en el caso de los participantes y los procesos informales, su objetivo final es persuadir a los participantes formales para que internalicen las demandas de los primeros para lograr un cambio significativo a través de la aportación de sus argumentos actualmente *fuera del muro* para integrarse indiscutiblemente *dentro del muro*. Desde este punto de vista, este no es un objetivo para los defensores de los pactos de élites pasados y nuevos: consideran el compromiso político informal como un fin, con el objetivo de asegurar un grado razonable de maniobra política antes de las próximas elecciones, en la medida en que (las élites políticas) se aseguren de disfrutar de sus privilegios a través de la presentación de una narrativa basada en “acuerdos sin precedentes”, que resulten en “un momento fundacional en nuestra historia reciente”, que anticipe que “ahora las transformaciones reales vendrán aparejadas”, señalando el predominio perdurable de la bien conocida retórica de la *preservación a través de la transformación*.

<sup>53</sup> La propuesta para introducir el referéndum como mecanismo para el cambio constitucional en México se ha formulado desde hace varios años. En su artículo sobre la reforma constitucional en México, Jorge Carpizo (Carpizo, J., 2011, pp. 582-583, 587-598) recordaba que Diego Valadés (Valadés, D., 1977: pp. 206 y 207) había propuesto la introducción de la iniciativa popular y el referendo desde 1977.

<sup>54</sup> Sobre las distintas alternativas para introducir mecanismos de mayor onerosidad para reformar la Constitución, véase Serna de la Garza (2018: pp. 509-511).

Debe recordarse, que en el momento en el que un movimiento que defiende un cambio político radical accede al poder, se enfrenta a un dilema frente al cambio constitucional, en el que suele asumir una de dos actitudes posibles: La primera es reconocer las complejidades para cambiar el sistema de forma profunda y radical, con el riesgo de causar el colapso del propio sistema, por lo que asume una actitud minimalista frente al cambio, al apostar por una combinación de estrategias de mano invisible, evolución de expectativas y prácticas colectivas y asentamientos de élites, que en conjunto, permitan implementar reformas posibles con cierta gradualidad. La actitud opuesta es osada y maximalista. Interpreta que el respaldo masivo en las últimas elecciones confiere suficiente legitimidad política para invocar el mandato del Pueblo para convocar a la redacción de una nueva constitución que refleje los ideales que llevaron a la coalición gobernante al poder. El riesgo que supone esta alternativa es precisamente que la movilización de sus opositores gane tal *momentum* que incluso ponga en riesgo la viabilidad del propio gobierno. En México, durante dos de los tres momentos más recientes de alternancia política en 2000 y 2018, sus élites políticas optaron por la primera actitud: se inclinaron por la introducción de cambios constitucionales graduales y controlados que no pusieran en riesgo ni su triunfo electoral, ni tampoco la estabilidad del sistema.

Los procesos de transformación política y cambio constitucional son resultado de una dialéctica dilatada, reiterada y la mayoría de las ocasiones, intensa y amarga, entre los proponentes de los cambios al *statu quo* y sus oponentes. Esta dialéctica debe ir acompañada de movilizaciones masivas en torno a los dos grupos antagónicos y sus propuestas, para que al final de estas diferencias y mediante los mecanismos institucionales previamente establecidos (elecciones y procesos de control constitucional, principalmente), uno de estos bandos se alce como el triunfador para hablar legítimamente en nombre del Pueblo, en virtud del amplio y profundo respaldo popular que tuvieron sus iniciativas. Esta dialéctica pretende reivindicar, entre otros aspectos, la prevención de que ese respaldo popular masivo no puede interpretarse como definitivo a partir de los resultados de una sola elección. Por el contrario, su reiteración continuada en el tiempo es lo que permite conferir una legitimidad incuestionable al ganador y dota de mayor estabilidad a las estrategias de cambio constitucional que este último implemente. Estos argumentos nos ubican claramente en las fronteras del dualismo democrático de Ackerman y refrendan la necesi-

dad de transitar hacia ellas en el diseño constitucional contemporáneo de nuestro país (Olaiz, J., 2015, pp. 341-381). Las actuales limitaciones en torno a las posibilidades genuinas del cambio constitucional en México, solamente la confirman.

### VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una de las prácticas más arraigadas en la dinámica del cambio constitucional en México ha sido su reiterada inclinación al gatopardismo. Como si el guion de la evolución constitucional de México en el último siglo hubiera sido escrito por Lampedusa, sus élites políticas han instrumentalizado el texto fundamental para introducir reformas constitucionales que aparenten que todo ha cambiado para que, en realidad, todo siga igual.

Esta práctica es la que aquí se refería como preservación por transformación, y podía pensarse que no podía haber algo peor para conjurar las posibilidades de un cambio constitucional efectivo en México hasta que en años recientes se conjugaron los hechos relatados en este estudio: anomia, concentración de poder y marginalidad constitucional. Estos preocupantes rasgos de la actual coalición gobernante respecto a su relación con la constitución y el estado de derecho, más que ubicar al país en una ruta preservacionista propia del gatopardismo, lo está conduciendo, al compás de una aparente transformación, a una regresión constitucional propia de las épocas que precedieron el dilatado proceso de liberalización política de los últimos cuarenta años en México.

En la teoría del dualismo democrático de Ackerman, la reiteración de triunfos electorales consecutivos de un proyecto de transformación política es la que confiere a sus líderes la legitimidad democrática para presentarse como voceros de los ciudadanos. Así pues, en el contexto de dicha teoría, una golondrina no hace verano y la coalición triunfadora en el Tiempo 1, habrá de aguardar el resultado de las siguientes elecciones intermedias —Tiempo 2— y las próximas generales —Tiempo 3— para concluir que efectivamente cuenta con el respaldo considerado y mayoritario del pueblo para emprender o continuar con su proyecto de transformación. De otra manera, por más que se sostenga con la mayor grandilocuencia que estamos presenciando un momento constitucional simplemente por el triunfo de una sola cita electoral, el argumento carecerá de sentido y solidez suficientes.

El desenlace de este ciclo de cambios todavía está por verse, pero de momento existen múltiples evidencias que advierten la importancia de repensar como comunidad política las relaciones de sus integrantes con la constitución para reivindicar su propiedad sobre ella, cuando está se encuentra amenazada, porque es de esperarse que de continuar el retroceso democrático, tarde o temprano significará también un retroceso constitucional irreversible y antes de que llegue ese momento, vale la pena recordar una frase recurrente del profesor Aharon Barak: “Si no protegemos a la democracia, la democracia no nos protegerá” (Barak, A., 2003: p. 125); parafraseándolo, frente a esta regresión con apariencia de transformación, si no protegemos a la constitución, la constitución tampoco nos protegerá.

#### IX. REFERENCIAS

- ACKERMAN, B. (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, B. (2000). *We the People, Volume 2: Transformations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, B. (2014). *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, B. (2019). *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, B. (1999). Revolution on a Human Scale. *Yale Law Journal*, 108, 2279.
- BALKIN, J. y LEVINSON, S. (2001). Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, 87, 1045.
- BARAK, A. (2003). The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism. *University of Miami Law Review*, 58, 125.
- BUENDÍA, J. y MÁRQUEZ, J. (2019). 2018: ¿Por qué el tsunami? Julio 2019, de *Nexos* Sitio web: <https://www.nexos.com.mx/?p=43082> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- CARPISO, J. (2011). La Reforma Constitucional en México. Procedimiento y Realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131.

- CASAR, M. A. (2020). La ilegalidad y el presidente. Marzo 2020, de *Nexos* Sitio web: <https://www.nexos.com.mx/?p=47085> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- CASAR, M. A. y Marván, I. (2014). *Reformar sin Mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*. México: Taurus.
- CASAR, M. A. y POLO, J. A. (2019). Sí o sí: Me canso ganso. Julio 2019, de *Nexos* Sitio web: <https://www.nexos.com.mx/?p=43039> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- CONCHA, H. (2020). El decreto del presidente. Abril 30, 2020, de *El Universal* Sitio web: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/hugoconchacantu/el-decreto-del-presidente> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- CORZO, E. (2013). El futuro de la justicia constitucional con referencia a México. En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (135-136). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- ELY, J. H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- GARGARELLA, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- GARGARELLA, R. (2010). *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*. New York: Cambridge University Press.
- GARZA, J. et al. (2020). Gobernar por discurso. Abril 27, 2020, de *El Universal* Sitio web: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/juanjesusgarzaonofre-sergio-lopez-ayllon-issa-luna-pla-javier-martin-reyes-y-pedro-0> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- GONZÁLEZ, N. (2020). *Emergencia Sanitaria por COVID-19. Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sitio web: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detallepublicacion/164> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- HUNTINGTON, S. (1972). *El orden político en las sociedades en cambio*. Barcelona: Paidós.

- LEYVA, O. *et al.* (2017). Financiamiento público y supervivencia de partidos políticos minoritarios en México. *Análisis Político*, 91, 110-129.
- MEZA, M.A. (2020). El no-decreto de López Obrador. Abril 30, 2020, de *Letras Libres* Sitio web: <https://www.letraslibres.com/mexico/politica/elnodetolopez-obrador> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- NINO, C. (1992). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- NÚÑEZ, L. (2020). Darle más poder al poder: la presidencia presupuestal. Abril 27, 2020, de *Nexos* Sitio web: <https://anticorrupcion.nexos.com.mx/?p=1611> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- OLAIZ-GONZÁLEZ, J. (2015). At the Turn of the Tide: A Framework for a Policy-Oriented Inquiry into Strategies for the Transformation of the Constitutive Process of Authoritative Decision in Mexico. *Yale Law School Dissertations* Sitio web: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylds/6> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- OLAIZ-GONZÁLEZ, J. (2021). Mexican Supreme Court at Crossroads: Three Acts of Constitutional Politics. *ICL Journal-Vienna Journal on International Constitutional Law*, 14 (4), 447-471, <https://doi.org/10.1515/icl-2020-0022>
- POST, R. y SIEGEL, R. (2006). Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, 75, 545.
- POST, R. y Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, 373.
- REISMAN, M. (1996). A Jurisprudence from the Perspective of the 'Political Superior. *Northern Kentucky Law Review*, 23, 605.
- ROLDÁN, J. (2020). Un Decreto que se convierte en iniciativa. Abril 28, 2020, de *La Silla Rota* Sitio web: <https://lasillarota.com/opinion/columnas/undecreto-que-se-convierte-en-iniciativa/385548> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).
- SALAZAR, P. (2021). El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6428/12.pdf>
- SERNA, J. M. (2018). La dinámica del cambio constitucional en México: hacia una agenda de investigación. En *La dinámica del cambio consti-*

*tucional en México*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SIEGEL, R. (1996). “The Rule of Love”: Wife Beating as Prerogative and Privacy. *Yale Law Journal*, 105, 2119.

SOBERANES, J. M. (2015). *Análisis formal de las reformas constitucionales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4035/2.pdf> (última fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020).

VALADÉS, D. (1977). Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano. En *Los cambios constitucionales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El control preventivo de constitucionalidad como mecanismo de protección de la buena fe internacional

### *The preventive control of constitutionality as a mechanism of protection of international good faith*

Recepción: 22 de marzo de 2021

Aceptación: 1o. de junio de 2021

Oscar Andrés PAZO PINEDA\*

**RESUMEN.** El control de constitucionalidad ha atravesado distintas fases. En un inicio, se trató de una institución desacreditada, particularmente en Europa. Esto se debía a que el “culto a la ley” se encontraba arraigado en esa parte del mundo. En ese contexto, una forma inicial se hacer compatible esta noción con la del control de constitucionalidad fue el “control previo de constitucionalidad”, el cual permitía fiscalizar el contenido de las leyes, pero antes que estas fueran publicadas. Con posterioridad, esta herramienta ha sido incorporada con el propósito de evitar el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. Este artículo busca demostrar cómo el control preventivo es indispensable para garantizar el equilibrio entre la supremacía constitucional y el principio *pacta sunt servanda*.

**Palabras Clave:** Control preventivo; responsabilidad internacional; supremacía de la Constitución.

**ABSTRACT.** *The constitutionality control has gone through different phases. Initially, it was a discredited institution, particularly in Europe. This was because the “cult of the law” was ingrained in that part of the world. In this context, an initial way to make this notion compatible with the constitutionality control was the “prior control of constitutionality”, which allowed the content of the laws to be audited, but before they were published. Subsequently, this tool has been incorporated with the purpose of avoiding the emergence of the international responsibility of the State. This article seeks to demonstrate how preventive control is essential to guarantee the balance between constitutional supremacy and the pacta sunt servanda principle.*

**Keywords:** Preventive control; International responsibility; Supremacy of the Constitution.

---

\* Universidad de San Martín de Porres (Perú). Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Asesor del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0482-2410>. Correo electrónico: [oscar.pazo.pineda@gmail.com](mailto:oscar.pazo.pineda@gmail.com); [opazo@pucp.pe](mailto:opazo@pucp.pe).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La génesis del control preventivo de constitucionalidad: reflexiones a propósito de los casos de Estados Unidos y Europa Occidental*. III. *Función actual del control preventivo y su empleo en el caso del control constitucional de los tratados internacionales*. IV. *Las tensiones entre la Constitución nacional y el Derecho internacional: la inconstitucionalidad “sobrevenida” y la interpretación evolutiva*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de verificar la validez de una ley a través de su contraste con un sistema u orden normativo superior no es de reciente data. Existen múltiples ejemplos en los que una autoridad, en cumplimiento de una orden superior (sea el derecho natural, el *common law* o alguna invocación divina), ha dejado sin efecto alguna disposición o estatuto. Sin embargo, no ha sido una cuestión sencilla de dilucidar. En muchas oportunidades se sostuvo que cualquier afrenta a la voluntad del legislador era, en esencia, un atentado en contra de la nación. Esto generó que se iniciaran prolíficos debates para tratar de encontrar fórmulas de solución en los que se permitiera la afirmación y el reconocimiento de un orden superior y, al mismo tiempo, se pudiera preservar el rol del legislador en el Estado de Derecho. Este intercambio encontró su punto más álgido cuando se propuso que sean los tribunales los encargados de hacer este juicio de compatibilidad.

En efecto, el control judicial de los actos normativos del Estado se vincula con distintos obstáculos. En un primer momento, debía justificarse cómo es que un acto del Parlamento podía ser dejado de lado por un juez o un tribunal, ya que ello se veía como una conducta antidemocrática al ser la ley una expresión de la voluntad general. Del mismo modo, es bastante conocido que, en diversos países, no se otorgaron a los jueces facultades como las de interpretar o inaplicar las leyes, labor que era asignada al mismo Parlamento. Esto obedecía a un generalizado malestar respecto de la labor de los jueces, especialmente durante el *Ancien Régime*. Un gran ejemplo de esto es, como recuerda Blanco Valdés (2006), la institución del *référé législatif*, la cual permitía la remisión del problema interpretativo al poder legislativo, para que sea este el que brinde la solución a la duda planteada (p. 262).

A este problema debe agregarse la falta de legitimidad que los jueces han tenido en una buena parte de Europa, sobre todo en los siglos XVII y XVIII (Chalmers, 2005, p. 449), lo que motivó que la labor de control se otorgara a órganos constitucionales que fueron creados en el seno de instituciones políticas para tal efecto. Es por ello que, antes que brindarles importantes atribuciones a los jueces, fue concebida como mejor idea la de crear un órgano especializado en esta labor de contraste, y que, mejor aún, naciera del mismo seno de órganos políticos como el Parlamento. De hecho, estos órganos, denominados usualmente como cortes constitucionales, tienen como una de sus características centrales el hecho de ser tribunales autónomos, pero que se diferencian de los jueces por el modo de selección de sus miembros, y porque son ellos quienes suelen erigirse como órganos de “monopolio de rechazo” de una ley cuando sea inconstitucional (Cruz Villalón, 1987, p. 33).

Estos tribunales han tenido (y tienen) múltiples competencias respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, lo que generó distintos cuestionamientos. Una de las competencias más debatidas se relaciona con el denominado “control preventivo de constitucionalidad”. Este control, no exento de críticas, ha permitido que la labor de un tribunal o corte no sea propiamente la de invalidar un producto del Parlamento (que sería la ley votada, aprobada y publicada dentro de un orden jurídico determinado), sino la de interferir antes que este proceso se vea consumado, a fin de no atacar una disposición en vigor que contara con el consentimiento de los representantes de la nación.

Este control, como se examinará, tiene aspectos tanto favorables como desfavorables. La principal novedad es que, al menos en la actualidad, se le ha empleado de manera bastante recurrente en el caso de la ratificación de tratados internacionales, mas no así en el caso del análisis de validez de las leyes producidas por el Parlamento. Esto ha obedecido a una distinta serie de factores, como lo son el retraso en la adopción de las leyes o el hecho de convertir al tribunal o corte constitucional en cuestión en una suerte de “tercera cámara” del Parlamento, lo que supondría politizar su labor.

El empleo del control preventivo en el caso de los tratados internacionales, por el contrario, ha sido mejor recibido en la doctrina. Se le ha vinculado con principios como el de la buena fe internacional y el *pacta sunt servanda*. Al respecto, no debe dejarse de lado la problemática situación de un Estado cuando debe examinar la validez constitucional de un tratado

ya ratificado. Si bien este escenario es claramente probable, lo cierto es que debe tratarse de una excepción y no de una regla. De este modo, los Estados, al momento de manifestar su intención de ser parte de un tratado internacional, deben verificar si su normativa interna —incluida su Constitución— no muestra ninguna contradicción con él. De este modo, es posible afirmar que, si bien en sus orígenes, el control preventivo de constitucionalidad había nacido como una forma de reconocer el importante rol de los parlamentos, en la actualidad su reiterado uso en el contexto del análisis de tratados ha supuesto una forma de seguir afirmando la idea de la supremacía de la Constitución nacional, aunque sin que ello suponga incumplir los acuerdos internacionales.

Por ello, lo que se desea reflejar en este trabajo es que, ciertamente, el control preventivo surgió como una manifestación del respeto y culto a la ley, pero que, por la evolución de las modernas sociedades, se ha desplazado más al ámbito del equilibrio entre la supremacía de la Constitución y del respeto del principio *pacta sunt servanda* en el marco de los tratados internacionales.

## II. LA GÉNESIS DEL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LOS CASOS DE ESTADOS UNIDOS Y EUROPA OCCIDENTAL

El control preventivo de constitucionalidad, aunque con antecedentes también en el modelo estadounidense, es hechura principalmente del modelo europeo. Esta afirmación se sustenta en que, a diferencia de lo que ocurría en las Trece Colonias (en las que se desconfió de la labor del Congreso), en países como Francia existió una desconfianza notable frente a la labor del poder judicial, particularmente por su arbitrariedad al momento de resolver las controversias puestas en su conocimiento, y por no ser un freno adecuado frente al ejercicio del poder absoluto de los monarcas.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, fue precisamente en Estados Unidos donde se promovió una iniciativa de control preventivo que, por ser una salida muy moderada, no llegó a aprobarse. Conviene, en ese sentido, detenerse a explicar cada uno de estos casos, pues ello permitirá conocer las razones que fundamentaron su creación.

1. *El control preventivo de constitucionalidad: un antecedente importante (aunque no determinante) en las Trece Colonias*

En el caso de las Trece Colonias, se ha indicado que, con anterioridad a la elaboración de la Constitución de 1787, se pensó en una suerte de órgano colegiado para evaluar, antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes. Como se conoce, fue en esta parte del continente en la que la idea de Constitución trajo consigo la instauración de una judicatura facultada a invalidar las leyes que sean opuestas con ella. Esto obedeció, en buena cuenta, al recuerdo que dejaba el Parlamento de Inglaterra, no dispuesto a admitir representantes de las Trece Colonias en su seno, y al temor que se tenía de la opresión que podían ejercer los grupos mayoritarios, tiranía que, para muchos de los representantes en la Convención, era la peor de las que podían existir.

Otro temor que se advirtió respecto del Parlamento radicaba en las reformas que empezó a implementar, y que terminaron por perjudicar a un sector minoritario pudiente, por lo que se empezó a pensar en una solución que permita controlar los supuestos excesos que cometía ese poder del Estado. En ese sentido, a través de la defensa del denominado “Plan de Virginia”, se pensaron en distintos modos para limitar posibles excesos del poder legislativo, y entre los medios propuestos figuraba “un consejo de revisión, que debería estar formado por miembros del poder ejecutivo y del poder judicial, y encargado de la revisión *ex ante* de las leyes” (Gargarella, 2012, p. 56). Esto implicaba, como es evidente, que el control se realizara antes de la entrada en vigor de estas disposiciones, aunque con la posibilidad que el Parlamento aprobara una ley semejante, promoviendo nuevamente un contenido similar a la norma inicialmente vetada. Otra alternativa fue la creación de un poder judicial nacional, elegido por la legislatura. Esto demuestra que, entre los colonos, fue bastante común el temor respecto de las denominada “tiranía de la mayoría” (Cueva, 2011, p. 392).

En ese contexto, no fue difícil para estos representantes interiorizar la idea de que un poder ajeno al Congreso pudiese tener la facultad de anular sus actos. Es necesario añadir que, en la actualidad, es sumamente complicado que el denominado control preventivo exista en el contexto de países que se han adherido únicamente al *judicial review* de influencia estadounidense, y que no han incorporado un órgano que monopolice el rechazo de normas con rango de ley por ser incompatibles con la Constitución. Como sostiene Moderne (1993), es difícil imaginar que, en un país

que sólo cuente con el denominado “modelo americano”, pueda existir un control preventivo de constitucionalidad, ya que “el control se realiza exclusivamente sobre normas que han adquirido un carácter definitivo y nunca sobre normas incompletas, porque la actividad ordinaria de los jueces y tribunales no tiene sentido fuera de las normas en vigor, nacionales o internacionales” (p. 409).

En efecto, un elemento característico de la *judicial review* es que, a propósito de la resolución de una controversia, se analiza la constitucionalidad de una disposición que sea *relevante* para arribar a un resultado. En ese contexto, los controles preventivos no tendrían cabida, pues en estos casos la norma que es objeto de escrutinio (que puede ser una norma con rango de ley o un tratado internacional) aún no se ha perfeccionado, por lo que no es posible de ser aplicada a un caso específico. De este modo, en los modelos que se derivan del *judicial review* no es nada frecuente la existencia de un control preventivo. Reconocerlo implicaría que los tribunales puedan tener una importante influencia en la labor que realiza el Parlamento, lo cual no tendría mucho asidero en virtud del clásico principio de separación de poderes. Distinto será, como se examinará, el caso europeo.

## 2. *El control preventivo de constitucionalidad en el caso europeo y el especial rol de los tribunales y cortes constitucionales*

Un escenario marcadamente distinto se dio en una parte importante de Europa. El dogma de la soberanía de la nación generó que sea el Parlamento el llamado a limitar la acción del otrora monarca absoluto. Sin embargo, los europeos cometieron el error de reemplazar a un poder absoluto por otro. En efecto, el Parlamento fue considerado como omnipotente, por lo que idear siquiera la posibilidad de una suerte de control a su labor era atentar contra la voluntad general. No se trataron de simples afirmaciones sin sustento empírico, ya que en muchos países se instauraron mecanismos efectivos de tutela de la labor del legislador. De este modo, principalmente en Francia, los tribunales no tenían competencia para interpretar el contenido de las leyes. En efecto, dentro del rígido esquema de separación de poderes que se ideó en una considerable parte de Europa, se entendía que la labor del poder judicial era simplemente la de ejecutar las leyes

en la resolución de controversias, mas no la de desentrañar su contenido en caso de que este fuera oscuro o ambiguo.

Es importante precisar que la idea de que los tribunales no deberían tener la última palabra en lo que se refiere a la interpretación de las leyes y, particularmente, de los derechos fundamentales, no ha sido totalmente dejada de lado en la actualidad. De hecho, ello ha generado importantes debates que han permitido identificar las debilidades de los tribunales de justicia y cortes constitucionales.<sup>1</sup> En ese contexto, en algunos sectores del continente europeo empezó la propagación de una idea errada respecto de que el principio de separación de poderes era de carácter absoluto, por lo que no se podía aceptar alguna clase de colaboración entre entidades del Estado, lo cual repercutió negativamente en la determinación de las competencias de ciertas entidades estatales, como ocurrió en el caso del poder judicial. Como bien expone Duguit (1996), “[d]el principio de separación de poderes [...] deriva también que el poder judicial carezca de acción sobre el legislativo y no pueda ejercer función judicial alguna” (p. 101). Esto obedeció, esencialmente, al temor de la acumulación del poder, lo cual había ocurrido en el contexto de las antiguas monarquías absolutas. De esta manera, para frenar a un gran poder se trató de moldear otro a su altura, que fue esencialmente el Parlamento.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, también es necesario precisar que el desprestigio del poder judicial también guardó una estrecha conexión con el desempeño arbitrario de los jueces, quienes emplearon la idea de una *lex superior* para justificar sus fallos. Como recuerda Troper (2003), los denominados *parlements* del derecho francés del Antiguo Régimen, que no eran sino tribunales de justicia, apelaron a la noción de “leyes fundamentales del reino” para apartarse de determinados preceptos jurídicos (p. 103). Todo ello, en su conjunto, generó que la Revolución fuese bastante precavida respecto de las competencias de los jueces. Se temía que formasen un cuerpo aristocrático de concedores del derecho que, en búsqueda de sus intereses, ignorasen el clamor popular. De este modo, tenía mucho sentido que fuera el Parlamento el primer y principal poder del Estado, ya que representaba directamente a la nación.

---

<sup>1</sup> Bastante conocida es la obra del neozelandés Jeremy Waldron, autor quien también hace referencia a la posibilidad de la existencia de modelos de control judicial débil, esto es, a la posibilidad que los tribunales puedan cuestionar la constitucionalidad de una ley, pero sin tener la última palabra sobre dicha cuestión (Waldron, 2005).

En este contexto, no sorprende que sea Europa el escenario en el que van a prosperar las primeras iniciativas relacionadas con el control preventivo de constitucionalidad de las leyes. Esto ocurre porque, según se entiende, una ley que haya culminado su proceso de formación y ha sido debidamente promulgada refleja la voluntad general, la cual no debería ser cuestionada por los órganos que administran justicia. Así, el momento ideal para impugnar la presencia de algún vicio de inconstitucionalidad tenía que ser, necesariamente, antes de la promulgación de la ley. Ahora bien, esto supone que no estemos necesariamente en un escenario de “conflicto” entre disposiciones, ya que la disposición a enjuiciar (por lo general, un proyecto de ley) no es propiamente una “ley” o algo similar, ya que aun no culmina el proceso necesario para su implementación. Lo que sí se refleja es la existencia de una futura tensión que haría ver la existencia de contradicciones dentro del ordenamiento jurídico y que debe ser, en la medida de lo posible, evitada por parte de las entidades estatales.

En el modelo francés, bastante reacio a la idea de una supervisión judicial, el cambio de paradigma se dio con ocasión de la entrada en vigor de la Constitución de 1958. De acuerdo con este texto, se instauraba un Consejo Constitucional con competencia para controlar, antes de su promulgación, la constitucionalidad de los proyectos de ley. Esto no quiere decir, evidentemente, que no se hubiesen diseñado en este país algunos prototipos de control. El problema fue, como refiere Pardo Falcón (1991), que el problema del análisis de constitucionalidad en Francia ha sido un tema “abordado con indiferencia, cuando no con el más abierto rechazo, como si se tratara de algo que casa mal con los principios más representativos de esa historia constitucional, y, en concreto, con la tradición republicana” (p. 258).

La instauración de este modelo de control suscitó distintas críticas, ya que se ha considerado que, en la práctica, a través del control preventivo de constitucionalidad lo que se hace en realidad es instaurar una suerte de tercera cámara en el Parlamento. Otra crítica que se ha efectuado en contra de esta forma de control radica en que no advierte que, en ciertos casos, es preciso tomar en consideración que se debe “dejar pasar cierto tiempo para que una ley despliegue todos sus efectos constitucionales” (Ferreres, 2011, p. 58). En efecto, el control preventivo se manifiesta, en algunos casos, como sumamente abstracto, ya que sólo es el cotejo de una incompatibilidad manifiesta entre un proyecto de ley y el texto constitucional. Sin embargo, como veremos con posterioridad, este método puede ser su-

mamente ventajoso, sobre todo si estamos en el ámbito de las relaciones internacionales.

En efecto, pese a que surgió inicialmente como una forma de respetar la soberanía del Parlamento, lo cierto es que el control preventivo de constitucionalidad también se ha ido incorporando, de manera progresiva, a distintos ordenamientos en los que el control de la constitucionalidad de las leyes es un elemento característico. Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Colombia de 1991. En este país el control preventivo de constitucionalidad se ejerce por parte de la Corte Constitucional en ámbitos tales como el control de acuerdos internacionales y sus leyes aprobatorias, el de los proyectos de ley objetados por el gobierno y aquellos mencionados en el artículo 152 del texto constitucional de dicho país. Sin embargo, también tienen importante participación en el control de constitucionalidad los propios jueces e incluso el Consejo de Estado (Lösing, 2002, pp. 318-324).

También es cierto que el derecho comparado contiene soluciones que, de una u otra manera, terminan por devolver la última palabra al Parlamento. Un caso bastante interesante es el de Portugal, cuya Constitución vigente dispone que el Tribunal Constitucional, a solicitud de determinadas instancias, puede declarar la inconstitucionalidad de un proyecto, lo cual generará de manera inmediata el veto por parte del Presidente. Sin embargo, existe la posibilidad que, con posterioridad, la Asamblea de la República se ratifique en su contenido, siempre y cuando cuente con una mayoría calificada de 2/3 de los votos. Otra experiencia sumamente paradigmática es la de Inglaterra, país en el que los jueces expiden sentencia de “mera incompatibilidad” a fin de dejar la última palabra a su Parlamento respecto de la conveniencia de mantener vigente una ley contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.<sup>2</sup>

Como se ve, no necesariamente la instauración de un modelo de control preventivo implica una suerte de “gobierno judicial”, sino que esencialmente se emplea como una herramienta para generar mayores consensos políticos en caso un proyecto pueda ser incompatible con la respectiva Constitución. En la actualidad, sin embargo, su empleo ha sido más asociado con el control de tratados, cuestión que corresponde examinar en el siguiente apartado.

---

<sup>2</sup> Un estudio bastante interesante de la *Human Rights Act* de 1998 se puede apreciar en (Bellamy, 2011).

### III. FUNCIÓN ACTUAL DEL CONTROL PREVENTIVO Y SU EMPLEO EN EL CASO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la actualidad, el control preventivo de constitucionalidad no se limita únicamente a determinar la validez de determinados proyectos de ley. También ha permitido, como se ha dicho, afrontar el problema de la constitucionalidad de los tratados internacionales. En esta investigación se sostendrá que esta fórmula es la que, en mejor medida, permite equilibrar la idea de la supremacía constitucional con la del fomento de la buena fe internacional.

#### 1. *Vínculos y aproximaciones entre la Constitución y el Derecho internacional: la relevancia y el impacto de los regímenes constitucionales*

Antes de analizar el problema concreto respecto de la forma en que debería efectuarse el control de constitucionalidad de los tratados, es necesario precisar que la idea de imaginar una incompatibilidad entre una cláusula constitucional y una internacional es de reciente data, y guarda estrecha conexión con el surgimiento de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Al respecto, como recuerda Mirkine-Guetzévitch (2008), “hasta fines del siglo XVIII, la conclusión de los tratados internacionales fue siempre prerrogativa absoluta de los monarcas; por eso no existen en tal época los problemas que han surgido con el progreso de las instituciones constitucionales. Como la voluntad del príncipe era absoluta, no había ni tratado anticonstitucional, ni regla susceptible de entrar en contradicción con el Derecho internacional” (p. 226).

En este mismo sentido, también es importante considerar que esta incompatibilidad se da precisamente por la difusión, en distintas partes del mundo, de la idea de “Constitución” como fuente suprema y directamente aplicable del ordenamiento jurídico. Al respecto, expone Mariño (1999) que “[e]l desarrollo de los regímenes constitucionales contemporáneos a lo largo del siglo XIX fue planteando progresivamente los problemas de relación entre el Derecho Internacional y el Derecho estatal que, de todos modos, no comenzaron a ser analizados extensamente por

la doctrina europea continental hasta finales del siglo XIX y principios del XX [...]” (p. 515).

En todo caso, es importante recordar que el estudio del Derecho internacional público no fue tomado en serio por parte de la doctrina europea, al menos hasta bien entrado el siglo XX. De hecho, no sorprende que, sobre todo en ese continente, se desarrollaran estudios direccionados a negar la existencia de un Derecho internacional público. Como recuerda García Pascal (2015), “[e]n la respuesta al problema existencial [...] serán más numerosos los académicos, y seguramente también los políticos, que opten por negar la juridicidad de las normas que regulan las relaciones entre los Estados que aquellos que defiendan su estatuto jurídico (p. 89).

De esta manera, la cuestión relacionada con la posible incompatibilidad entre una disposición constitucional y un tratado internacional no se presentó sino hasta bien ingresado el siglo XIX. En todo caso, también es claro que las principales constituciones surgidas luego de las revoluciones continentales, como se precisó *supra*, no delegaron la solución de estas controversias a órganos encargados de impartir justicia, ya que, como era característico de la época, será esta una atribución del Parlamento, o al menos de algún órgano que cuente con la anuencia de este. La problemática vinculada con la facultad de que sean los jueces los que realicen esta clase de control será desarrollada aun en el siglo XX.

## 2. *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: del control político al control judicial*

Se ha discutido en muchos espacios académicos cuál es el valor que el Derecho internacional debería tener en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta situación es aún más complicada si es que se advierte que los mecanismos que los organismos internacionales han empleado con el propósito de promover la aplicación de los tratados en ciertos Estados han fracasado, lo cual tiene mucho que ver con la casi nula coacción que se deriva de esta disciplina. Sin embargo, en la actualidad los tratados internacionales, pese a las limitaciones que han tenido en la práctica, ostentan un papel importante en el ordenamiento jurídico. Es por eso que, aunque con distintas limitaciones, se comenzaron a configurar mecanismos con el propósito de incentivar la aplicación directa de los instrumentos internacionales. Esta incorporación masiva del Derecho internacional en los or-

denamientos internos trajo consigo situaciones de conflicto entre distintas disposiciones, tensiones que son resueltas a veces por órganos políticos y otras por autoridades judiciales.

La idea de que el control de constitucionalidad se encuentre en manos de órganos políticos es propia de Europa, particularmente de Francia. Este modelo será exportado a los países americanos, quienes encontraron en la Revolución Francesa de 1789 no solamente una inspiración para sus ideales de independencia, sino también el influjo de distintas instituciones para proteger a la Constitución de sus adversarios. Algo curioso fue que Simón Bolívar, en la denominada “Constitución Vitalicia”, implementó un órgano político de control no solamente encargado de velar por la protección de la supremacía de la norma fundamental, sino que también responsable de velar si es que el gobierno observaba escrupulosamente los denominados tratados públicos. Este órgano, que sería en realidad la tercera cámara del denominado poder legislativo, era la Cámara de los Censores (Fernández, 1999, p. 413).

Por otro lado, se ha debatido de manera constante la competencia de los tribunales locales (especialmente, de los constitucionales) para analizar la validez de los tratados. De hecho, en muchos países se recurrió a la conocida figura de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*) para justificar su falta de competencia para cuestionar la política exterior adoptada por el Gobierno. Así, en países como Estados Unidos, la jurisprudencia sobre este punto ha sido tan oscilante que es difícil determinar cuáles asuntos de las relaciones exteriores están fuera de los controles judiciales y cuáles no (Bianchi, 1992, p. 315). No es difícil comprender esta situación si es que se advierte que, en muchos países, el principio de separación de poderes fue constantemente invocado a fin de no invadir las competencias de otro órgano del Estado.

Esto también supuso que, en un inicio, los ordenamientos jurídicos guardasen un silencio bastante enigmático en relación con la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales. Ahora bien, fue bastante entendible que el silencio del legislador sobre esta materia condujese a que los tribunales se declarasen como incompetentes para emitir un pronunciamiento de fondo. Sobre esto, Cruz Villalón (1982) destaca que, en el caso de la Constitución de Checoslovaquia de 1920, existió un importante vacío en relación con la situación de los tratados, lo que ameritó que el Tribunal Administrativo Supremo, a través de sentencia

de 29 de marzo de 1921, declarase que estos deberían estar excluidos de cualquier clase de control constitucional (p. 127).

En el continente americano operará una situación semejante, por lo que Abello y Quinche (2006), a propósito del caso colombiano, recordarán que, entre los años 1910 y 1985, prevalecerá en ese país la idea de que los tratados internacionales no podían ser sometidos a control judicial, lo cual se relacionaba con la idea de que ejercer tal atribución suponía una vulneración del principio de separación de poderes, en la medida en que la celebración de tratados públicos era una competencia exclusiva del poder ejecutivo (p. 16). Todo ello supuso que, en una considerable parte del mundo, se entendiera que los tribunales de justicia no tenían competencia para conocer de demandas en contra de tratados celebrados en el marco del Derecho internacional.

En todo caso, en la actualidad ya no es un asunto muy problemático el relativo a la legitimidad de los jueces para efectuar esta clase de controles, sino que los problemas se han extendido a cuestiones como el grado o rango que debe otorgarse a los tratados en el derecho interno. En realidad, incluso antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un importante sector de la doctrina estimaba que los conflictos entre disposiciones internacionales e internas debían resolverse a favor de estas últimas. Así, se ha sostenido que “el principio de la aplicabilidad inmediata del D.I.P común por los tribunales estatales no significa que estos puedan aplicar una norma del D.I.P común aún en el supuesto de que se oponga a una norma estatal” (Verdross, 1963, pp. 69 y 70). También se puede advertir que autores más contemporáneos comparten la idea de considerar que al menos la Constitución es una norma formal y materialmente superior, por lo que no procedería que alguna disposición -aunque fuese del propio Derecho internacional- sea contraria a ella. En ese sentido, como apunta Oyarte (1998), “se debe tener en cuenta que los compromisos asumidos por un Estado pueden ser susceptibles de un control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales. La autoridad del poder público no puede celebrar compromisos internacionales atentatorios a la Carta Política, pues de lo contrario superaría el ejercicio de facultades que le otorga la propia Constitución” (p. 79).

Sin embargo, los distintos desarrollados que han experimentado el derecho constitucional como el internacional han permitido presenciar ciertos escenarios llamativos en el ámbito comparado. Por tratarse de un tema

considerablemente novedoso, conviene detenerse a examinar qué justificaciones se han empleado para el control de la validez de los tratados.

#### IV. LAS TENSIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN ESTATAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA INCONSTITUCIONALIDAD “SOBREVENIDA” Y LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Las tensiones entre las Constituciones y los tratados son cada vez más recurrentes. Estas pueden obedecer a que la celebración del acuerdo no ha observado los cánones dispuestos en la ley fundamental o a que este puede ser contrario a algún principio o derecho reconocido en la Constitución. En líneas generales, se han adoptado dos clases de mecanismos para salvar estas contradicciones: los controles preventivos o *ex ante* y los represivos o *ex post*. Los primeros suelen detenerse a explorar cualquier clase de vicio que pudiera concurrir en el caso que el tratado sea ratificado, y tienen la ventaja de evitar el surgimiento de responsabilidad internacional para el Estado. Sobre ellos se detendrá esta investigación.<sup>3</sup>

Sin embargo, también es importante no evadir que, en la actualidad, existen una estimable cantidad de países que permiten el control *ex post*. Al menos en dos escenarios es bastante factible que se configure alguna clase de tensión entre la Constitución nacional y un tratado luego de la entrada en vigencia de este último, y estos son los de la “inconstitucionalidad sobrevenida” y la interpretación evolutiva de los documentos. Evidente-

---

<sup>3</sup> Es importante precisar que existen ordenamientos en los que existe una prolija regulación de los mecanismos represivos, pero que, sin embargo, carecen de controles preventivos. Este es el caso, por ejemplo, del Perú, el cual habilita la posibilidad de interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales ante el Tribunal Constitucional. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha exhortado a que se implemente un control de carácter preventivo, pedido que, a la fecha, aun no ha sido escuchado por parte del Congreso de la República (STC 00018-2009-PI/TC, fundamento 18). En México, se permite la interposición de recursos de amparo y de inconstitucionalidad en contra de los tratados. Respecto del recurso de amparo, se ha señalado que “[p]or lo que respecta a la dimensión de control constitucional de los instrumentos convencionales que tiene el amparo, aquella se desplegará cuando, en los términos del artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo, se trate de [tratados internacionales] que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicio al quejoso”. Por su parte, la acción de inconstitucionalidad se puede interponer ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a iniciativa de cantidad de senadores o por el procurador general de la República (Roa, 2001, p. 185).

mente, el control de constitucionalidad de los tratados en esta clase de escenarios está supeditado a que se reconozca, en el orden interno, que los tratados se encuentran, desde un punto de vista jerárquico, en una posición inferior al de la Constitución estatal. El abordaje de estos puntos no es el foco central de esta investigación —el cual, como se advirtió, se encuentra más relacionado al control *ex ante*—; sin embargo, merecen un breve abordaje para entender que, en el derecho comparado, el control represivo o *ex post* no ha sido completamente descartado para los tratados internacionales. En todo caso, lo que sí permite advertir es que, en algunos casos, su uso excesivo puede ser contraproducente para la imagen del Estado.

Ahora bien, en relación con el primer punto, es evidente que, aunque se implementen todas las reformas posibles antes de la ratificación de un tratado, es probable que también se pueda presentar una situación de “inconstitucionalidad sobrevenida”. Este fenómeno se presenta “cuando la Constitución es posterior a la norma declarada inconstitucional, y cabe la ultraactividad de una norma derogada con relación a hechos ocurridos antes de la derogación” (Ezquiaga, 2001, p. 76). Esto se puede presentar, sin inconveniente alguno, en el caso de los tratados internacionales. En efecto, en virtud del principio de “unidad” o “conservación”, vigente en el Derecho internacional, los gobiernos se suceden, más siguen constituyéndose como integrantes de un Estado. De este modo, puede ocurrir que, en el contexto de una Constitución “a”, un tratado internacional no tenga ningún vicio de inconstitucionalidad. Sin embargo, de adoptarse una Constitución “b” en este mismo Estado, es probable que el tratado internacional sea, en esta oportunidad, contrario a alguna de sus cláusulas, lo cual también nos coloca frente a la problemática del control de constitucionalidad de estos instrumentos.

En lo que respecta al segundo problema, esto es la aplicación de la idea de la interpretación evolutiva, puede advertirse que esto se relaciona con la posibilidad que un organismo internacional o regional establezca una interpretación del tratado que no había sido concebida por los Estados que fueron parte en él, y que podría generar, en los hechos, una potencial incompatibilidad entre la Constitución y el instrumento respectivo. Esta clase de interpretación se relaciona con la posibilidad que los tratados (sobre todo los de derechos humanos) deban entenderse como un “*living tree*”,<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Sobre la analogía entre la constitución y un árbol vivo, (Balkin, 2012, p. 1128).

a través del cual estos documentos se adaptan a la vida moderna como medio para asegurar su propia legitimidad. En estos escenarios, nada le impediría a los Estados presentar una denuncia del tratado respectivo, o que, en todo caso, procedan a realizar la reforma constitucional respectiva para adaptar su ordenamiento a lo dispuesto internacionalmente.

Sin perjuicio de ello, para comprender en mejor medida cómo se han desenvuelto algunas experiencias en el derecho comparado, conviene explorar las fórmulas adoptadas en los Estados Unidos y en algunos países europeos. Esto permitirá desarrollar las razones por las cuales se recomienda que, en principio, se active el control *ex ante* en el caso de los tratados internacionales.

### 1. *La situación del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en los Estados que siguen el modelo de la judicial review de Estados Unidos*

Una mención aparte merece el problema del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en los modelos cercanos al *judicial review* estadounidense. Por lo general, estos países no reconocen sistemas de control preventivo, el cual carece de sentido debido a que los tribunales inaplican las disposiciones a propósito de la existencia de un caso particular. Sin embargo, ello no quiere decir que en el escenario estadounidense no se hayan presentado tensiones entre algunos tratados internacionales (ya ratificados) y la Constitución Federal. En efecto, salvado el problema respecto de la entrada en vigor de la disposición impugnada, sí es factible que se presente un caso de posible tensión, lo que nos colocaría en el contexto del denominado control represivo o posterior. Así, la jurisprudencia norteamericana ha tenido, en más de una ocasión, la oportunidad de enfrentarse a este dilema, no sin pocos cuestionamientos.

Un caso trascendental, y que marcó el hito del enfoque judicial sobre la problemática de la relación de los tratados internacionales con la Constitución, se presentó en el caso *Chae Chang Ping vs. Estados Unidos* (1889). En aquella oportunidad, la Corte Suprema fue enfática en precisar que los tratados internacionales requerían de la implementación de legislación nacional para poder ejecutarse de manera exitosa, a lo que añadió que también es factible que estos acuerdos puedan ser modificados por leyes posteriores (González, 2014, p. 544).

Posteriormente, en *Reid vs. Covert* (1957), la Corte Suprema hizo uso del criterio *lex posterior derogat legi priori* para resolver una su-puesta contradicción entre un tratado internacional y una ley interna. En aquella oportunidad, como bien recuerda Paradell, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares fue dejada parcialmente de lado por la entrada en vigor de la denominada “Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act”, lo cual supuso, como es evidente, que una norma interna desplaza a una de carácter internacional (Paradell, 2000, p. 179). Es posible notar que el fallo se encuentra en una posición bastante pare-cida a la que se adaptó en *Chae Chang*, ya que supedita las obligaciones asumidas a nivel internacional con el cumplimiento de sus disposiciones nacionales.

Actualmente, la tendencia de este tribunal se puede advertir a propó-sito de lo resuelto en el caso *Medellín vs. Texas* (2008), fallo en el que la Corte Suprema de Estados Unidos indicó que, si bien se pueden asumir obligaciones internacionales a través de tratados, estas no son exigibles hasta que exista una ley aprobada por el Congreso Federal que permita su implementación. De hecho, para el referido tribunal las disposiciones de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que disponen que los Estados “se comprometen” a cumplir con los tratados no implican que se pueda exigir responsabilidades inmediatas. Sin embargo, esta lectura del fallo no es, en realidad, compartida por toda la doctrina, ya que algu-nos autores plantean que el fallo, examinado en su totalidad, da a entender que la no auto-ejecutabilidad del tratado se debió a cuestiones propias del caso particular, mas no de una regla de carácter general (Vásquez, 2008, p. 168). En todo caso, lo que sí es definitivo es que para muchos la sentencia dejó más dudas que respuestas.

En este sentido, se puede concluir que la política internacional de los Estados Unidos ha sido bastante clara en este punto desde hace muchos años, ya que no encontró ningún freno por parte del poder judicial, órgano que incluso validó esta forma de concebir el Derecho internacional. Ahora bien, pese a que se aplicó un principio de sucesión de normas que no es recomendable en esta clase de escenarios, lo cierto es que la sentencia tam-bién deja en claro cuál es la posición de la Constitución estadounidense en un escenario de tensión. Como bien recuerdan Vanossi y Dalla (2000), en esa sentencia se reconoce que la aprobación de un tratado contrario a la norma fundamental implicaría que el texto pueda ser reformado con un

procedimiento distinto al contenido en el artículo V de la norma suprema federal (p. 247). De esta forma, los límites sustantivos que se imponen al gobierno federal también incluyen al denominado “*treaty power*”, esto es, a la competencia que ostenta para promover la celebración de acuerdos internacionales (Levin, Remy y Chen, 2012, p. 260).

En la actualidad, salvo alguna que otra excepción, la percepción general del Derecho internacional no ha sido modificada considerablemente. De hecho, un considerable sector de la doctrina aún estima que el derecho interno y el internacional pertenecen a ámbitos distintos, por lo que siempre se requerirán normas internas para la aplicación de los convenios. Como ya se ha advertido, la Corte Suprema ha tenido un rol ambivalente en todas las cuestiones vinculadas con la internalización del Derecho internacional, lo que ha incidido en la idea de auto-ejecución que las disposiciones contenidas en tratados deberían generar (De Búrca, 2016, p. 988).

Justo es también decir que ni siquiera con la elaboración de la Convención de Viena de 1969 se solucionaron todos los problemas que, a nivel comparado, engendraba la idea de que exista una contradicción entre las cláusulas locales y las internacionales. Sobre ello, se puede notar que, en distintos países, las cuestiones acerca del rango de los tratados no han merecido un trato similar. Esto presenta múltiples inconvenientes, ya que, al menos a nivel interno, esta situación coloca al juez nacional en una complicada encrucijada cuando se topa, por ejemplo, con una disposición constitucional que es contraria a un tratado internacional o, por qué no, a una norma con carácter de *ius cogens*. Sobre ello, recuerdan Gutiérrez y Cervell (2012) que unos Estados adoptan el principio de “equivalencia” entre tratado y ley (Estados Unidos de Norteamérica; Italia, Alemania o Portugal en Europa; o Turquía entre Europa y Asia); otros consagran el rango “supralegal” del tratado (Francia, Grecia, España Bélgica, Países Bajos), y muchos otros, incluso, guardan silencio sobre esta cuestión (p. 275).

En este mismo orden de ideas, la propia Convención de Viena consagra cláusulas que otorgan cierto nivel de trascendencia a las disposiciones del derecho interno de los Estados. Así, el artículo 46 dispone que

...el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser

alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

De esta cláusula se desprende, como apunta Diez-Picaso, que existe tanto una regla general como una excepción. La general se relaciona con que no sería viable, desde la perspectiva del Derecho internacional, la invocación de un vicio que se derive de una cláusula constitucional para incumplir un tratado. Por otro lado, la excepción se relaciona con tres extremos: (i) deben tratarse de normas constitucionales anteriores a la celebración del tratado internacional respectivo; (ii) que la cláusula constitucional invocada no debe ser cualquiera, sino únicamente aquella relacionada con la competencia para celebrar tratados; y, que (iii) se trate de una infracción a una cláusula de importancia fundamental, por lo que deben descartarse vulneraciones de escaso impacto o gravedad (Diez Picaso, 2006, p. 14).

Ahora bien, lo que debe entenderse por cláusula de especial impacto es un asunto que, creemos, debe ser acreditado por el Estado que alega la existencia del vicio, y supone una carga importante a través de la cual se acredita que el cumplimiento de dicha cláusula es trascendental para el ordenamiento respectivo. En todo caso, es importante recordar, como lo hace Roznai (2017), que esta disposición de la Convención de Viena ciertamente reconoce una superioridad del Derecho internacional sobre el interno, pero esto sólo es posible de ser invocado en la esfera o espacio de carácter internacional. Esto supone que el artículo 27 no genera una obligación internacional para que, en la esfera interna, las constituciones nacionales también deban otorgar prevalencia a los tratados respecto de las leyes fundamentales de los Estados (p. 89). En este mismo orden de ideas, ya señalaba Paul de Visscher, en su clásico ensayo sobre las tendencias de las Constituciones modernas, que, políticamente, puede ser peligroso permitir a los órganos responsables de conducir las relaciones internacionales a proceder, por vía de los tratados, a conceder excesivas cuotas de soberanía, ya que ello podría suponer una suerte de revisión *de facto* de la Constitución estatal, lo cual despoja a los órganos responsables de ciertas atribuciones sin que exista alguna autorización o delegación por parte del poder constituyente (De Visscher, 1952, p. 547). No sorprende, en este sentido, que en la actualidad diversas Constituciones regulen un control preventivo de constitucionalidad de los tratados

con la finalidad de advertir si es que, antes de su ratificación, se requiere alguna posible reforma constitucional.

Por lo expuesto, bien podemos afirmar que ni siquiera el mismo Derecho internacional se admite como automáticamente prevalente, ya que en algunos casos sería posible invocar cláusulas internas respecto de una situación problemática desde el punto de vista del Derecho internacional<sup>5</sup>. La cuestión puede reducirse a lo que expresa Teodoro Ribera (2007), en el sentido que “[s]i la Constitución es la expresión jurídica del pacto social, la norma básica del Estado de Derecho, el pilar para la defensa de los derechos fundamentales, sostener que una norma que la contraviene puede subsistir en su seno es una antinomia de términos, pues entonces la Constitución perdería sus atributos fundamentales” (p. 116). A esto debería añadirse que, por lo general, la cuestión relativa al rango de los tratados suele resolverse por la calificación que de este asunto hace la propia norma fundamental, documento que, al ser fuente de fuentes del derecho, regula el proceso de producción del resto de disposiciones jurídicas.

Es importante recordar, además, que el reconocimiento del rango en el derecho interno es una cuestión que tiene un fuerte impacto en la concepción que existe en un Estado respecto del Derecho internacional. De este modo, como recuerdan Vanossi y Dalla (2000), existen múltiples corrientes de pensamiento respecto de esta problemática, y que esencial-

---

<sup>5</sup> Como resulta evidente, no ocurre lo mismo en el denominado “control de convencionalidad”, el cual es un desarrollo pretoriano adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que implica, por un lado, que este tribunal el que decide si es que la actuación estatal es o no conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pero, por otro, implica que todos los órganos jurisdiccionales estén involucrados en la labor de hacer prevalecer las cláusulas de la Convención por encima de cualquier disposición de derecho interno. Esta distinción es importante, ya que no existen dudas respecto de la idea que la Corte, al interpretar la Convención, determine que cualquier disposición interna (incluida la Constitución nacional) genera responsabilidad internacional. De hecho, esto se encuentra expresamente previsto en ese instrumento y ha sido reconocido por los Estados. Lo que se encuentra actualmente en controversia es si los criterios de la Corte o las cláusulas de la Convención deben ser implementadas inmediatamente por todos los tribunales americanos, como si se tratase de una suerte de “Corte Constitucional Interamericana”. Como expone Ariel Dulitzky (2015), los Estados son libres de elegir cómo y en qué nivel incorporar la Convención en sus sistemas jurídicos nacionales; ahora bien, el control de convencionalidad no sólo requeriría que la Convención Americana sea incorporada directamente como derecho interno, sino también que se le asigne un rango superior a cualquier clase de fuente nacional, incluida la Constitución respectiva, ya que, de encontrarse en un rango similar al de las leyes, sería de aplicación el principio *lex posterior derogat priori* o el *lex specialis derogat generali* (p. 57).

mente se derivan de las corrientes monistas y dualistas. Así, “[p]ara los monistas absolutos, siempre prevalece el tratado, aún por encima de la Constitución. Para los monistas atenuados o relativos, el tratado tiene prioridad sobre la ley pero no prevalece sobre la Constitución. Para los dualistas, el tratado debe seguir a la Constitución y, en lo que la ley se refiere, prevalecerá la norma más reciente, ya que la posterior deroga a la anterior” (p. 237). Esto se puede advertir en muchos Estados, ya que, en realidad, el fenómeno de la regulación del régimen de los tratados ha merecido tratamientos distintos por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. El reconocimiento de su importancia se deberá, en gran medida, al nivel de apertura que el Estado en cuestión demuestre en relación con el Derecho internacional, por lo que es bastante difícil concebir la idea de que, por un ejemplo, un gobierno autoritario muestre un importante nivel de predisposición en esta materia.

Es por ello que distintos autores han planteado la idea de que el mismo concepto de soberanía estatal debería redefinirse a la luz de lo dispuesto en el Derecho internacional público. Así, se ha precisado que la soberanía “es precisamente la *conditio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, y entonces de limitaciones jurídicas, para los Estados” (Guastini, 2007, p. 121). Incluso no han faltado autores que consideran que, en la evolución actual del Derecho internacional, es posible identificar obligaciones que limitan el ámbito de deliberación que existe a nivel doméstico, lo cual ocurre, principalmente, en el caso de las normas *ius cogens*, las cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad internacional, por lo que los Estados no podrían, al menos no jurídicamente, insertar cláusulas en sus constituciones que sean contrarias a estas obligaciones (Trejo, 2017, p. 122).

En virtud de todo lo expuesto, existen diversos ordenamientos que admiten tanto un control preventivo como uno represivo en relación con el control de constitucionalidad de los tratados. Consideramos que recurrir, de forma reiterada, al control represivo de constitucionalidad es especialmente nocivo para la imagen internacional que pretende proyectar el Estado. Sobre ello, bien ha anotado Bazán que esta clase de mecanismos “somete al Estado a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por la vulneración de sólidos principios generales del derecho de las naciones civilizadas, tales como el de *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe e imposibilidad de alegar normas de derecho interno [...] para

exonerarse del cumplimiento de las normas de un tratado [...]” (Bazán, 2003, p. 100).

De esta manera, estimamos que la mejor forma de poder equilibrar la idea que la Constitución estatal es la norma suprema del ordenamiento, con la impostergable necesidad de reafirmar la buena fe internacional y el respeto de principios como el de *pacta sunt servanda*, es a través del uso del control preventivo de constitucionalidad. Conviene, por ello, desarrollar con mayor detenimiento este punto.

## 2. *Una solución intermedia: la inserción del control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales como mecanismo de protección de la buena fe internacional y de la supremacía constitucional*

Pese a todas las dificultades que existen a nivel de derecho interno, quizás uno de los principales motivos por los cuales en muchos países se ha encargado a los tribunales o cortes constitucionales el control preventivo de los tratados internacionales se relaciona con que los órganos políticos (como ocurre en el caso de una de las cámaras del Parlamento o de un órgano designado por este) difícilmente aprecian las controversias constitucionales que suscita la ratificación de un instrumento internacional. De esta manera, se incorporan al ordenamiento nacional distintas disposiciones que, aunque fueron introducidas de conformidad con el *iter* establecido en la Constitución, pueden ser lesivas de algunos principios, valores o derechos contenidos en ella. De ahí que deban ser las cortes constitucionales las que, en su calidad de intérpretes finales del texto constitucional, definan si un tratado es o no incompatible con las disposiciones internas. La introducción de mecanismos preventivos de control de constitucionalidad de los tratados internacionales es deseable por múltiples razones, y acaso la más relevante de ellas se relacione con la salvaguarda de la buena fe en el desarrollo de las relaciones internacionales. De hecho, distintos órganos se han pronunciado sobre la viabilidad de esta solución. Así, el Tribunal Constitucional de España ha indicado que “[m]ediante la vía prevista en su art. 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional” (Tribunal Constitucional de España, 1992, fundamento 1).

En el contexto internacional actual, el control preventivo permite que los Estados no se vean expuestos a incurrir en responsabilidad al disponer la no aplicación de un tratado que sea incompatible con la Constitución. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7135) dispone que, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado, le corresponde a la autoridad jurisdiccional ordenar su desaplicación general (artículo 73.e). Similar situación se advierte en países como Estonia, ya que la *Constitutional Review Court Procedure Act* establece que, con el fallo de la Corte Suprema que advierte la inconstitucionalidad de un tratado, este ya no puede ser aplicado a nivel interno (artículo 15).

Como es posible de notar, el control posterior, en algunos escenarios, puede generar la responsabilidad internacional del Estado al reconocerse la facultad a los tribunales de disponer que un tratado no sea aplicado en el orden interno. Evidentemente, esta clase de acciones no sólo habilitan la posibilidad que el Estado involucrado sea denunciado ante algún órgano o tribunal de carácter internacional, sino que también involucra, de forma severa, la imagen que este proyecta ante el resto de la comunidad. No debe soslayarse que los Estados requieren “la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la política de cumplimiento de los compromisos internacionales que acometa el Estado de que se trate” (Bazán, 2003, p. 13).

Sin embargo, al mismo tiempo que cautela la buena fe internacional, el control preventivo permite la protección misma de la Constitución como norma suprema. Esto obedece a que, antes de la inserción del instrumento internacional, se realizarán todas las reformas pertinentes al texto constitucional para que no tenga ninguna incongruencia con la normatividad internacional. La doctrina estima que al menos dos aspectos se promueven con la inserción en las constituciones de un modelo de carácter preventivo: por un lado, el logro relativo a la seguridad jurídica al garantizarse la constitucionalidad de los tratados que entran en vigor, lo cual refuerza la inviolabilidad de la Constitución; y, por otro, el respeto al orden jurídico internacional, así como el retiro de cualquier clase de impedimento para su cumplimiento a nivel interno (Verdugo, 2010, p. 462). Esto, por difícil que parezca, más que el debilitamiento de la Constitución es una suerte de refuerzo, ya que se le seguirá reconociendo como la norma suprema en el ámbito interno. En efecto, “[e]l afán por proteger los preceptos constitucionales debería con-

ducir a todos los Estados a establecer controles preventivos de la constitucionalidad de los tratados, experimentables antes de que se proceda a la manifestación del consentimiento” (Remiro, 2010, p. 267).

Ahora bien, un problema bastante recurrente en los ordenamientos jurídicos es que se asume la idea de que el control preventivo es más una fiscalización al contenido material de las leyes que una protección de la Constitución, aspecto bastante vinculado con los criterios de oportunidad o conveniencia que son propias del ámbito parlamentario. De este modo, se cree que esta clase de control promueve una excesiva “judicialización de la política”, por cuanto un tribunal de justicia forma parte, en la fase final, del proceso deliberativo. Sobre ello, es pertinente la observación de Villaverde (2014), en el sentido que “[e]sta resistencia a dotar al TC de instrumentos como el recurso previo tiene que ver, en definitiva, con una cierta duda larvada aún sobre la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional y su percepción como un cuerpo extraño dentro de la democracia representativa” (p. 40).

Sin embargo, esta clase de temores deberían ser matizados. Una de las labores de los tribunales o cortes constitucionales radica, precisamente, en evitar que alguno de los órganos de poder constituido se arroguen poderes o atribuciones propias del poder constituyente. En el caso particular de los tratados, es posible agregar que, con los avances que ha experimentado el Derecho internacional en los últimos años, existe una cada vez mayor cesión de facultades a los gobiernos, y que ha pasado desapercibida. Si a ello agregamos que, a diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII o XIX, en la actualidad los tratados regulan diversas materias que afectan directamente a la ciudadanía, no nos deberíamos encontrar frente a atribuciones incontrolables. Es así que el control constitucionalidad de los tratados puede permitir no sólo que los procedimientos de la norma fundamental sean considerados en serio (Méndez, 2017, p. 109), sino también que no existan abusos de poder por parte de las autoridades que integran la rama gubernamental. En esa medida, no debe ser un control temido o postergado en una sociedad democrática. Lo que, en todo caso, debería promoverse es que su uso no sea enteramente discrecional, ya que ello podría hacer pligrar la imagen internacional del Estado.

En todo caso, como se ha expuesto con anterioridad, el control preventivo —en términos generales— ha sido cuestionado por generar que las cortes constitucionales hagan las veces de una suerte de “tercera cámara”

dentro de los parlamentos. No sorprende, por ello, que en el desarrollo del control de constitucionalidad de tratados, existan autores en la doctrina que hayan enfatizado la necesidad que los órganos judiciales deberían abstenerse de fiscalizar asuntos estrictamente políticos al interior de los acuerdos internacionales, ya que ello podría generar que, de forma indebida, estos tribunales sean los que, en los hechos, den forma a la política exterior de los Estados (Rupp, 1977, p. 302).

Sin perjuicio de ello, el control preventivo permite, por un lado, que se respete el principio *pacta sunt servanda* al propio tiempo que resguarda la tesis de la supremacía constitucional. En primer lugar, la obligación de que los tratados sean cumplidos en sus propios términos no se ve alterada por la inserción de mecanismos de control *ex ante*, ya que ellos se activan antes que el tratado internacional se encuentre en vigor para el Estado respectivo. Esto supone que aún no ha nacido una obligación que deba ser observada. Por otro lado, también se respeta la supremacía constitucional. Sobre ello, es un hecho que la mayor cantidad de constituciones a nivel general admite la tesis que su rango es superior al de los tratados (Roznai, 2017, p. 94). Esto es natural, ya que el *treaty-making power* es desarrollado por el gobierno, esto es, por un órgano de poder constituido. En ese sentido, no sorprende que se regulen medidas para garantizar que dichos tratados no sean contrarios a la ley fundamental.

En el derecho comparado actual es posible advertir la presencia de múltiples ejemplos en los que se regula el control preventivo. Lo llamativo de este fenómeno es que no todos los países han implementado mecanismos similares frente a la existencia de alguna cláusula del tratado que sea incompatible con la Constitución nacional. En países como Argelia, por ejemplo, el texto constitucional de 1989 dispone que si, en el marco de un control preventivo, se detectara algún vicio de inconstitucionalidad, el tratado no será ratificado. Esta clase de fórmulas son ciertamente drásticas, ya que limitan el natural desenvolvimiento de los órganos que conducen la política exterior del Estado. Debe recordarse que, aunque aún el tratado no se encuentre formalmente en vigor, el hecho que se adopten fórmulas de este tipo también puede perjudicar la imagen internacional del Estado, ya que las negociaciones pueden verse súbitamente anuladas o interrumpidas por un fallo de un tribunal interno.

En efecto, deberían considerarse factores como si el instrumento internacional es bilateral o multilateral, ya que bien las autoridades podrían

salvar la inconstitucionalidad simplemente acudiendo a la figura de la reserva.<sup>6</sup> Un supuesto llamativo en este punto es el de la República Checa, país que admite, en virtud de lo dispuesto en la Constitutional Court Act (182/1993), que a la Corte Constitucional le corresponde identificar las cláusulas del tratado que con contrarias a la ley fundamental, de lo cual se desprende que ya es labor de los órganos políticos el determinar cómo se debe superar este obstáculo para la ratificación del tratado.

Por otro lado, el control preventivo también debería permitir una participación responsable de sujetos legitimados para efectuar el pedido relativo a la inconstitucionalidad del tratado. En este punto, es importante que, por un lado, no se perjudique la celeridad que el contexto internacional requiere a través de alguna clase de intervención obligatoria de las cortes constitucionales. Se recomienda, por ello, que es más viable que estos casos sean examinados a propósito de un pedido de parte. En todo caso, debe fomentarse la participación de grupos minoritarios, ya que si sólo se garantiza la intervención de la mayoría parlamentaria o del propio gobierno, es elevadamente probable que ellos no se muestren necesariamente preocupados de respetar los procedimientos constitucionales. Se puede citar, en este caso, lo que dispone el artículo 272.e de la Constitución de Guatemala de 1993, la que reconoce que la solicitud para evaluar la constitucionalidad de los acuerdos internacionales puede ser activada por cualquier organismo estatal. Existen, además, otras experiencias como la de Costa Rica, cuya Ley de Jurisdicción Constitucional habilita al Defensor de los habitantes a solicitar que se ejerza un control de carácter preventivo (art. 96.ch).

Finalmente, es importante enfatizar la relevancia del control preventivo de constitucionalidad de los tratados en un mundo cada vez más globalizado. Sobre este punto, es importante enfatizar que los acuerdos internacionales cada vez tienen un impacto más directo en la vida de las personas. Esto supone, a su vez, que existe un creciente poder en manos del gobierno de comprometer internacionalmente al Estado en facetas que, hasta hace algunas décadas, no hubiera podido regular. Ello implica, como no podía ser de otro modo, que exista cierta postergación de los parlamentos

---

<sup>6</sup> En el caso de Bolivia, la Ley que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional dispone, en su artículo 151, que si se trata de un instrumento multilateral, la contradicción puede ser resuelta con la interposición de una reserva. Similar regulación se advierte en el artículo 241.10 de la Constitución de Colombia de 1991.

nacionales en la configuración de la política exterior nacional, lo cual es aun más notorio cuando los textos constitucionales son particularmente ambiguos respecto de la regulación de las cláusulas que determinan la participación de cada uno de estos órganos en la configuración de la política exterior (Wildhaber, 1971, p. 181). El control preventivo es, en este contexto, un importante instrumento para evitar que exista alguna clase de desbordamiento de poder por parte de las autoridades investidas del *treaty making power*.

Pero, por otro lado, tampoco debe olvidarse que los tribunales deben observar una especial deferencia a las decisiones que adopten los órganos responsables de la política exterior, sobre todo cuando lo que intenta enjuiciarse es la conveniencia u oportunidad para suscribir un acuerdo internacional. Ciertamente, los tribunales ostentan un importante rol en verificar que las autoridades no inobserven los procedimientos constitucionales, pero ello no debe conducir hacia conductas de revisión o escrutinio estrictos. En ese sentido, la aceleración de las negociaciones internacionales invita a considerar que sólo en aquellos casos en los que no exista margen de duda sea posible declarar que un tratado es incompatible con la Constitución nacional.

Por su parte, los tribunales deben ser conscientes de la gran responsabilidad de ejercer este tipo de controles. Se ha dicho, con razón, que cuanto menos facultades de revisión ostenten las cortes, es más probable que un tratado que sea contrario a la Constitución termine, en los hechos, reformándola (Deener, 1964, p. 30). Esto supone reflexionar sobre múltiples tópicos, como qué ocurre cuando un acto de un poder constituido termina colocándose por encima del pacto fundamental de la sociedad. También invita a repensar las bases sobre las que se configuran las relaciones entre el derecho interno y el internacional, y qué rol deberían desempeñar las constituciones para facilitar la labor de las cortes de justicia. Si es que el constituyente no adopta criterios que permitan orientar su labor, es más probable que estos actúen con importantes márgenes de discrecionalidad.

## V. CONCLUSIONES

El control preventivo de constitucionalidad de las leyes fue creado con el propósito de ser una apuesta intermedia entre la idea de la *judicial review* estadounidense y el principio de soberanía de la nación, el cual, en los he-

chos, suponía que el Parlamento ostentaba una posición privilegiada en el armazón estatal. De esta forma, se intentó velar por el principio de supremacía de la Constitución sin que esto suponga que se pueda controlar leyes efectivamente aprobadas.

Este equilibrio ha sido trasladado al ámbito del control de constitucionalidad de los tratados. Y es que, en la medida en que es necesario, por un lado, proteger la idea de la Constitución como norma fundamental, también es cierto que los Estados deben velar por cumplir sus compromisos internacionales. La evolución de la globalización, y el aumento de tratados a nivel internacional generan que se deba fomentar la imagen de ser un país que cumple sus compromisos. Sin embargo, este no debe ser un fenómeno que deba ser aceptado acríticamente, sobre todo por los cada vez mayores poderes que se brindan a los gobiernos en las negociaciones internacionales.

En ese sentido, en esta investigación se ha destacado que, en este contexto de internacionalización de asuntos anteriormente domésticos, el poder de los gobiernos ha aumentado en relación con el de los parlamentos. En ese sentido, para evitar un desbordamiento de poder, es indispensable que existan mecanismos de control para que los procedimientos establecidos en las constituciones no sean ignorados. Se ha estimado que el control preventivo de constitucionalidad de los tratados es una herramienta que permite un justo equilibrio entre el respeto al principio *pacta sunt servanda* y la tesis de la supremacía constitucional. Sin embargo, este debe ser realizado bajo ciertos parámetros, como el hecho que los tribunales no invadan el natural espacio de desenvolvimiento político con el que cuentan las autoridades investidas del *treaty making power*, o que se garantice la intervención de entes que puedan representar a grupos minoritarios. Esto último resulta relevante ya que, como se explicó, se ha defendido un control facultativo y no obligatorio de constitucionalidad, ya que, en este último escenario, se podría perjudicar la fluidez de las relaciones internacionales.

De este modo, y bajo estas condiciones, el control preventivo puede constituirse como una nueva herramienta de conciliación entre dos nociones que, generalmente, suelen verse en conflicto: la idea de Constitución como suprema norma del ordenamiento, y el principio de *pacta sunt servanda*. La necesidad que se resguarden los preceptos constitucionales debe ser aun más enfatizada en una era en la que, por los avances de la globalización, los tratados impactan de forma más inmediata y directa a la

ciudadanía, la cual debe contar con mecanismos de defensa frente a una eventual vulneración de sus derechos. Evidentemente, esto no descarta el uso, como ocurre en algunos países, del control represivo de constitucionalidad para los tratados. Lo que se desea enfatizar es que, como se pudo advertir a propósito de la regulación de algunos países, su uso en algunos escenarios puede comprometer severamente la responsabilidad internacional del Estado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO, R. y QUINCHE, M. (2006). El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión de control. *The International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8.
- ARAGÓN M. (1979). El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7.
- BAZÁN, V. (2003). *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*. México D.F: Editorial Porrúa.
- BELLAMY, R. (2011). *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, núm. 9 (1).
- BIANCHI, A. (1992). *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Palma.
- BLANCO VALDÉS, R. (2006). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Buendía, A. (2005). A propósito de las cardiopatías congénitas. *Archivos de Cardiología de México*, núm. 75(4).
- CHALMERS, D. (2005). Judicial authority and the constitutional treaty. *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3 (2-2).
- CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1982). Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1929-1938) y España (1931-1936). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2 (5).

- CUEVA, R. (2011). *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE BÚRCA, G. (2016). Internalization of International Law by the CJEU and the US Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*, núm. 13 (4).
- DE VISSCHER, P. (1952). Les tendances internationales des constitutions modernes. *Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI)*, núm. 80.
- DEENER, D. (1964). Treaties, Constitutions and Judicial Review. *Virginia Journal of International Law*, núm. 4 (1).
- DÍEZ-PICASSO, L. (2006). Límites internacionales al Poder Constituyente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76.
- DUGUIT, L. (1996). *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DULITZKY, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, núm. 50 (1).
- EZQUIAGA, F. (2001). Sobre Inconstitucionalidad y Derogación. *Discusiones*, núm. 2.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1999). El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales. *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, num. 52.
- FERRERES, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA, C. (2015). *Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- GARGARELLA, R. (2012). *La justicia frente al gobierno*. Quito: Edición de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- GONZÁLES, M. (2014). La nueva dimensión constitucional de los tratados internacionales. *Academia Mexicana de Derecho Internacional*, XX.
- GORDILLO, L. (2012). *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GUASTINI, R. (2007). Ernesto Garzón Valdés. Sobre soberanía: un comentario. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30.
- GUTIÉRREZ, C. y CERVELL, M. (2012). *Curso General de Derecho Internacional Público. El Derecho Internacional en la encrucijada*. Madrid: Editorial Trotta.
- HIGASHIDA, B. (1995). *Educación para la salud*. México: Interamericana Mac Graw Hill.
- LEVIN, R. y CHEN, P. (2012). Rethinking the Constitution-treaty relationship. *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10 (1).
- LÖSING, N. (2002). *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid: Dykinson S. L.
- MARIÑO, F. (1999). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Trotta.
- MÉNDEZ, M. (2017). Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice. *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15 (1).
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B (2008). *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid: Editorial Reus.
- MORDERN, F. (1993). El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea. *Revista Chilena de Derecho*, núm. 20.
- OYARTE, R. (1998). Límite y limitaciones al Poder Constituyente. *Revista Chilena de Derecho*, núm. Especial.
- PARADELL, Ll. (2000). La precariedad del Derecho Internacional en los Estados Unidos: los casos Breard y Lagrand. *Revista Jurídica Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 2.
- PARDO, J. (1991). Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72.
- REMIRO, A. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RIBERA, T. (2007). Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5 (1).
- ROA, E. (2001). Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano. en

- VALADÉS, D. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. [coords.]. *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional [‘Justicia’]*, t. I. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROURA, S. (1999). *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: Oxford University Press.
- RUBIO LORENTE, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Volumen III*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUPP, H. (1977). Judicial Review of International Agreements: Federal Republic of Germany. *American Journal of Comparative Law*, núm. 25 (2).
- SAGÜÉS, N. (1989). *Derecho Procesal Constitucional. Tomo I: Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- TREJO, R. (2017). Normas de Ius Cogens del Derecho Internacional: ¿un límite material a la reforma constitucional?. *Revista de Derecho Público*, núm. 52.
- TROPER, M. (2003). The logic of justification of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1 (1).
- VANOSI, J. y DALLA, A. (2000). *Régimen Constitucional de los Tratados*. Buenos Aires: Abelado-Perrot.
- VÁSQUEZ, C. (2008). Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the judicial enforcement of treaties. *Harvard Law Review*, núm. 122.
- VERDROSS, A. (1963). *Derecho Internacional Público*, Madrid: Editorial Aguilar.
- VERDUGO, S. (2010). ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, núm. 10.
- VILLAVERDE, I. (2014). El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49.

- WILDHABER, L. (1971). *Treaty-Making Power and Constitution. And International and Comparative Study*. Basilea: Helbing & Lichtenhahn.
- WALDRON, J. (2005). *Derechos y Desacuerdos*. Madrid: Editorial Marcial Pons.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila\*

*Repair of damage to human rights violations: analysis of the reparation  
measures recommended by the Commission on Human Rights  
of the state of Coahuila*

Recepción: 17 de febrero de 2021

Aceptación: 26 de abril de 2021

Rodrigo SANTIAGO JUÁREZ\*\*

Carlos ZAMORA VALADEZ\*\*\*

**RESUMEN:** Uno de los principales derechos de las víctimas es la reparación integral del daño. Derecho que se ha desarrollado principalmente por organismos de protección de derechos humanos y colectivos de víctimas, pero que cuya aplicación en el ámbito interno no ha podido concretarse.

**ABSTRACT:** *One of the main rights of the victims is the comprehensive reparation of the damage. Laws have been developed, mainly by organizations for the protection of human rights and victims groups, but its application in the domestic sphere has not been able to materialize.*

---

\* Agradecemos la colaboración, en la revisión de las recomendaciones de la Comisión de Derechos del Estado de Coahuila de Zaragoza, de Andrea Delgado Quintero, estudiante de la Maestría en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la AIDH; de Carlos Alonso Rangel Gámez, estudiante de la Maestría en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada de la AIDH; de Daniela Alejandra Ramírez Cortés, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la UAdeC, y prestadora de servicio social en la AIDH; así como de José Luis Valdés Rivera, investigador adscrito al Centro de Educación para los Derechos Humanos de la AIDH, por la coordinación de la revisión de las recomendaciones.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España), Director del Centro de Educación para los Derechos Humanos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, UAdeC, México. ORCID: 0000-0001-6986-5844. [rosantiago@gmail.com](mailto:rosantiago@gmail.com).

\*\*\* Doctorando en Derechos Humanos en la *Università degli Studi di Palermo* (Italia). Investigador adscrito al Centro de Educación para los Derechos Humanos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, UAdeC, México. ORCID: 0000-0003-3372-9239. [carloszv91@hotmail.com](mailto:carloszv91@hotmail.com).

Existe un claro incumplimiento de las medidas de reparación por parte de las autoridades, así como la ausencia de estas medidas en recomendaciones y resoluciones de organismos locales.

Este texto tiene como objetivo señalar las generalidades sobre el desarrollo y estándares de la reparación del daño, así como ejemplificar, con el caso de la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila, la inclusión de las medidas de reparación en las recomendaciones emitidas por dicho organismo.

**Palabras clave:** víctimas, reparación integral, derechos

*There is a clear breach of reparation measures by the authorities, as well as an absence of these measures in recommendations and resolutions of local bodies.*

*The objective of this text is to indicate generalities about the development and standards of reparation for damage as well as to exemplify, with the case of the Human Rights Commission of the State of Coahuila, the inclusion of reparation measures in the recommendations issued by said body.*

**Keywords:** victims, integral reparation, rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El camino hacia las reparaciones.* III. *Estándares internacionales sobre la reparación del daño.* IV. *Las medidas de reparación en Coahuila.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales obligaciones que tiene el Estado, cuando se cometen violaciones a derechos humanos, es la necesidad de reparar los daños producidos a las personas en situación de víctima. Ello en atención, entre otras cuestiones, a los instrumentos internacionales a los que se ha sujeto el propio Estado.

Si bien, cada vez es más común escuchar en el discurso público el reconocimiento del derecho de las víctimas a una reparación adecuada e integral, aún en la práctica su acceso sigue siendo limitado. La reparación del daño continúa siendo una de las grandes deudas frente a las exigencias de las víctimas. En los últimos años, tanto a nivel local como en el nacional y en el interamericano, se ha logrado avanzar de manera relevante en el tema, encontrándonos en camino a su profundización y posterior consolidación. Ello se debe, principalmente, a la exigencia y participación de colectivos de víctimas y sociedad civil, quienes han impulsado y po-

sicionado el tema en la agenda pública, exigiendo el cumplimiento de las obligaciones estatales para las víctimas.

Pero el desarrollo del alcance de las reparaciones también se debe a las actuaciones de organismos de protección de derechos humanos —tanto aquellos con carácter jurisdiccional como los no jurisdiccionales— los cuales, al especificar los criterios de reparación y ordenar el cumplimiento de diversas medidas, abonan en la superación del hecho victimizante y el retorno al proyecto de vida de las personas víctimas. Si bien, en la práctica, los Estados no cumplen —o al menos no en su totalidad— las medidas de reparación integral ordenadas o recomendadas por organismos de protección de derechos humanos, los criterios y resoluciones de estos organismos permiten, por un lado, ser una guía para las víctimas en la exigencia del cumplimiento de sus derechos, y por otro un estándar mínimo que los Estados deben buscar cumplir.

Para verificar el grado de cumplimiento, por parte de las autoridades, de las medidas de reparación ordenadas por los diversos organismos de protección —y si dichas medidas en la práctica se traducen en verdaderas herramientas para que las personas superen las situaciones originadas por el hecho victimizante— es necesario comenzar por el ámbito local. Antes de ello es necesario comprobar si los organismos locales están haciendo uso de los distintos criterios y estándares internacionales para recomendar el cumplimiento de medidas de reparación.

Por ello en el presente trabajo se analiza, de manera general, si dentro de las recomendaciones emitidas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila de Zaragoza (CDHEC) se incluye la obligación de las diversas autoridades, a las que se dirigió cada recomendación, de cumplir con medidas de reparación en favor de las personas quejasas. De igual manera, se determinará si dichas medidas de reparación son acordes con los estándares nacionales e interamericanos.

Antes de iniciar con dicho análisis, en el segundo apartado de este texto se explica brevemente cuál es el recorrido que, en materia de reparación del daño, se ha realizado a lo largo del desarrollo histórico de la humanidad. Se expondrá el origen de la reparación y sus avances, hasta llegar a su actual comprensión. En el tercer apartado se aborda el principal fundamento interamericano de la obligación estatal para reparar los daños ocasionados por la violación a derechos humanos y se menciona la clasificación tradicional de las medidas de reparación.

Posteriormente, en el cuarto apartado del documento se analizan las recomendaciones emitidas por la CDHEC durante el año 2019 y el 2020, y se menciona si en ellas se incluyó el cumplimiento de medidas de reparación. Finalmente se comentan algunas breves reflexiones, a manera de conclusión.

## II. EL CAMINO HACIA LAS REPARACIONES

De acuerdo con el diccionario de la lengua española, dentro de las definiciones de la palabra *reparar* se encuentran: “arreglar algo que está roto o estropeado”; “enmendar, corregir o remediar”; y “desagraviar, satisfacer al ofendido”, definiciones que sin duda dejan claro qué es o para qué sirve una reparación. Así, de manera general puede afirmarse que algo que ha sido afectado o dañado puede volver a su estado o situación original mediante la reparación.

En el derecho, hoy en día sabemos que la reparación es la principal consecuencia de la responsabilidad pues, por ejemplo, de acuerdo con las normas penales el hecho delictivo necesariamente es producto de una acción o de una omisión que generan un resultado externo (Jiménez de Asúa, 2006 pp. 95 y 96), resultado que se traduce en daños para la víctima, que al mismo tiempo origina una responsabilidad para el sujeto activo: resarcir el daño. Con ello, podemos darnos cuenta de que la reparación del daño se compone de un binomio derecho-obligación: por un lado, el derecho que tiene la persona que resiente el daño de que éste sea resarcido, y por otro lado la obligación de la persona que originó el daño de hacerse responsable de la reparación de dicho daño.<sup>1</sup>

No obstante, esta concepción y la claridad que hoy en día se tiene sobre las reparaciones no siempre ha sido de la misma manera, ya que durante años —y probablemente debido a que su principal origen se encuentra en el Derecho civil— las reparaciones se han traducido en una mera concepción económica, dejando de lado las cuestiones anímicas, sociales y cul-

---

<sup>1</sup> Para Pablo de Greiff (2006), desde la perspectiva de las víctimas, las reparaciones intentan neutralizar las consecuencias de la violación que han sufrido; mientras que desde otra perspectiva, el ideal espera impedir a los autores de los crímenes disfrutar cualquier beneficio que hayan derivado de sus acciones criminales, o de obligar al Estado a asumir responsabilidades por haber permitido, mediante actos u omisiones, que ocurriera la violación.

turales de las víctimas (Champo Sánchez y Serrano Sánchez, 2019, p. 46). Ante ello es necesario recapitular brevemente el camino que la reparación del daño ha recorrido durante el desarrollo histórico de su concepción.

El origen de la reparación se remonta al Código de Hamurabi (en el siglo XVII a.C.), en donde no existía distinción entre las nociones de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, por lo que normalmente se confundían una con la otra (Nanclares Márquez y Gómez Gómez, 2017, p. 60). Empero, fue con dicho Código que se estableció la conocida Ley del Talión, identificada plenamente con la frase “ojo por ojo, diente por diente” mediante la cuál la “venganza”, en contra de las personas infractoras de las normas y del orden social, era controlada por los particulares, específicamente por quien sufría de forma directa el mal o daño ocasionado, es decir por la víctima o sus familiares.

Durante dicha época la venganza era entendida como una forma de reparación simbólica que podía ofrecer cierto alivio a la víctima, ya que se consideraba un acto alimentado por un sentimiento de justicia que aspiraba a responder con un castigo al dolor y al sufrimiento causado por el responsable: pagar la ofensa con ofensa y el dolor con dolor (Malishev, 2007, p. 25).

Luego, a partir del contrato social, los conceptos de pena y reparación continuaron confundiendo, pues comenzaron a considerarse como ilícitas o delictivas ciertas acciones u omisiones, con base en el ejercicio de libertades a las que se había renunciado contractual y libremente, entendiendo a la pena con un “sentido de reparación del daño ocasionado por la violación del contrato” (Guilis *et al.*, 2007, p. 277). Por lo tanto, medidas reparatorias distintas a la pena continuaron sin ser obligatorias.

Fue con la Ley de las XII Tablas<sup>2</sup> que se transitó de la composición voluntaria, con la cual la víctima podía elegir entre devolver el mal sufrido o solicitar un resarcimiento monetario a la composición obligatoria —que se conoció como pena privada— consistente en una suma de dinero que debía pagar quien ocasionaba el daño en sustitución de las acciones sobre su cuerpo (Nanclares Márquez y Gómez Gómez, 2017, p. 61). No obstante, los castigos continuaron requiriendo “la imposición de una cuota de dolor que debía corresponder al dolor causado, es decir, una suerte de talión disciplinario” (Zaffaroni, 1988, p. 114).

---

<sup>2</sup> Compilación del derecho consuetudinario que regía en Roma hasta antes del año 451 a.C. y que fue considerada por los juristas romanos como el punto de partida de la evolución jurídica de su derecho (Morineau, 2016, pp. LV y LVI).

No fue sino hasta el desarrollo del antiguo derecho francés que se vio en la acción civil la posibilidad de atribuir un “precio” a la sangre y a la venganza, logrando establecerse una regla general que consistía en que quienes causaran cualquier daño estaban obligados a repararlo, lo que permitió ampliar la noción de perjuicio reparable (Nanclares Márquez y Gómez Gómez, 2017, pp. 62 y 63).

Con lo anterior, podemos darnos cuenta cómo la idea y la concepción del daño y su reparación aparece en diversos momentos de la historia de la humanidad con diferentes características propias, en función de los contextos y la época en la que se desarrollaron. Por ejemplo, en la actualidad cada vez es más común escuchar el término reparación del daño y asociarlo al derecho que tienen las víctimas al respecto.

El sinuoso camino recorrido en materia de reparación del daño en el desarrollo jurídico universal, se replica en el ámbito nacional. Durante mucho tiempo la reparación del daño, como institución jurídica, estuvo ausente en la normativa mexicana, quedando de lado con ella el acceso a la justicia de las víctimas, pues el proceso penal se había centrado sólo en la parte acusada y en la representación de los intereses del Estado.

Incluso en la versión original de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —ampliamente reconocida a nivel mundial por la protección de los derechos sociales— publicada en febrero de 1917, no figuraba disposición alguna que aludiera a la reparación del daño en favor de la víctima o del ofendido por un delito (Ojeda Velázquez, 2015, p. 342). Fue a través de reformas al texto constitucional que se incluyó el derecho de las víctimas a la reparación específicamente mediante una adición, en el año de 1993, al artículo 20 constitucional. Años después, en el 2000, se adicionó al apartado A del mismo artículo 20 constitucional la obligación del Ministerio Público de buscar la reparación del daño para las víctimas, sin embargo, en la práctica esta obligación generalmente no era cumplida ya que el principal fin de la representación social continuaba siendo proteger los intereses del Estado.

Empero, no fue sino hasta la reforma constitucional del año 2008 que los derechos de las víctimas y específicamente la reparación del daño fueron observados en el texto constitucional. La reforma contempló la adición, en el apartado C del artículo 20 constitucional, de siete fracciones en las que se enuncian los derechos que, dentro del proceso penal, tienen las víctimas (Ojeda Velázquez, 2015, p. 343).

Luego, con la reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos del año 2011, se reconoció la supremacía constitucional de los derechos humanos y se contempló el principio de protección más amplia para los mismos, así como su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Calderón Gamboa, 2013, p. 149). No obstante, de manera posterior al reconocimiento constitucional de los derechos de las víctimas, se evidenció la necesidad de contar con una ley específica en la materia.

Ante ello se publicó, en 2013, la Ley General de Víctimas (LGV), pero no como resultado espontáneo dentro de la reforma del proceso penal mexicano, sino que surgió dentro de un contexto de movilizaciones y denuncias de diversos colectivos de víctimas. La LGV es el principal documento normativo en el que se desarrollan los derechos de las víctimas enunciados, tanto en la CPEUM<sup>3</sup> como en el Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>4</sup>. Dentro de los derechos contemplados, por supuesto, se incluye que a las víctimas se les garantice la reparación del daño, ello en consonancia con los estándares internacionales desarrollados tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (sistema IDH).

### III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En el ámbito internacional, cuando un Estado actúa de forma contraria a sus obligaciones, surge una responsabilidad que, de igual manera, es internacional. La obligación de reparar a quien sufre un daño como consecuencia de un acto contrario al derecho internacional fue constituida, por primera ocasión, por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*.<sup>5</sup>

El caso *Fábrica de Chorzów* no solamente configuró la primera sentencia en la que un tribunal internacional estableció la obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, sino también fue uno de los principales fundamentos uti-

<sup>3</sup> Consultar el artículo 20, apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>4</sup> Consultar el artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>5</sup> De fecha 13 de septiembre de 1928.

lizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para determinar las reparaciones en su primer caso contencioso: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Ruz Dueñas, 2020, p. 1).

Normativamente, el derecho de las víctimas a obtener una reparación frente al daño sufrido ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales. Uno de los documentos más relevantes, que permiten delimitar el derecho a la reparación, es el de los *principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>6</sup> (en lo sucesivo principios).

Dichos principios recopilan los avances en materia de reparaciones y los homologan en un documento normativo que eleva el estándar de protección que se establecía en la sentencia del caso *Fábrica de Chórzow* (Ruz Dueñas, 2020, p. 2). Uno de los principios más relevantes de este importante instrumento del sistema Universal de Derechos Humanos es el número 15 en donde se establece, entre otras cuestiones, que una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene como finalidad promover la justicia y atender la gravedad de las violaciones, así como al daño sufrido.

Es, dentro del capítulo IX de los principios, donde se desarrollan las obligaciones de los Estados para cumplir con el derecho a la reparación de las víctimas. Específicamente, del principio número 19 al número 23, se explican las formas en que se debe dar a las víctimas una reparación plena y efectiva. De acuerdo con dichos principios, las formas de reparación son: la *restitución*, la *indemnización*, la *rehabilitación*, la *satisfacción* y las *garantías de no repetición*.

Con la *restitución*, de acuerdo con los principios, se debe buscar siempre que sea posible, devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos humanos. Algunas medidas que, en específico, ejemplifican la restitución son: el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso al lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

Por su parte, la *indemnización* debe concederse, de forma adecuada y proporcional a las circunstancias de cada caso, por los perjuicios que

---

<sup>6</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005.

haya originado la violación de los derechos humanos y que sean económicamente evaluables. Dentro de estos perjuicios se encuentran: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades como el empleo, la educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, así como el lucro cesante; los perjuicios morales; y los gastos de asistencia jurídica o de personas expertas, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y/o sociales.

Las medidas de *rehabilitación* son aquellas que buscan facilitar, a las personas en situación de víctima, hacer frente a los efectos sufridos a causa del hecho victimizante. Ejemplo de las medidas de rehabilitación son, la atención médica, psicológica, social o financiera, para lograr el restablecimiento de la independencia física, mental, social y profesional de la víctima hasta lograr su inclusión y participación dentro de la sociedad.

Mientras que, para lograr la *satisfacción*, deben incluirse medidas eficaces para conseguir que cesen las violaciones a los derechos humanos. De acuerdo con los principios, algunas de las medidas de satisfacción son: la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; la búsqueda de las personas desaparecidas, la búsqueda de las identidades de infantes secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, así como la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; la declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y sus seres cercanos; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidad; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a las personas responsables de las violaciones; la conmemoración y homenajes a las víctimas; y la inclusión, en la enseñanza de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario así como en el material didáctico a todos los niveles, de una exposición precisa de las violaciones ocurridas.

Mientras que con las *garantías de no repetición* se pretende conseguir que, en particular, la persona en situación de víctima no vuelva a ser objeto de violaciones a sus derechos, y en general prevenir que violaciones similares no se cometan nuevamente y que con ello se afecte a otras personas. Como ejemplo de medidas de no repetición, el principio número 23 contempla el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que la totalidad de los

procedimientos civiles y militares se ajusten a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de las personas profesionales del derecho, de la salud, de la información, así como a las personas defensoras de derechos humanos; la educación en derechos humanos y del derecho internacional humanitario para todos los sectores de la sociedad, así como la capacitación para personas encargadas de hacer cumplir la ley, para las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de códigos de conducta y normas de ética por parte de personas funcionarias públicas, personal de las fuerzas de seguridad, de los establecimientos penitenciarios, los medios de información, de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, así como del personal de empresas comerciales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; y la revisión y reforma de las leyes que contribuyan o permitan las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las graves violaciones del derecho humanitario.

Por su parte, en el sistema IDH la temática de las reparaciones representa la cristalización y materialización del propio sistema, en casos concretos, para subsanar violaciones a derechos humanos (Calderón Gamboa, 2013, p. 147). El principal fundamento interamericano para el reconocimiento del derecho a reparar es el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) en donde se establece la obligación de reparar “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Las formas de reparación que se han incluido en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana son prácticamente las mismas que se establecen en los principios, pero la Corte IDH ha dotado de contenido a los mismos a partir del análisis de los casos particulares. De hecho, como sostiene el profesor Sergio García Ramírez,

...la mayor y mejor aportación de la Corte de San José al derecho interamericano de los derechos humanos —e incluso al Derecho internacional de esta especialidad— se halla en el ámbito de las reparaciones. Aquí se ha logrado una evolución de enorme relevancia y generoso contenido a partir de las primeras sentencias del Tribunal que aludían a “indemnizaciones”; las

actuales, bajo el rubro de reparaciones, abarcan un gran horizonte” (García Ramírez, 2018, p. 50).<sup>7</sup>

En específico, en la reciente jurisprudencia de la Corte IDH se ha contemplado en mayor medida *la obligación de investigar los hechos, determinar las personas responsables y en su caso sancionarlos* (Calderón Gamboa, 2013, p. 171). Si bien, esta forma de reparación generalmente se incluye dentro de las medidas de satisfacción, la Corte IDH, sobre todo en sus casos más recientes, las ha contemplado como medidas independientes para la reparación del daño (García Ramírez, 2014, p. 1142).<sup>8</sup>

### 1. El cumplimiento de las medidas de reparación en el sistema IDH

Ahora bien, para ejemplificar el cumplimiento, por parte de los Estados, de las medidas de reparación ordenadas por el Tribunal interamericano, podemos analizar las sentencias condenatorias por desaparición forzada contra los países de la región. Desde la resolución de su primer caso contencioso,<sup>9</sup> en el año 1998, hasta marzo del año 2020, la Corte IDH ha emitido 51 sentencias condenatorias por hechos relacionados con la desaparición forzada de personas (Ruz Dueñas, 2020, p. 25). Con base en

---

<sup>7</sup> Y agrega que: “[l]as decisiones del Tribunal en este campo se relacionan (al igual que muchas opiniones consultivas, en las que se aborda la interpretación de normas) tanto con las prestaciones patrimoniales y de diferente orden a las víctimas, como con otras medidas de reparación; reconocimiento público de la responsabilidad internacional del Estado, modificaciones a textos constitucionales, adopción o supresión de leyes, cambios en la jurisprudencia, reapertura de procesos, programas en beneficio de la comunidad, selección y formación de servidores públicos, asistencia judicial internacional, acciones para la modificación de patrones culturales y otras manifestaciones reparatorias en las que se proyecta, en toda su hondura y con su profunda vocación transformadora, la misión tutelar de la Corte Interamericana”.

<sup>8</sup> Sobre lo anterior, el ex juez y presidente de la Corte IDH añade: “Más allá de la *restitutio in integrum*, en el terreno de lo practicable y plausible, se hallan las medidas que implican una cierta garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones cometidas. El conocimiento de la verdad marcha en esta dirección; lo mismo, la selección y capacitación de los servidores públicos (particularmente en el campo de la prevención de delitos y la persecución criminal) para la debida observancia de los derechos humanos en el ámbito de su desempeño. Se trata, en suma, como se ha dicho en muchas sentencias, de que el Estado adopte una serie de medidas “*con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso*”.

<sup>9</sup> Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, 29 de julio de 1998.

tales sentencias, es posible sostener que las medidas de reparación que los Estados cumplen con mayor frecuencia son las que tienen que ver con el otorgamiento de indemnizaciones, es decir con cuestiones económicas o monetarias (Ruz Dueñas, 2020, p. 22). Al respecto, si bien de la lectura literal del artículo 63.1 de la Convención ADH —e incluso de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH)— la compensación o indemnización podría parecer suficiente para reparar a las víctimas, la Corte IDH ha sostenido que la reparación no debe entenderse de forma limitada, sino como un elemento transformador de la realidad (Salmón 2019).

De hecho, paradójicamente, las medidas de reparación económica suelen ser las menos solicitadas por las y los familiares de las personas desaparecidas ya que muchas víctimas prefieren, antes que cualquier otra medida, la investigación de los hechos, así como la búsqueda y localización de sus seres queridos. No obstante, de acuerdo con Carlos Berinstain (2009), la compensación económica es importante cuando las y los familiares de una persona desaparecida buscan restituir las pérdidas materiales, los gastos y/o los recursos perdidos como consecuencia del hecho victimizante.

Son precisamente las formas de reparación relacionadas con la obligación del Estado de investigar, juzgar y en su caso sancionar a las personas responsables de violaciones a derechos humanos, las que se cumplen en menor medida. Ello puede ser debido a la complejidad de las propias medidas, ya que atendiendo a cada caso concreto éstas pueden ser de tipo penal, administrativo o disciplinaria (Calderón Gamboa, 2013), pero esta situación sin duda continúa postergando el acceso a la justicia en la gran mayoría de los casos sobre violaciones a los derechos humanos.

A mayor abundamiento, nos enfocaremos en las medidas de reparación relacionadas con desaparición de personas que han sido dirigidas por la Corte IDH al Estado mexicano.<sup>10</sup> La primera de dichas sentencias fue en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”)*.<sup>11</sup> En este caso la Corte IDH evidenció los serios problemas relacionados con violencia de género

---

<sup>10</sup> Sobre el desarrollo de la desaparición forzada de personas, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, consultar Spigno, I. y Zamora Valadez, C. (2020). Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Ibáñez Rivas, Juana María *et al.* (coords.), *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos*, México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 521-555.

<sup>11</sup> Del 16 de noviembre del 2009.

que ocurren en México, incluyendo la desaparición y los feminicidios de miles de mujeres, pero también la falta de diligencia en la investigación y búsqueda, lo que sin duda se traduce en impunidad (Spigno y Zamora, 2020, p. 525).

La segunda sentencia es la emitida en el caso *Radilla Pacheco*,<sup>12</sup> en la que se condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco durante la llamada *guerra sucia*. Durante dicha etapa el Estado, a través de sus agentes, criminalizó y combatió a diversos grupos sociales y opositores del Gobierno. Esta represión estatal estuvo acompañada por violaciones a los derechos humanos —incluyendo por supuesto la desaparición forzada de personas— no sólo dirigidas en contra de los miembros de diversos grupos sociales opositores al régimen, sino contra la población en general.

La última sentencia condenatoria contra el Estado mexicano, por desaparición forzada, fue en el caso *Alvarado Espinoza*,<sup>13</sup> debido a la desaparición de tres personas durante la llamada guerra contra el narcotráfico y la militarización del país. Fue, principalmente, con la militarización de la seguridad pública que el Gobierno Federal durante el periodo presidencial de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012) pretendió hacer frente al crimen organizado. Sin embargo, esta estrategia ocasionó que la población civil se viera involucrada en un fuego cruzado entre las fuerzas armadas y presuntos miembros de grupos narcotraficantes, con lo que se volvió más difícil identificar si los crímenes y violaciones de derechos humanos eran producidos por particulares o por elementos del Estado, lo que ha sido aprovechado por ambas “partes” para actuar con total impunidad.

Si nos enfocamos en el apartado de reparaciones, en cada una de las tres sentencias señaladas se ordenó, por la Corte IDH, cumplir con medidas de reparación en favor de las víctimas. De acuerdo con la clasificación que sugieren los principios a los que se ha hecho referencia, en las tres sentencias condenatorias se incluyó la obligación estatal de cumplir con diferentes medidas que corresponden a 4 de las 5 diferentes formas de reparación. Las medidas de reparación que no fueron incluidas en ninguna de las tres sentencias son las relacionadas con la restitución.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> De fecha 23 de noviembre de 2009.

<sup>13</sup> De fecha 28 de noviembre de 2018.

<sup>14</sup> La ausencia de medidas de restitución, en casos de desaparición forzada de personas, puede atender a la limitación en casos de violaciones graves a derechos humanos, para restablecer la situación que existía antes del hecho victimizante.

El Tribunal interamericano ordenó mayormente el cumplimiento de medidas de satisfacción,<sup>15</sup> dentro de las que se encuentran la investigación y sanción de los hechos, así como la búsqueda y localización de las personas desaparecidas.<sup>16</sup> Por otra parte, de la totalidad de medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, en los tres casos, el menor número corresponde a las medidas de rehabilitación.

FIGURA 1. PORCENTAJE DE MEDIDAS DE REPARACIÓN ORDENADAS POR LA CORTE IDH



FUENTE: Elaboración propia con información del sitio web oficial de la Corte IDH.

Ahora bien, por lo que hace al cumplimiento de las medidas reparatorias por parte del Estado mexicano, de acuerdo con las sentencias de supervisión de cumplimiento en los casos *González y otras* (“*Campo Algodonero*”)<sup>17</sup> y en *Radilla Pacheco*,<sup>18</sup> se han cubierto el 100% de las medidas de indemnización, mientras que en *Alvarado Espinoza y otros*,<sup>19</sup> este tipo de

<sup>15</sup> En la sentencia del caso *González y otras*, las medidas de satisfacción ocupan un 37.5 %, respecto a la totalidad de medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH; en la sentencia *Radilla Pacheco* las medidas de satisfacción ocupan un 38.46% sobre el 100% de medidas ordenadas; y en *Alvarado Espinoza* un 35.71%.

<sup>16</sup> Esta medida fue ordenada, tanto en el caso *Radilla Pacheco* como en el caso *Alvarado Espinoza y otros*.

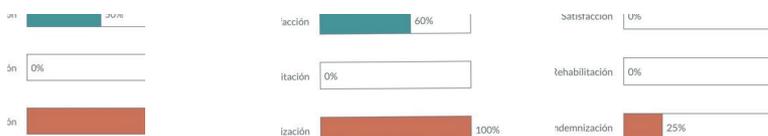
<sup>17</sup> En este caso sólo existe una sentencia de supervisión de cumplimiento, emitida por la Corte IDH el 16 de noviembre del 2009.

<sup>18</sup> Este caso cuenta con cinco sentencias de supervisión de cumplimiento, de fechas: 19 de mayo de 2011; 1o. de diciembre de 2011; 28 de junio de 2012; 14 de mayo de 2013, y 17 de abril de 2015.

<sup>19</sup> Solamente cuenta con una sentencia de supervisión de cumplimiento, emitida el 07 de octubre de 2019.

medidas son las únicas que, para la Corte IDH, muestran un poco de avance en el cumplimiento (25%).

FIGURA 2. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE REPARACIÓN



FUENTE: Elaboración propia con información del sitio web oficial de la Corte IDH.

Estos datos permiten inferir que si bien las sentencias de la Corte IDH son necesarias y muy importantes para visibilizar las obligaciones estatales, así como para construir y consolidar un estándar de reparación, también sirven para evidenciar que el Estado mexicano —como la mayoría de los Estados que forman parte del sistema IDH— incumplen gran parte de las medidas de reparación ordenadas por el Tribunal interamericano. De igual forma podemos darnos cuenta que, paradójicamente, las medidas de reparación que el Estado mexicano ha cumplido en su totalidad —al menos en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”)* y en *Radilla Pacheco*— son las relacionadas con la indemnización o compensación.

#### IV. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN COAHUILA

Ahora bien, como se ha mencionado desde la introducción del documento, en este apartado se analizarán las recomendaciones emitidas durante el año 2019 y 2020, en la gestión de la actual administración de la Comisión de los Derechos Humanos del estado de Coahuila de Zaragoza. Ello principalmente con la finalidad de verificar si la CDHEC ha incluido en sus recomendaciones las distintas formas de reparación de acuerdo con los estándares internacionales.

Es importante aclarar que este trabajo se limita a señalar las medidas de reparación ordenadas a las autoridades coahuilenses mediante las recomendaciones de la CDHEC, por lo que la revisión sobre el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones será necesariamente producto de una investigación diversa.

Para ello, primero es importante señalar que, durante el 2019, la CDHEC emitió un total de 62 recomendaciones, no obstante este trabajo se ha centrado únicamente en el análisis de las últimas 14 recomendaciones de ese año<sup>20</sup> ello, como ya se ha manifestado, en virtud del inicio de la presidencia del actual titular de dicha institución.<sup>21</sup>

A su vez, en 2020 se emitieron 50 recomendaciones por parte de la Comisión, por lo que, para la realización de este trabajo en total se analizaron 64 recomendaciones por violación o vulneración de derechos humanos en Coahuila de Zaragoza.

### 1. Recomendaciones emitidas durante el 2019

Algunos datos relevantes sobre las recomendaciones emitidas durante 2019 es que, de las 14 recomendaciones analizadas, la mitad fueron formuladas por actos de elementos de Fuerza Coahuila; tres tuvieron como autoridad responsable a personal de la Fiscalía General del estado de Coahuila de Zaragoza; tres fueron dirigidas a policías municipales,<sup>22</sup> y una recomendación al Ayuntamiento de Piedras Negras.

De igual manera, es relevante señalar que, en el 100% de los casos analizados, se consideraron vulnerados el derecho a la legalidad y seguridad jurídica. En algunas de las recomendaciones también se incluyó la vulneración de otros derechos como la libertad, la integridad y la privacidad.

---

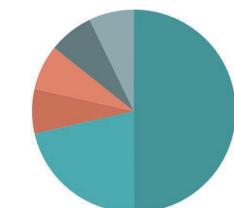
<sup>20</sup> De la recomendación número 49/2019 a la recomendación número 62/2019.

<sup>21</sup> El doctor Hugo Morales Valdés es el actual Presidente de la CDHEC, por un periodo de seis años, a partir del 26 de junio de 2019. Ello de acuerdo con el Decreto núm. 304/2019 del Congreso del Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza.

<sup>22</sup> Policía municipal de Matamoros, policía municipal de Monclova, y policía municipal de Torreón.

FIGURA 3. AUTORIDADES RESPONSABLES

Recomendaciones 2015



Fuerza Coahuila	(50%)
Fiscalía General del Estado	(21.43%)
Ayuntamiento de Piedras Negras	(7.14%)
Municipio de Matamoros	(21.43%)

FUENTE: Elaboración propia con información del sitio web oficial de la CDHEC.

### *Medidas de reparación recomendadas durante el 2019*

En las 14 recomendaciones se ordenó, como medidas de reparación, el cumplimiento de *garantías de no repetición*. Respecto a dichas medidas de reparación se recomendaron, principalmente, el inicio de procedimientos administrativos de responsabilidad, así como cursos de capacitación, profesionalización, actuación y ética profesional. Sobre el cumplimiento de estas medidas, por parte de las autoridades, a pesar de haberse recomendado que se evitara vulnerar nuevamente los mismos derechos, el incumplimiento es evidente, ya que su repetición originó la emisión de nuevas recomendaciones similares.

Por el contrario, las medidas que menos se recomendaron, durante el 2019, fueron las de *indemnización*, ya que solamente en dos ocasiones se contemplaron. En el primero de los casos,<sup>23</sup> las medidas de indemnización incluyeron: la creación de un plan de indemnización económico elaborado por la FGJE en coordinación de la Comisión de Atención a Víctimas del Estado, así como la emisión de un Decreto del Ejecutivo

<sup>23</sup> Recomendación núm. 58/2019, en donde se consideró como autoridad responsable a la Agencia de Investigación Criminal de la FGJE, por el asesinato de una persona de nacionalidad salvadoreña.

mediante el cual se debía oficializar el pago de la indemnización de forma mensual. En el segundo de los casos<sup>24</sup> se determinó otorgar la cantidad de \$11,532.00 (once mil quinientos treinta y dos pesos m. n.) por la detención arbitraria y la provocación de lesiones al quejoso, por parte de elementos Fuerza Coahuila.

En nueve de las 14 recomendaciones se determinó el cumplimiento de medidas de *restitución*, dentro de las que se encuentran: responder a las solicitudes o escritos presentados por las personas quejasas, proceder con la investigación de hechos denunciados que habían sido desestimados, el reintegro del pago de una multa efectuada injustificadamente, y la reubicación o reasignación de locales comerciales.

Por otra parte, las medidas de *rehabilitación* únicamente fueron incluidas en cuatro de las 14 recomendaciones. Dichas medidas incluyen el acceso a servicios médicos, tratamientos psicológicos, psiquiátricos, medicamentos o ayudas de la salud en todas las instalaciones del Estado; la creación de un modelo de proyecto de vida en el cual se cubran las necesidades de vivienda, educación y trabajo digno de los familiares de la persona agraviada; y la implementación de medidas, así como la coordinación institucional para evitar la revictimización de las personas afectadas.

Respecto a las medidas de *satisfacción*, estas fueron dictadas en ocho de las 14 recomendaciones. En cuatro de los casos se recomendó incluir a las personas quejasas en la investigación de los hechos para que pudieran intervenir en los procedimientos, y que tuvieran la oportunidad de incorporar elementos probatorios; en tres casos se recomendó brindar información a la persona afectada sobre el estado y avance de las investigaciones; y en una ocasión se exhortó a realizar actos que conmemoren el honor, la dignidad y la humanidad de las víctimas, ello como una forma de disculpa pública en relación a los hechos sucedidos.

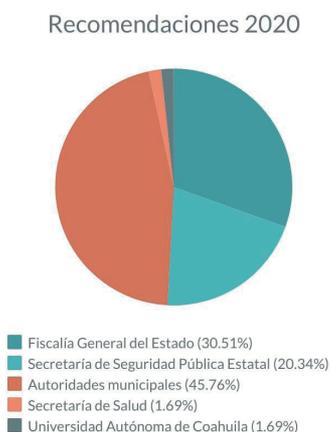
## 2. Recomendaciones emitidas durante el 2020

Por lo que hace a las 50 recomendaciones emitidas por la CDHEC durante 2020, en estas se diversificaron las autoridades a las que fueron dirigidas. Por ejemplo, la institución con mayor número de recomendaciones fue la Fiscalía General de Justicia del Estado, con 18; seguida por la Secre-

<sup>24</sup> Recomendación núm. 61/2019.

taría de Seguridad Pública estatal con 12 recomendaciones. 27 recomendaciones fueron dirigidas a autoridades de 13 municipios de Coahuila;<sup>25</sup> una a la Secretaría de Salud del Estado; y una recomendación a la Universidad Autónoma de Coahuila.

FIGURA 4. AUTORIDADES RESPONSABLES



FUENTE: Elaboración propia con información del sitio web oficial de la CDHEC.

Respecto a los actos de autoridad, la mayoría de las recomendaciones incluye la violación a los mismos derechos. Específicamente se trata de los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica<sup>26</sup> ya que, en 43 de las 50 recomendaciones emitidas durante el 2020, se consideraron violados estos derechos. De esas 43 recomendaciones, junto con la vulneración al derecho a la legalidad y seguridad jurídica, también se determinó la violación a otros derechos como la libertad, la integridad y seguridad personal, así como la privacidad.

<sup>25</sup> Torreón (6 recomendaciones); Saltillo (5 recomendaciones); Piedras Negras (4 recomendaciones); Monclova (2 recomendaciones); Castaños (2 recomendaciones); Acuña, Ramos Arizpe, Parras, Nadadores, Frontera, Matamoros, Ocampo y Progreso (1 recomendación cada municipio).

<sup>26</sup> Dentro de las modalidades del derecho a la legalidad y seguridad jurídica que se declararon vulnerados se encuentran: ejercicio indebido de la función pública, falta de fundamentación y motivación legal, negativa del derecho de petición, entrega indebida de bienes retenidos, dilación de la procuración de justicia, entre otros.

En 20 recomendaciones únicamente se declaró la vulneración del derecho a la legalidad y seguridad jurídica. En las 7 recomendaciones restantes se consideraron vulnerados derechos como la privacidad, la igualdad y trato digno, así como la propiedad y la posesión.

### *Medidas de reparación durante el 2020*

Algunos datos interesantes sobre las medidas de reparación, que pueden observarse en las recomendaciones emitidas durante el 2020, es que en los 50 casos se incluyeron *garantías de no repetición*. No obstante, por lo que hace al cumplimiento de estas medidas por parte de las autoridades responsables, el incumplimiento de las mismas es evidente, ya que a pesar de haberse recomendado no repetir hechos violatorios a derechos humanos similares a las recomendaciones anteriores, estos actos han continuado reproduciéndose.

Un ejemplo, que puede ayudar a clarificar lo anterior, son las recomendaciones emitidas por violaciones a derechos humanos cometidas por la Fiscalía General de Justicia del Estado. Como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, la FGJE fue considerada como autoridad responsable en 18 ocasiones, y desde la primera recomendación<sup>27</sup> se le encomendó implementar medidas para evitar la repetición de actos violatorios a derechos humanos, sin embargo, el incumplimiento de estas medidas originó las subsecuentes recomendaciones.

Por lo que hace a las medidas de *indemnización* o compensación, éstas se incluyeron en 22 de las 50 recomendaciones emitidas durante el 2020. En estas 22 recomendaciones se estableció compensar tanto el daño material como el daño moral sufrido por las víctimas para lo cual, la CDHEC, solicitó seguir los criterios establecidos en la CPEUM, en la LGV, en la Ley de Víctimas para el estado de Coahuila de Zaragoza, así como los estándares desarrollados por la Corte IDH.

Es importante resaltar que en las últimas recomendaciones del año 2020<sup>28</sup> en las que se incluyó como medida de reparación la indemnización, la CDHEC también incluyó criterios específicos del Tribunal Superior de Justicia del estado de Coahuila de Zaragoza, mediante los que se determinan aspectos que deben considerarse para la cuantificación del daño moral.

<sup>27</sup> Recomendación núm. 01/2020.

<sup>28</sup> Recomendaciones núm. 46/2020 y núm. 48/2020.

Respecto a las medidas de *restitución*, la CDHEC las incluyó sólo en 4 de las 50 recomendaciones. Dentro de dichas medidas se determinó: adecuar las celdas de detención con la infraestructura necesaria;<sup>29</sup> dejar sin efectos diversos actos de autoridad;<sup>30</sup> permitir a personas detenidas realizar directamente la llamada a la que tienen derecho, contar con un teléfono para su uso exclusivo e implementar un sistema para el registro de llamadas telefónicas que realicen, brindar los tres alimentos diarios a las personas privadas de la libertad mientras permanezcan detenidas, contar con un libro de registro de pertenencias de personas detenidas, continuar con la aplicación de un libro de registro de ingresos de detenidos en el que se asienten debidamente los datos relativos a las condiciones de su ingreso, y elaborar un expediente de cada persona detenida al que se anexe toda la documentación relativa a su ingreso, estancia y salida;<sup>31</sup> así como realizar un dictamen para lograr el esclarecimiento de los hechos.<sup>32</sup>

A su vez, la CDHEC incluyó medidas de *satisfacción* en 29 recomendaciones. Algunas de estas medidas recomendadas son: iniciar investigaciones internas para determinar la responsabilidad individual de agentes del Estado; instruir sanciones en contra de los servidores públicos responsables; dar respuesta a las solicitudes presentadas por las personas quejasas; presentar denuncia de hechos ante la FGJE, entre otras.

Por último, las medidas de *rehabilitación* se recomendaron en 11 de los 50 casos. Las medidas incluidas en estas 11 recomendaciones fueron: brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica especializadas, así como prestar asesoría jurídica, ello con la finalidad de facilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas y garantizar su pleno disfrute.

## V. REFLEXIONES FINALES

Luego de que se han señalado los antecedentes de la reparación integral del daño, así como el desarrollo de este importante derecho, la obligación estatal de cumplir con este deber internacional es evidente. Sin embargo, para que en el ámbito interno haya un cumplimiento de esta obligación, por parte de las autoridades, también es necesario que los distintos orga-

<sup>29</sup> En la recomendación núm. 03/2020.

<sup>30</sup> En la recomendación núm. 06/2020.

<sup>31</sup> En la recomendación núm. 12/2020.

<sup>32</sup> En la recomendación núm. 48/2020.

nismos de protección a derechos humanos ordenen o recomienden la observancia de distintas medidas de reparación, atendiendo los estándares internacionales que colaboren en la superación, por parte de la persona afectada, del hecho victimizante que originó el daño.

Es por ello que antes de investigar sobre el cumplimiento o no de las medidas por parte de las autoridades, es necesario analizar si los organismos protectores de derechos humanos incluyen dichas medidas en sus sentencias y/o recomendaciones. En el presente trabajo se ha señalado que, en el caso coahuilense, la CDHEC durante la segunda mitad del 2019 y en 2020 incluyó en sus recomendaciones diversas medidas de reparación.

Además, es importante mencionar que el formato de las recomendaciones emitidas por el organismo coahuilense no jurisdiccional de protección de derechos humanos se ha modificado con el paso del tiempo. Las recomendaciones emitidas durante el 2019, así como parte de las del 2020, siguen un formato similar al utilizado tradicionalmente durante gestiones anteriores, muy parecidas a sentencias jurisdiccionales, en ocasiones extensas y poco amigables para su lectura. No obstante, a partir de la recomendación núm. 15/2020, en cada una de ellas se incluye una ficha técnica, una tabla de abreviaturas, una tabla de legislación, y un índice, lo que sin duda estructura de mejor manera las recomendaciones y las vuelve más accesibles y comprensibles para la persona quejosa y la sociedad en general.

De igual manera, a partir de la recomendación ya señalada, la CDHEC profundiza en los fundamentos y en la explicación de la reparación integral del daño, pero también diversifica más las medidas recomendadas a las autoridades para cumplir con la importante obligación de reparar. Sin duda, la inclusión de los elementos antes señalados no sólo fortalece los estándares y parámetros para el cumplimiento de las medidas de reparación por parte de las autoridades, sino que permite que las víctimas puedan tener más claridad en sus derechos y que puedan exigir su cumplimiento para una adecuada y efectiva protección.

En conclusión, si bien desde las primeras recomendaciones analizadas ya se contemplaban medidas de reparación de los cinco rubros que forman la clasificación tradicional, de la que se ha hablado en el tercer apartado de este trabajo, fue a partir de la recomendación núm. 15/2020 que, en el caso coahuilense, las recomendaciones emitidas por la CDHEC inclu-

yen una explicación específica de cada una de las medidas recomendadas, así como pautas que pueden facilitar su cumplimiento por parte de las autoridades.

Sin duda, es observable que los criterios internacionales e interamericanos sobre reparación del daño han tenido una influencia clara en el trabajo y las resoluciones de los organismos públicos de derechos humanos, y el Ombudsman de Coahuila no es la excepción. El presente análisis tiene como objetivo señalar los retos que en esta materia tiene dicha Comisión, pero también evidenciar que, poco a poco, esos estándares sustentan con mayor precisión las obligaciones que deben atender las autoridades recomendadas y, en definitiva, los derechos de las víctimas que deben ser reparados.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERISTAIN, C. (2009). *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ecuador: Ministerio de Justicia.
- CALDERÓN GAMBOA, J. (2013). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano, en FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* t. I. México: SCJN-UNAM, IJ-Fundación Konrad Adenauer.
- CHAMPO SÁNCHEZ, N. y SERRANO SÁNCHEZ, L. (2019). *Reparación del daño, justicia restaurativa y género*. México: Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.
- DE GREIFF, P. (2006). Justice and Reparations, en DE GREIFF, Pablo (ed.). *Handbook of Reparations*. Estados Unidos de América: Oxford University Press.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2014). Reparaciones, en FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal y convencional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2018). *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- GUILIS, G. *et al.* (2007). La reparación: acto jurídico y simbólico, en Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio: Aportes psicosociales. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2006). *Teoría del delito*. México: IURE editores.
- MALISHEV, M. (2007). Venganza y “ley” del talión. *La Colmena*, núm. 53.
- MORINEAU, M. (2016). Bases históricas de la familia jurídica romano-canónica, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I. *Derecho romano. Historia del Derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NANCLARES MÁRQUEZ, J. y GÓMEZ GÓMEZ, A. (2017). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 17, núm. 33.
- OJEDA VELÁZQUEZ, J. (2015). La reparación del daño en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en GARCÍA RAMÍREZ, S. y DE GONZÁLEZ, O. (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- RUZ DUEÑAS, F. (2020). *Las medidas de reparación relacionadas con la verdad y la memoria en las sentencias de la Corte IDH sobre desaparición forzada de personas*. Tesis de especialidad. México: Academia Interamericana de Derechos Humanos.
- SALMÓN, E. (2019). *Introducción al sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SPIGNO, I. y ZAMORA VALADEZ, C. (2020). Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en IBÁÑEZ RIVAS, J. *et al.* (coords.), *Desaparición forzada en el sistema interamericano de derechos humanos. Balance, impacto y desafíos*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro.
- ZAFFARONI, E. (1998). *Criminología, aproximación desde un margen*. Colombia: Temis.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Alvarado Espinoza y otros vs. México*, 07 de octubre de 2019 (Reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas).

*Alvarado Espinoza y otros vs. México*, 28 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 370).

*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 253).

*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 21 de mayo de 2013 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Radilla Pacheco vs. México*, 1o. de diciembre de 2011 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Radilla Pacheco vs. México*, 14 de mayo de 2013 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Radilla Pacheco vs. México*, 17 de abril de 2015 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Radilla Pacheco vs. México*, 19 de mayo de 2011 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 209).

*Radilla Pacheco vs. México*, 28 de junio de 2012 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988 (Fondo. Serie C, núm. 4).

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA

*The Factory at Chorzów*, 13 de septiembre de 1928 (Serie A, núm. 17).

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

## DOCUMENTOS NACIONALES

Código Nacional de Procedimientos Penales (2014).  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).  
Ley General de Víctimas (2013).

## DOCUMENTOS INTERNACIONALES

### 1. *Asamblea General de las Naciones Unidas*

*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147) (2006).*

### 2. *Organización de Estados Americanos*

*Documentos Básicos de Derechos Humanos en el sistema Interamericano.* Recuperado el 23 de enero de 2021, de [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos\\_basicos.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp).





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Estado constitucional democrático mexicano ante la implementación de la prueba piloto del voto de las personas en prisión preventiva 2021

*Mexican democratic constitutional state before  
the implementation of the pilot test of the vote  
of people in preventive prison 2021*

Recepción: 19 de abril de 2021

Aceptación: 17 de mayo de 2021

Víctor Hugo SERRANO MORALES\*

RESUMEN: El 20 de febrero de 2019 el Tribunal Constitucional Electoral mexicano resolvió el juicio para protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) SUP-JDC-352/2019 y acumulado, acción presentada por las *Personas Humanas* identificada como “Actores” Guadalupe Gómez Hernández y Marcos Ruiz López. De una interpretación evolutiva el Tribunal Constitucional reconoció la inexistencia de mecanismo alguno que garantizará el voto activo a las personas en prisión preventiva. Decisión jurisdiccional de efectos *erga omnes*, que, por un lado, obliga a la autoridad administrativa electoral implemente la prueba piloto “Voto de las Personas en Prisión Preventiva”. Por otro lado, ordena dar vista al Constituyente permanente federal y local respectivamente, con el fin de valorar

ABSTRACT: On February 20, 2019, the Mexican Constitutional Electoral Court resolved the lawsuit for the protection of the political-electoral rights of the citizen (JDC) SUP-JDC-352/2019 and accumulated, action presented by Human Persons identified as “Actors” Guadalupe Gómez Hernández and Marcos Ruiz López. From an evolutionary interpretation, the Constitutional Court recognized the inexistence of any mechanism that will guarantee active voting to people in preventive detention. Jurisdictional decision of *erga omnes* effects, which, on the one hand, obliges the electoral administrative authority to implement the pilot test “People in Pretrial Detention”. On the other hand, it orders to give a view to the federal and local permanent Constituent respectively, in order to

---

\* Licenciado en derecho por la Universidad del Valle de México, Campus Coyoacán. México. ORCID: [orcid.org/0000-0003-2695-9087](https://orcid.org/0000-0003-2695-9087). Correo electrónico: [moralesh\\_990@hotmail.com](mailto:moralesh_990@hotmail.com).

los cambios constituciones y legales en la materia.

**Palabras clave:** Derecho al voto activo, tribunal constitucional, democracia, Persona Humana, indígenas.

*ASSESS constitutional and legal changes in the matter.*

**Keywords:** *Right to active vote, constitutional court, democracy, Human Person, indigenous.*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Preposición taxativa Persona Humana*. III. *Estado. Sistema legal o constitucional*. IV. *Sursumiento de los derechos fundamentales*. V. *Estado constitucional*. VI. *Justicia electoral*. VII. *Contextualización de la sentencia SUP-JDC-352/2018 y acumulado*. VIII. *Situación jurídica de las Personas Humanas actores del JDC*. XI. *Personas Humanas torturadas. Indígenas “tzotziles”*. X. *Agravios hechos valer por las Personas Humanas indígenas “tzotziles”*. XI. *Estudio de fondo realizado por el Tribunal Constitucional al SUP-JDC-352/2018 y acumulado*. XII. *Argumentos desarrollados por el Tribunal Constitucional*. XIII. *Interpretación constitucional del Tribunal Constitucional*. XIV. *Interpretación convencional del Tribunal Constitucional*. XV. *Garantía del derecho al voto*. XVI. *Decisión del Tribunal Constitucional*. XVII. *INE. Implementación de la prueba piloto del voto de las personas en prisión preventiva 2021*. XVIII. *Primeras aproximaciones a manera de conclusión*. XIX. *Reflexión*. XX. *Anexos*. XXI. *Referencias bibliográficas*.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es parte de una línea de investigación realizada en torno a la sentencia *SUP-JDC-352/2019* y acumulado, pronunciada por la *SS* del *TEPJF*, a lo largo de mi disertación le estaré identificando como Tribunal Constitucional. Decisión jurisdiccional que reconoce la inexistencia de mecanismo alguno en materia electoral que garantice el derecho al voto activo a las *Personas Humanas* en prisión preventiva, por lo que surgen una serie de interrogantes a la luz del efecto irradiador del fallo constitucional ahora en estudio.

A lo largo del trabajo se intentará responder las interrogantes ¿Qué resolvió el Tribunal Constitucional? ¿Cuáles son los efectos *erga omnes* de la sentencia? ¿Qué órganos del Estado constitucional democrático mexicano

están involucrados en el cumplimiento de la sentencia? ¿Cómo se garantizará que las *personas humanas* en prisión preventiva ejerzan su derecho al voto? Pareciera una actividad compleja sobre todo al saber que el sistema penitenciario mexicano no es el más plausible o garantista en materia de derechos fundamentales, derechos político-electorales y derechos humanos en el Estado constitucional democrático mexicano.

## II. PREPOSICIÓN TAXATIVA *PERSONA HUMANA*

Es importante iniciar por justificar la forma discriminada —concepto entendido como una forma de distinción— en que manipulo a lo largo de mi disertación la preposición taxativa de *Persona Humana*, dejando de lado la ficción legal de “*persona*” que sabemos es de interpretación obligatoria. Empezaré por decir que tomé la preposición “*Persona Humana*” del párrafo segundo del preámbulo de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (*Pacto de San José*).

Ahora bien, ante los constantes cambios sociales que dan contenido al reconocimiento y ampliación de derechos fundamentales y creación de nuevos derechos humanos, la categoría taxativa de *Persona Humana*, *per se*, es la figura que más recrea la universalidad del sujeto —“ser o ente”, con alto contenido óntico y axiológico— merecedor de derechos. En materia de argumentación principialista pugno que la preposición taxativa aludida, sea tratada como principio puente, elemento normativo soportado por una serie de tres principios más, a manera de columnas, estos son: 1. Principio de autonomía —libertad de actuar—. 2. Principio de Inviolabilidad de la *Persona Humana* —prohibición del uso de la persona como medio— de efecto coactivo. 3. Principio de dignidad de la *Persona Humana* —fundamento por el que deviene una serie de derechos más—. Principios fundamentales que Nino (2007) considera una herramienta imprescindible para garantizar el respeto a la vida y derechos fundamentales de toda *Persona Humana*. (Santiago, Carlos N., 2007, pp. 199-301).

Principio puente “*Persona Humana*” que adminículo en la hoja de ruta que identifiqué como “*Persona Humana al centro en posición vertical frente al Estado*”.<sup>1</sup> Línea de investigación en materia de defensa de DDHH y

---

<sup>1</sup> Razonamiento jurídico en materia de DDHH que concibo como una necesidad académica de proveer una herramienta que además de potenciar a la *Persona Humana*,

litigio estratégico del ahora disertante, que, por el momento no abordaré. Pero, para el caso que nos ocupa busco demostrar que las diferencias estructurales y trato diferenciado de las *Personas Humanas* actores del *JDC* fueron parte del estudio y razón fundamental de la sentencia del Tribunal Constitucional electoral.

Para quienes nos identificamos como defensores de derechos humanos ¿Qué es lo que más nos debe importar en la defensa de derechos humanos? Abro la disertación con una pregunta detonante. Sin duda alguna, la respuesta que deviene a la interrogante es, que lo más importante es la “persona”. Pero, si analizamos la llamada eficacia de los derechos humanos pareciera que la categoría de “*persona*” es limitante en casos de violaciones graves de estas prerrogativas —en los que se encuentran los derechos políticos-electorales del ciudadano—. Razón que forma parte de mi tesis en *DDHH*.

### III. ESTADO. SISTEMA LEGAL O CONSTITUCIONAL

Algunos autores, como Carpizo (2015) concibe que la identificación de un Estado como sistema legal o constitucional en mucho depende de la forma en que sus operadores jurídicos razonan al ser humano —Persona Humana— desde el orden jurídico interno o externo vinculante, esto es, de la visión con que reconocen a la “*persona*” o “*Persona Humana*” mediante un sistema —principios y reglas— creado por el poder constituyente, el poder reformador de la constitución, el legislador en las leyes reglamentarias u ordinarias, en los Tratados Internacionales (*TI*) que ratifican y las decisiones judiciales o administrativas que sustentan los distintos órganos jurisdiccionales. (Carpizo, Enrique, 2015, pp. 11 y 12). Carbonell (2019) el lenguaje constitucional es rebuscado y la redacción de sus normas es oscura e intrincada. Continúa diciendo que, en ocasiones ni los especialistas teóricos ni los tribunales pueden orientarse con seguridad en el texto constitucional, como lo demuestra el hecho de que sobre un mismo precepto existan las más diversas y dispares interpretaciones. Termina señalando, que, en general se puede decir que tenemos un ordenamiento jurídico opa-

---

permita su estudio estructural, trato diferenciado, consecuentemente se puedan proponer acciones afirmativas en casos concretos en torno a los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Para conocer más, véase en Sandra Serrano, Daniel Vásquez (2017). *Los Derechos en Acción*, México: FLACSO MÉXICO, pp. 83-98.

co, en el qué, no abunda la claridad y sí más bien las zonas de penumbra o de franca oscuridad. (Carbonell, Miguel, 2019, p. 590).

#### IV. SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial en 1945 surge la prohibición de guerra y protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos establecidos como límites y restricciones a los poderes de los Estados, este cambio se adjudicó mediante la creación de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, seguido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, además del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, bloque internacional que Ferrajoli (2016) considera como un grupo de *TI* que conforman una especie de constitución embrionaria mundial, que gracias a este conjunto de *TI* la soberanía interna de los Estados parte, los obliga como protestas *legibus soluta* —tanto más en un Estado constitucional democrático—, también en su dimensión externa todos los Estados parte de este grupo de *TI* se someten a los máximos imperativos de paz y garantía de derechos fundamentales y derechos humanos de todas las *Personas Humanas*. (Ferrajoli, Luigi., 2016, pp. 46 y 47). No olvidemos el caso del Estado mexicano de 1917 donde el constituyente electo para crear una nueva constitución fue el que por primera vez habló de derechos sociales terminando estas prerrogativas por formar parte del texto normativo de la *CPEUM*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.

Después de positivados estos derechos, los juristas se dan a la tarea a su constante estudio constitucional de los derechos fundamentales, también pensados como principios fundamentales —elementos normativos—. Su función jurisdiccional adquiere dimensiones especiales en la consolidación y protección de prerrogativas contenidas en la constitución, derechos que son interpretados no sólo formalmente —derecho positivo— sino también en su dimensión sustancial —derecho natural— como elementos normativos, concibiendo una teoría de interpretación principialista que dota a los operadores jurídicos de mayores herramientas en casos concretos. Límites, que además obligan a la progresividad y prohibición de no regresión de actos que menoscaban la dignidad de la *Persona Humana*.

Para Reyes (2019) los estudiosos del Estado democrático de Derecho, la noción de derechos fundamentales adquiere una dimensión más amplia al involucrar el “*principio de democracia*” ya que no basta con la existencia de normas con ciertas características, sino que las mismas deben ser la manifestación indirecta de la voluntad popular. (p. 127). Por su parte, las leyes —*reglas*— creadas por el constituyente permanente electo democráticamente deben contemplar en su texto los mecanismos idóneos para lograr la garantía de igualdad sustantiva que atienda las diferencias estructurales de las *Personas Humanas* en general sin distinción alguna —categorías sospechosas—. Derechos *subjetivos-públicos* protegidos por el Poder Judicial de la Federación, a su vez conformado por jueces constitucionales —aplicadores de la constitución como parte de la justicia constitucional— que tienen la obligación de ceñirse al texto de la *CPEUM* en los diferentes medios de control de constitucionalidad y convencionalidad.

## V. ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional de derecho contemporáneo se caracteriza por colocar a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico como norma suprema, de la que emanan todas y cada una de las leyes que conforman su sistema jurídico, tal es el caso del Estado constitucional democrático mexicano. En materia de justicia constitucional Escobar (2005) nos refiere que el Estado de Derecho se perfecciona con el control de la legalidad de la administración —*lo contencioso administrativo*— y el control de la constitucionalidad mediante la justicia constitucional. Este control es una pieza fundamental de la democracia moderna. Continúa señalando que la justicia constitucional tiene un poder creativo de normas positivas y negativas, este poder lo identifica en: *a)* sentencias de inconstitucionalidad con efectos generales, la cual es una verdadera ley, con efectos derogatorios o anulatorios según el sistema adoptado, *b)* reviviscencia, *c)* la función de integración del derecho del tribunal constitucional, *d)* sentencias aditivas y sustitutivas, normativas, *e)* las recomendaciones al legislador, *f)* las normas generales, abiertas, ambiguas, *g)* la inconstitucionalidad por omisión. (pp. 77-85).

## VI. JUSTICIA ELECTORAL

La democracia no se reduce a la sola elección de representantes. A primera vista cabe distinguir entre la expresión “*derechos políticos*” que no es equiparable en lo sustancial a la de “*derechos políticos-electorales*”. Para diferenciarlos es preciso hacer una interpretación sistemática de los artículos 35, fracciones I, II, III (*prerrogativas del ciudadano*), 41, base VI, y 99, párrafo cuarto, fracción V (*derechos políticos*), 99, fracción V (*derechos políticos-electorales*) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 79.1 —*del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*— de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

La democracia y los derechos fundamentales son los elementos que nutren al Estado constitucional democrático mexicano, paradigmas superadas después de la Segunda Guerra Mundial, Felipe de la Mata Pizaña (2016) distingue dos características de la democracia, por un lado, la expansión del sufragio mediante la superación de los criterios de discriminación a los que estaba ligado, como la raza, el sexo, la posición económica, hasta quedar relacionada al carácter de ciudadano, y por otro lado, por el poder, que garantiza los derechos fundamentales de las *Personas Humanas* y la división de poderes, sometidos tanto al derecho doméstico como al derecho internacional (*DI*). (p. 68). Los derechos políticos universalmente reconocidos en las democracias constitucionales son el derecho de votar —sufragio activo— y ser votado —*sufragio pasivo*— para acceder a los cargos de elección popular, el de afiliación, y de asociación con fines políticos, el derecho de petición, cuyo reconocimiento es elemento esencial de todo Estado constitucional democrático que garantiza a toda su ciudadanía participe en la toma de decisiones.

Para resolver las controversias en materia electoral en el Estado constitucional democrático mexicano cuenta con el Tribunal Constitucional Electoral, conformado por una Sala Superior (*SS*) y cinco Salas Regionales (*SR*) quienes a su vez resuelven de manera colegiada las inconformidades presentadas por la ciudadanía y partidos políticos. Es así, como el Tribunal Electoral tiene jurisdicción constitucional de conformidad con la *CPEUM* artículos 41, base VI; 60, párrafos segundo y tercero y 99, párrafo cuarto. Reglas que constituyen su competencia para resolver en forma definitiva e inatacable, las controversias electorales presentadas ante él.

## VII. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO

Antes de abordar el siguiente epígrafe, considero importante identificar el mecanismo constitucional en materia electoral conocido como “*juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano —JDC—*” que procede cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual o a través de sus representantes legales, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en elecciones populares, de asociarse individual, colectivamente y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Mecanismo constitucional en materia electoral, a través del cual la ciudadanía en general puede solicitar la protección de sus derechos político-electorales, así como, de todos aquellos derechos fundamentales estrechamente vinculados con éstos. Su finalidad consiste en restituir a los ciudadanos en el uso y goce de sus derechos, a través de su protección constitucional y legal.

La regla. La primera parte del artículo 10, párrafo 1, inciso d), de la LGSMIME que establece que los medios de impugnación serán procedentes sí y sólo sí se ha agotado el principio de definitividad establecido por las leyes federales o locales, o por las normas internas de los partidos políticos, según corresponda, para después poder combatir los actos o resoluciones electorales o las determinaciones de estos últimos.

Definitividad. Para el caso que nos ocupa, se cumplió con este requisito, ya que en la normatividad electoral no existe un medio ordinario mediante el cual se pudiera impugnar la omisión que los actores de *JDC* atribuían a la autoridad administrativa electoral *INE*, como lo explicaré más adelante.

## VIII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS *PERSONAS HUMANAS* ACTORES DEL JDC

Los actores se autodeterminaron como indígenas “*tzotziles*”, señalan que desde la anualidad dos mil dos fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y reclusos en el Centro Estatal de Reinserción Social de sentenciados número catorce “*El Amate*”, Cintalapa, ubicado en el Estado de Chiapas, acción ministerial derivada

de diversas causas penales iniciadas en su contra, en las que se les atribuye una serie de delitos.

Señalaron que desde que fueron detenidos y hasta el momento en que promueven el *JDC* se les violentó su derecho a votar por parte del *INE*.

Primero. Porque, con motivo de la normatividad interna del Centro Estatal de Reinserción Social de sentenciados número catorce “*El Amate*”, se les retiró su credencial para votar con fotografía, que expide el *INE*.

Segundo. Porque, a pesar de que no había una sentencia condenatoria en su contra, la autoridad administrativa electoral *INE*, no había creado los mecanismos necesarios a efecto de que pudieran ejercer su derecho al sufragio en elecciones federales y locales. Por lo que, consideraron “el acto de omisión” como el acto que transgredió su derecho a votar.

Refirieron también. Que, en la situación en que se encontraban, debía imperar el principio de presunción de inocencia. Insistieron, que no había una sentencia que los declarará culpables.

#### IX. *PERSONAS HUMANAS* TORTURADAS. INDÍGENAS “*TZOTZILES*”

Las *Personas humanas* actores del *JDC* alegaron, que desde el momento de su detención fueron torturados y no se les informó los motivos de su aprehensión mediante su lengua originaria, situación que se prolongó durante más de quince años. Sin tener hasta el momento de la presentación del *JDC*, sentencia que haya causado ejecutoria. Hechos que versan del contenido de la sentencia *SUP-JDC-352/2018* y acumulado. Llama mi atención que “*no fueron controvertidos en autos*”.<sup>2</sup> Ante esta situación el Tribunal Constitucional debió atender de oficio esta delicada situación al ser obligación *ius cogens*. Dando vista a la autoridad correspondiente al ser materia disímil a la electoral.

Recordemos que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, contienen prohibiciones expresas de tortura y establecen

<sup>2</sup> Hago énfasis que la prohibición de todo acto de tortura es absoluta por ser norma *ius cogens* para el Estado mexicano. Véase cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH No. 10: “*Integridad personal*”.

obligaciones que el Estado constitucional democrático mexicano debe respetar —efecto vinculante— para asegurar la protección contra ésta, prácticas que afectan a la *Persona Humana*, estructural y transversalmente, que conllevan a violaciones graves de derechos fundamentales y derechos humanos. Del formante jurisprudencial de la *SCJN*. Registro 2014601, título y subtítulo: ACTOS DE TORTURA. FUENTE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DONDE DERIVA EL DERECHO HUMANO A NO SER OBJETO DE AQUÉLLOS. Formante que da contenido a la prohibición expresa de tortura. Establece las obligaciones que el Estado Mexicano debe respetar para asegurar la protección contra ésta, entre ellas, asegurar que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura; “*toda víctima de tortura obtenga reparación e indemnización adecuadas; él o los probables culpables sean sometidos a un procedimiento penal, a una investigación, en caso de demostrarse que cometieron un acto de tortura*” (Tesis: I.9o.P.156 P (10a.), 2017).

De la lectura anterior. Se puede determinar, que el Tribunal Constitucional fue omiso en su decisión, al no pronunciarse respecto a la “*tortura*” manifestada de forma tácita por las *Personas Humanas* indígenas “*tzotziles*”. Limitándose sólo por articular un “*no está controvertido en autos*”. Como se puede leer de la foja 5, párrafo tercero de la sentencia *SUP-JDC-352/2018* y acumulado.

#### X. AGRAVIOS HECHOS VALER POR LAS *PERSONAS HUMANAS* INDÍGENAS “*TZOTZILES*”

Precisaron que el Estado mexicano por conducto del *INE* ha sido omiso al no establecer mecanismos propensos a garantizar el derecho a votar de aquellas personas que se encuentran en prisión preventiva. Debido a que, las *Personas Humanas* indígenas “*tzotziles*” para el momento de presentar el *JDC* se encontraban sujetos a un proceso penal, del que aún no se tiene sentencia condenatoria.

Los actores sostuvieron que el artículo 38, fracción II, de la *CPEUM* debiera ser interpretado de tal forma que persista el derecho a votar —voto activo— el derecho a la presunción de inocencia.

Por lo que, en su estrategia argumentativa los actores, valoraron que, al no garantizarse el derecho en el supuesto referido, *de facto* se realiza una

interpretación del derecho a votar de manera restrictiva, lo cual, se contrapone con lo contenido en artículo 35, párrafo uno, de la *CPEUM* y *TI* en los que se otorga y reconoce respectivamente el derecho a votar.

## XI. ESTUDIO DE FONDO REALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO

El estudio inició tomando en cuenta que las *Personas Humanas* actores del *JDC* pertenecían a un grupo vulnerable de manera transversal al combinarse como personas sujetas a prisión preventiva y que además se auto determinaron como “*Tzotziles*” de Simojovel.

De manera simultánea los jueces constitucionales determinaron que, al tratarse de integrantes de comunidades indígenas, debían tomarse en consideración determinadas particularidades y obstáculos que tradicionalmente han generado una situación de discriminación jurídica, como son, la distancia y los medios de comunicación de la población donde se ubica el domicilio de las *Personas Humanas* indígenas “*Tzotziles*”. Del estudio de fondo se precisó el precepto normativo que los jueces deberían interpretar, siendo este: la fracción II del artículo 38 de la *CPEUM*, precepto interpretado con prelación por la *SCJN*, parte normativa constitucional que contempla tres causas que pueden motivar la suspensión de derechos políticos del ciudadano:

Fracción I, (...)

Fracción II, derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal la que convencionalmente podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos

Fracción III, derivada de una condena con pena privativa de libertad, que tiene la naturaleza de una pena o sanción accesoria.

Fracción VI, que se impone como pena autónoma, concomitantemente o no con una pena privativa de libertad.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, de 28 de mayo de 2009, la *SCJN* interpretó las fracciones II, III y VI del artículo 38 de la *CPEUM*.

La exégesis de la *SCJN* en materia de suspensión de derechos políticos de personas privadas de su libertad tiene distintas vertientes de la cual sólo se estudió e interpretó para el caso *SUP-JDC-352/2018* y acumulado la primera de ellas (fracción II) que se refiere a personas que están sujetas a proceso penal pero no han sido sentenciadas, supuesto en el que se encontraban las *Personas Humanas* indígenas “*tzotziles*”.

De la reflexión anterior el Tribunal Constitucional aludió a la tesis referente a las personas en prisión preventiva que no han sido sentenciadas y se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia, y por tanto tienen derecho a votar. Los jueces constitucionales estudiaron el contexto de las *Personas Humanas* —diferencia estructural— con base al problema general —trato diferenciado—. Para después, precisar y analizar los argumentos hechos valer por los actores del *JDC*. Como enseguida se muestra:

<i>Trato Diferenciado</i>	<i>Diferencia Estructural</i>
Se colocó al centro de la controversia.	Se autodeterminan indígenas “ <i>tzotziles</i> ”.
Se identificó a las <i>Personas Humanas</i> como actores en el <i>JDC</i> .	Se reconocen ciudadanos.
Se identificó que pertenecían a un grupo vulnerable (indígenas <i>tzotziles</i> )	Hicieron saber que están privados de su libertad desde la anualidad de 2002.
Se identificó su calidad de ciudadanos	Señalaron que desde que fueron detenidos se violentó su derecho al voto activo, porque se les recogieron sus credenciales para votar.
Se determinó la existencia de la vulneración al derecho fundamental. “Voto activo”.	Señalaron que, aunque aún no existe sentencia condenatoria en su contra el <i>INE</i> no ha creado los mecanismos necesarios a efecto que puedan ejercer su derecho al voto activo.
Se identificó la inexistencia de mecanismo alguno que garantice el acceso al voto activo de las personas que se encuentran en prisión preventiva.	Señalaron que viven en una situación precaria dentro del reclusorio, al no contar con visitas regulares, y viven en condiciones infrahumanas.

FUENTE: creación propia.

## XII. ARGUMENTOS DESARROLLADOS EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Marco normativo. Tanto el Tribunal Constitucional Electoral, la *SCJN*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Corte IDH*) y otros Tribunales Internacionales han realizado una interpretación evolutiva del derecho al voto y la presunción de inocencia. La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en el caso concreto, se amplió el alcance y protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, que en mayor medida posible se logre su plena efectividad de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas de la *Persona Humana* en prisión preventiva, ante la existencia de un deber jurídico de garantizar el derecho al voto activo, surge así, la necesidad de que la autoridad administrativa electoral *INE* implemente los estudios y programas que correspondan, para crear el mecanismo administrativo que garantice tal derecho.

Los anteriores argumentos se desarrollaron al alcance del derecho a la presunción de inocencia —elemento normativo— y del derecho a votar, concretamente el de las *Personas Humanas* en prisión preventiva.

Presunción de inocencia. Principio normado en artículo 20, apartado “B” fracción I, de la *CPEUM* que implica que toda persona imputada se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

### B. De los derechos de toda persona imputada

A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

(...)

Interpretación constitucional del Tribunal Constitucional

Artículo 1o. de la *CPEUM* establece en su párrafo segundo que,

*Artículo 1o.*

(...)

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.

(...).

Al respecto, la *SCJN* el catorce de julio de dos mil once, al resolver el expediente varios 912/2010 integrado con la finalidad de determinar cuántos

les eran las obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas, establecidas en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso “*Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*”.

La línea jurisprudencial establecida por la *SCJN* a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de dos mil once está encaminada a reforzar la protección de los derechos fundamentales y derechos humanos de todas las *Personas Humanas* evitando actos de discriminación.

La *SCJN*, en la acción de inconstitucionalidad 38/2014 reiteró que el artículo 38, fracción II, no incluye a las personas que se encuentran en libertad material. A partir de este precedente se dio un segundo paso para realizar una interpretación progresiva al derecho al voto activo de personas en prisión preventiva, por el que, se determinó que sólo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada.

Las hipótesis normativas del artículo 38 de la *CPEUM* obedecieron a un contexto histórico y social determinado durante la primera década del siglo veinte, mismo que se encuentra distante con las condiciones actuales del Estado constitucional democrático mexicano del siglo XXI, se estableció que no es posible leer, interpretar y aplicar la *CPEUM* de la misma manera que se hacía en 1917 sino a partir de otros derechos que han evolucionado en el texto normativo de la máxima norma mexicana a razón de los constantes cambios sociales, como el derecho al voto consagrado en el artículo 35, fracción I, constitucional.

La *SCJN* ha determinado que una lectura actualizada de la *CPEUM* debe realizarla desde la perspectiva de hacerla coexistir con dos derechos fundamentales: el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia, a fin de hacer la interpretación más favorable para las personas. Concluye que, de una interpretación conforme se advierte que, la suspensión del artículo 38, fracción II, de la Constitución no se justifica previo al dictado de una sentencia condenatoria.

Los criterios examinados han sido reiterados en las acciones de inconstitucionalidad bajo la premisa de que se interpretará siempre de conformidad con la *CPEUM*.

- i. Acción de inconstitucionalidad 88/2015 y sus acumuladas.
- ii. Acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas.

- iii. Acción de inconstitucionalidad 61/2017 y acumuladas.
- iv. Acción de inconstitucionalidad 78/2017 y sus acumuladas.

De la línea jurisprudencial citada se advierten tres premisas principales en relación con el artículo 38, fracción II, de la *CPEUM*:

- i. El derecho al voto activo de las personas sujetas a prisión preventiva. Se debe interpretar de manera evolutiva y conforme a los principios constitucionales de derecho al voto y presunción de inocencia.
- ii. De acuerdo con tales principios, debe de interpretarse que sólo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada. Es decir, dicha suspensión no puede entenderse cuando no se cuenta con una sentencia ejecutoriada, como es el caso de personas en prisión preventiva.
- iii. El hecho de que la persona esté privada de su libertad implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho.

Primera conclusión del Tribunal Constitucional. Las personas en prisión preventiva sí tienen el derecho a votar, aunque tienen una imposibilidad material para ejercer su derecho a votar, el estar privadas de su libertad.

### XIII. INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 133, de la *CPEUM* considera ley suprema de la unión los *TI* de los que el Estado democrático mexicano es parte, por lo que, las prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse esto significa que es válido recurrir a estos instrumentos internacionales para aplicarlos cuando se prevean en ellos una situación jurídica de mayor tutela de derechos fundamentales y derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (*CADH*) en su artículo 23.2 dispone que los Estados partes pueden reglamentar mediante ley el ejercicio de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal: “*En el caso de las personas privadas*

*de libertad bajo prisión preventiva, el derecho al voto está garantizado por el propio artículo 23.2 de la Convención”, este razonamiento articulado por los jueces constitucionales fue extraído de los párrafos 273 y 274 del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. En ese sentido, se ha señalado la obligación de los Estados parte de la CADH de garantizar el derecho al voto de las personas mantenidas en prisión preventiva:*

*Con lo cual, de acuerdo con los artículos 23 de la Convención Americana y XX de la Declaración Americana, corresponde a los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para garantizar en la práctica que las personas mantenidas en prisión preventiva pueden ejercer su derecho al voto en condiciones de igualdad con el resto de la población electoral (CIDH., 2013, pp. 104 y 105).*

En la observación número 25, párrafo 14 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (1996), se previó que a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas, no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.

*En sus informes, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar. En su desarrollo del estudio de fondo el Tribunal Constitucional distinguió importantes casos de otros países, como son:*

Caso de *Estados Unidos*. Las personas en prisión preventiva u otra forma de detención sin sentencia ejecutoria “*detención preventiva*” (*pretrial detention*) tienen legalmente el derecho al voto, aunque se den dificultades prácticas para su ejercicio. Ello se ha reflejado en el caso *Coosby vs. Osser* donde se estudió la inconstitucionalidad de una norma que no permitía a los detenidos salir a votar ni les proporcionaba papeletas para hacerlo de forma remota.

Caso de *Ecuador*. El artículo 62 de su Constitución reconoce expresamente el derecho de voto a las personas privadas de libertad sin sentencia

condenatoria. Desde entonces, se garantiza el sufragio a los votantes en prisión preventiva a partir de las elecciones de 2009 y 2013.

Caso de *Costa Rica*. El artículo 30 del Código Electoral establece la instalación de juntas receptoras de votos para permitir el sufragio de los privados de libertad, con lo cual se garantiza el derecho del sufragio a las personas privadas de libertad.

Caso de *Colombia*. Las personas detenidas (*que no hayan recibido sentencia firme*) pueden ejercer su derecho a sufragar si reúnen el resto de las condiciones exigidas por ley. Lo anterior fue objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia número T-324/94 de la Corte Constitucional Colombiana.

En este orden de ideas señaló el Tribunal Constitucional la obligación que tienen los Estados parte de la *CADH* de garantizar el derecho al voto —voto activo— a las *Personas Humanas* en prisión preventiva. Los estándares de interpretación realizados por el Tribunal Constitucional, de la *SCJN* y tribunales internacionales en relación con el contenido del artículo 38, fracción II, de la *CPEUM*; al caso concreto ocurrieron de conformidad con los principios de progresividad y no regresividad.

Por su parte la *SCJN* ha establecido que el principio de progresividad previsto en el artículo 1o. de la *CPEUM* y en diversos *TI* ratificados por el Estado constitucional democrático mexicano, manda ampliar el alcance y protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad de acuerdo con las circunstancias fácticas —igualdad sustantiva— y jurídicas de la *Persona Humana*, conocimiento que forma parte del formante jurisprudencial. Registro 2015305, de título y subtítulo PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS (Tesis. 1a./J. 85/2017 (10a.), 2017). El principio de progresividad involucra tanto gradualidad como progresividad, esto lo sabemos del formante jurisprudencial. Registro 2019325 de título y subtítulo PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO (Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.) 2019). El principio de progresividad rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso:

<i>Gradualidad</i>	<i>Progresividad</i>
Se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos fundamentales y derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo.	Implica que el disfrute de los derechos fundamentales y derechos humanos siempre debe mejorar. Involucra por igual a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales funcionan como base mínima sobre la que los Estados deberán avanzar en su nivel de gradualidad y progresividad.

FUENTE: creación propia.

El principio de progresividad exige a todas las autoridades del Estado constitucional democrático mexicano que en el ámbito de su competencia incrementen el grado de tutela, promoción, respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales y derechos humanos. Con relación al principio de no regresión, éste deberá entenderse como garantía, significa que, una vez lograda la progresividad de los derechos fundamentales y derechos humanos, el Estado constitucional democrático mexicano no podrá disminuir el nivel de gradualidad y progresividad salvo en ciertas circunstancias, esta garantía impide en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que disminuyan su nivel de protección.

## XV. GARANTÍA DEL DERECHO AL VOTO

La interpretación del Tribunal Constitucional fue de manera evolutiva al considerar las diferencias estructurales y tratos diferenciado en el ejercicio del voto activo de las *Personas Humanas* en prisión preventiva actores del *JDC*, considerando que esta decisión constitucional demandaría medidas efectivas —*acciones afirmativas*—, que no fueran regresivas, sino que, en todo momento fueran progresivas, en el sentido de viabilizar el ejercicio pleno del derecho a votar, y que, la emisión de un auto de formal prisión o vinculación a proceso no involucra necesariamente la privación de la libertad del procesado, por lo que, sólo tiene sentido reconocerse como un impedimento al ejercicio del voto cuando exista realmente un obstáculo material que evite a la *Persona Humana* pueda acudir a votar en los lugares para tales efectos. Estar, efectivamente, privada de su libertad.

Dos conclusiones más del Tribunal Constitucional. Primera: las *Personas Humanas* en prisión preventiva sí tienen derecho a votar. Segunda: para que ello sea necesario se debe eliminar todo obstáculo a partir de medidas —*acciones afirmativas*— que hagan posible el derecho a votar.

Estas consideraciones, dan lugar a que la negación del derecho a votar de las *Personas Humanas* en prisión preventiva implica silenciar la voz de una población afectada directamente por ser grupo vulnerable ante las ramas representativas del Estado constitucional democrático mexicano. Sería como tratarlos como ciudadanos de segunda, que no merecen un trato digno en términos constitucionales. Algo totalmente reprochable a un Estado constitucional democrático.

De igual manera el Tribunal Constitucional valoró que: los poderes Legislativo y Ejecutivo son esencialmente, los que tienen a su cargo la labor del diseño de leyes y de políticas públicas que afectan a la población penitenciaria, el Ejecutivo designa a quienes habrán de dirigir las instituciones de reinserción social y el Legislativo crea conductas típicas que merecen sanción penal —diseño de leyes de ejecución penal— que materializan obligaciones para las autoridades de la materia, esto supone la posibilidad de que las *Personas Humanas* privadas de su libertad de manera preventiva sean afectadas en su vida por decisiones de ambos poderes, cuando a pesar de ser las directamente afectadas para el caso concreto, no fueron escuchadas.

Sendas razones por las que cabe cuestionar si realmente existe una justificación constitucional y lo suficientemente robusta para limitar los derechos político-electorales de la *Persona Humana* desde el primer momento en que pisa un centro penitenciario, ya que, eliminar a una *Persona Humana* de la toma de decisiones sea como pena o como medida cautelar, implica una sanción *de facto* que debería al menos ser impuesta a partir de un análisis minucioso de razonabilidad (*test de proporcionalidad*). Estos fueron algunos de los razonamientos a los que llegó el Tribunal Constitucional ante el reconocimiento del derecho al voto activo de las *Personas Humanas* en prisión preventiva.

## XVI. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al haber resultado fundados los conceptos de agravio de las *Personas Humanas* indígenas “*tzotziles*” actores del *JDC*, ¿Qué resolvió el Tribunal

constitucional? Se concluyó que las *Personas Humanas* en prisión preventiva que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, por encontrarse amparadas por el principio de presunción de inocencia.

Pero ¿Cuáles son los efectos *erga omnes* de la sentencia? En parte, es la obligación vertical de los aparatos del Estado constitucional mexicano, quienes respectivamente deben cumplir con lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Del epígrafe “*DECISIÓN Y EFECTOS*” (*párrafo tercero, folios 43-47*) se advierte que toca al *INE* implementar una primera etapa de prueba que busque garantizar el ejercicio del voto activo a las *Personas Humanas* no sentenciadas, esto es, crear el mecanismo que mejore de manera paulatina y progresivamente. Al respecto los jueces constitucionales justificaron en su decisión, que los “*actores*” del *JDC* pretendían se les permitiera votar en la elección presidencial de 2018, recordemos que el *JDC* se presentó el 1o. de junio de 2018 debido a que dicha jornada electoral ya se había celebrado se consideró que el *INE* implementará un programa en un plazo razonable, de tal manera que el derecho de las *Personas Humanas* en prisión preventiva actores del *JDC* se les garantice su derecho a votar para las elecciones a celebrarse en 2024. Para la implementación del voto de este sector de la ciudadanía el *INE* quedó en plena libertad de atribuciones para fijarlo.

En la decisión constitucional también se ordenó dar vista a los órganos legislativos local y federal para que en el ámbito de su competencia “*Tomen en consideración el reconocimiento del derecho al voto activo de las personas en reclusión sin sentencia ejecutoria, para efectos de reconocimiento*”. Sobre las reformas constitucionales Ochoa (2013) nos explica que, el proceso de modificación o adenda, tanto la doctrina como la *CPEUM*, distinguen entre reforma y una adición. Reforma en sentido amplio, implica una modificación del texto de las leyes constitucionales vigentes (*suprimir o agregar*). Y una adición consiste en introducir un enunciado que no altera su significado, sin embargo, una adición conlleva una reforma, porque se agrega algo al texto normativo que no se encontraba previsto. (Ochoa, Karla., 2013, pp. 212 y 213).

¿Qué órganos del Estado constitucional democrático mexicano son los involucrados en el cumplimiento de la sentencia? Como hemos podido saber a lo largo de la disertación los entes del Estado obligados en su cumplimiento son: la autoridad administrativa electoral *INE*, y en el ámbito de su competencia el constituyente permanente Local y Federal. Para efectos

de enriquecer la investigación, pongo a la vista los oficios de notificación ocurridos tanto a la Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, y Congresos de las treinta y dos entidades federativas, respectivamente. *Data*, que prueba la obligación *erga omnes* del formante jurisdiccional en estudio. Además, muestro los instrumentos que se utilizan en los distintos órganos jurisdiccionales —*en ejecución de sentencias*— para la suspensión de derechos políticos-electorales (*NS*) y reactivación de derechos políticos-electorales (*NR*). Instrumentos remitidos periódicamente por el *INE* mediante un bloc debidamente foliado. Por lo que, sólo puede utilizarse uno por sentenciado. Cada documento tiene espacios en blanco que deben llenarse por el órgano jurisdiccional, con información personal para identificar al ciudadano, y con información procesal para referenciar la causa penal en que se impuso la pena, su duración, y el momento en que empieza a correr el lapso de suspensión. De modo que, una vez asentados los datos, y firmado el formato se envía al *INE*, para que proceda ejecutar la baja en el padrón y la lista nominal correspondiente. Para esta parte de mi disertación, considero importante saber si Guadalupe Gómez Hernández y Marcos Ruiz López, actores del —*JDC*—, *SUP-JDC-352-2018* y acumulado, tienen suspendidos sus derechos políticos-electorales. Para mayor abundamiento véase en epígrafe Anexos: “*D*” y “*E*” los instrumentos que se utilizan para la suspensión y reactivación respectivamente de la prerrogativa en comento.

## XVII. INE. IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA PILOTO DEL VOTO DE LAS PERSONAS EN PRISIÓN PREVENTIVA 2021

La autoridad administrativa electoral *INE* ¿Cómo garantizará que las *Personas Humanas* en prisión preventiva ejerzan su derecho al voto? El 16 de diciembre de 2019, el Consejo General (*CG*) del *INE* aprobó el presupuesto para el ejercicio fiscal del año 2020, mediante el Acuerdo *INE/CG567/2019* por el que, se establece una partida para el proyecto denominado “*Voto de las Personas en Prisión Preventiva en Materia de Organización Electoral*” (*VPPP*). En sesión extraordinaria de 22 de enero de 2020, el *CG* aprobó el Programa de Trabajo de la Comisión de Organización Electoral, en el que se estableció la presentación de un informe de la prueba piloto del *VPPP* de 2020.

## XVIII. PRIMERAS APROXIMACIONES A MANERA DE CONCLUSIÓN

El 27 de agosto de 2020, la Comisión de Organización Electoral del *INE*, presentó el Informe de la prueba piloto del *VPPP* del que requerí acceso a la información pública vía Plataforma Nacional de Transparencia (*PNT*) sin embargo, el *CG* consideró reservar el acceso por estimar que contiene información sensible. Los daños aludidos por la autoridad fueron, que del contenido señalado en los numerales III, IV, V y VI del “*Informe de la Prueba Piloto del VPPP*”, en sus anexos “*Tarjeta descriptiva del proyecto piloto VPPP*” y “*Oficio SE de la Subsecretaría de Seguridad y respuesta de la Subsecretaría de Seguridad*” alega el *CG*, contienen información que consideró la autoridad electoral necesario mantener temporalmente reservada, por el periodo de “*un año*”.

A pesar de que las autoridades jurisdiccionales han emitido acciones afirmativas hacia la inclusión del voto activo para las Personas Humanas en prisión preventiva, éstas se encontraban en forma aislada en casos específicos sin efectos *erga omnes*. Es, hasta el dictado de la sentencia en estudio *SUP-JDC-352/2018* y acumulado, que se sentó el mayor precedente en la historia democrática mexicana. Ya que, con ello en un primer momento, se realizará la prueba piloto *VPPP* a implementarse en las elecciones intermedias del 2021. Como antesala de las elecciones presidenciales a celebrarse en la anualidad 2024.

## XIX. REFLEXIÓN

Considero que el Tribunal Constitucional nos quedó a deber en su Sentencia constitucional. Por un lado, al no pronunciarse por el tema de tortura, que debió atender sin reparo al ser norma *ius cogens*. Por otro lado, al no pronunciarse en ampliar el derecho al voto activo de aquellas *Personas Humanas* con sentencia firme. Juzguemos que, la obligación *erga omnes* no sólo es vertical, sino que, es, en la horizontalidad donde la irradiación de la sentencia obliga implícitamente a la ciudadanía en general a participar en los actos democráticos y toma de decisiones.

Por último, dejo una pregunta provocativa que bien merece ser estudiada en mayor medida por la academia ¿En qué cambiaría la figura jurídica de las *Personas Humanas* con sentencia condenatoria, si se les permitiera votar?

<i>Autoridad notificada</i>	<i>Oficio de notificación</i>	<i>Fecha de notificación</i>
Cámara de Diputados	TEPJF-SGA-OA-323/2019	20 de febrero de 2019
Cámara de Senadores	TEPJF-SGA-OA-324/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Aguascalientes	TEPJF-SGA-OA-292/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Baja California	TEPJF-SGA-OA-293/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Baja California Sur	TEPJF-SGA-OA-294/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Campeche	TEPJF-SGA-OA-295/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Chiapas	TEPJF-SGA-OA-298/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Chihuahua	TEPJF-SGA-OA-299/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Ciudad de México	TEPJF-SGA-OA-325/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Coahuila	TEPJF-SGA-OA-296/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Colima	TEPJF-SGA-OA-297/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Durango	TEPJF-SGA-OA-300/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Estado de México	TEPJF-SGA-OA-305/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Guanajuato	TEPJF-SGA-OA-301/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Guerrero	TEPJF-SGA-OA-302/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Hidalgo	TEPJF-SGA-OA-303/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Jalisco	TEPJF-SGA-OA-304/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Michoacán	TEPJF-SGA-OA-306/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Morelos	TEPJF-SGA-OA-307/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Nayarit	TEPJF-SGA-OA-308/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Nuevo León	TEPJF-SGA-OA-309/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Oaxaca	TEPJF-SGA-OA-310/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Puebla	TEPJF-SGA-OA-311/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Querétaro	TEPJF-SGA-OA-312/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Quintana Roo	TEPJF-SGA-OA-313/2019	20 de febrero de 2019
Congreso San Luis Potosí	TEPJF-SGA-OA-314/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Sinaloa	TEPJF-SGA-OA-315/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Sonora	TEPJF-SGA-OA-316/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Tabasco	TEPJF-SGA-OA-317/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Tamaulipas	TEPJF-SGA-OA-318/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Tlaxcala	TEPJF-SGA-OA-319/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Veracruz	TEPJF-SGA-OA-320/2019	20 de febrero de 2019

<i>Autoridad notificada</i>	<i>Oficio de notificación</i>	<i>Fecha de notificación</i>
Congreso Yucatán	TEPJF-SGA-OA-321/2019	20 de febrero de 2019
Congreso Zacatecas	TEPJF-SGA-OA-322/2019	20 de febrero de 2019

FUENTE: Creación propia con base a la información pública (PNT).

## XX. ANEXOS

### 1. Listado de notificaciones. congresos: locales y federal

#### A. Notificación. Cámara de Diputados y Cámara de Senadores



131

#### OFICIO DE NOTIFICACIÓN



JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO

EXPEDIENTE: SUP-JDC-352/2019 Y SUP-JDC-353/2019 ACUMULADO

OFICIO: TEPJF-SGA-OA- 323/2019

ASUNTO: Se notifica sentencia

Ciudad de México, a 20 de febrero de 2019.

#### CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

Con fundamento en el artículo 26, párrafo 3, 29, párrafo 1, 3; y 84, párrafo 2, inciso b), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en relación con los numerales 33, fracción III; y 34, del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y en cumplimiento a lo ordenado en la **SENTENCIA de veinte de febrero del año actual**, dictada en el expediente al rubro indicado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, **NOTIFICO POR OFICIO** la determinación señalada de la que se anexa copia certificada constante de **setenta y cuatro páginas con texto incluyendo la certificación**. Lo anterior para los efectos legales procedentes. DQY FE. *Lo certifica este Tribunal de la Fe. Fe.*

ACTUARIO

RUBÉN GALVÁN VILLAVERDE



FUENTE: Acceso a la información pública (PNT).

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

*B. Formato. Notificación de suspensión de derecho políticos (NS).*



**Instituto Nacional Electoral**

**Recepción**

Día:    Mes:    Año:

**Notificación de Suspensión de Derechos Políticos**  
**NS**

**Información básica del ciudadano**

Nombre(s): \_\_\_\_\_ Paterno: \_\_\_\_\_ Materno: \_\_\_\_\_

---

**Domicilio**

Vivienda, Calzada, Privado, Edificio, Otro (especificar): \_\_\_\_\_ Número Exterior: \_\_\_\_\_ Número Interior: \_\_\_\_\_

Calle, Barrio, Fraccionamiento, Otro (especificar): \_\_\_\_\_

---

Municipio o Delegación: \_\_\_\_\_ Entidad: \_\_\_\_\_

---

**Datos generales**

Entidad de Nacimiento: \_\_\_\_\_ Fecha de Nacimiento: \_\_\_\_\_ Edad: \_\_\_\_\_ Sexo: \_\_\_\_\_  
 Día:    Mes:    Año:    Hombre:    Mujer:

Clave de Elector: \_\_\_\_\_ CURP: \_\_\_\_\_

Nombre del Padre: \_\_\_\_\_ Paterno: \_\_\_\_\_ Materno: \_\_\_\_\_

Nombre de la Madre: \_\_\_\_\_ Paterno: \_\_\_\_\_ Materno: \_\_\_\_\_

---

**Datos del Juzgado que notifica**

Juzgado Número: \_\_\_\_\_ Entidad: \_\_\_\_\_ Municipio: \_\_\_\_\_ Federal: \_\_\_\_\_ Fuero Común: \_\_\_\_\_

Tipo de Resolución: \_\_\_\_\_  "Decreta suspensión de derechos políticos?"  Delito: \_\_\_\_\_  
 SI     No

Acto Administrativo: \_\_\_\_\_ Causa/Expediente: \_\_\_\_\_ Fecha de la resolución: \_\_\_\_\_ Duración de la sanción: \_\_\_\_\_ Sanción a Partir de: \_\_\_\_\_  
 Día:    Mes:    Año:    Día:    Mes:    Año:    Día:    Mes:    Año:

---

**Datos del funcionario que notifica**

Nombre (s): \_\_\_\_\_ Paterno: \_\_\_\_\_ Materno: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_ Firma: \_\_\_\_\_

constar que la información asentada en el presente formato, se deriva de la resolución que sustenta la suspensión de derechos políticos.  
 Este formato atiende lo establecido en el artículo 154, párrafos 3.º y 5.º y 155.º párrafo 8.º de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

---



**Notificación de Suspensión de Derechos Políticos**  
**NS**

**Instituto Nacional Electoral**

**Ciudadano suspendido**

Nombre (s): \_\_\_\_\_ Paterno: \_\_\_\_\_ Materno: \_\_\_\_\_

---

**Acto que sustenta la Suspensión de Derechos Políticos**

Tipo De Resolución: \_\_\_\_\_ Número de Expediente: \_\_\_\_\_ Fecha de resolución: \_\_\_\_\_  
 Día:    Mes:    Año:

FUENTE: Acceso a la información pública (PNT)

### C. Formato. Notificación de rehabilitación de derechos políticos (NR)



**Instituto Nacional Electoral**

**Notificación de Rehabilitación de Derechos Políticos**  
NR

<b>Recepción</b>	
Día	Mes Año
<b>Información básica del ciudadano</b>	
Nombre(s) Paterno Materno	
<b>Domicilio</b>	
Calle, avenida, Carretera, Privada, Edificio, Uze (especificar)	
Número Exterior Número Interior	
Código Postal, Fraccionamiento, Uze (especificar)	
Municipio o Delegación Entidad	
<b>Datos generales</b>	
Entidad de Nacimiento	
Día	Fecha de Nacimiento Mes Año
Edad	
Hombre Mujer	
Clave de Elección	
CURP	
Nombre del Padre	
Nombre de la Madre	
<b>Información sobre la rehabilitación de derechos políticos</b>	
Juzgado Número	
Entidad Municipio	
Federal Común	
Tipo de Resolución	
Día	Fecha de Resolución Mes Año
Expediente 3 <sup>o</sup> Instancia Carpeta Administrativa	
Causa Juicio Oral Expediente de Ejecución	
Toda Penal	
<b>Datos del funcionario que notifica</b>	
Nombre (s) Paterno Materno	
<b>Datos de la notificación de suspensión de derechos políticos</b>	
Juzgado No. de Expediente	
Día	
Fecha de Resolución Mes Año	
Día	
Fecha de Notificación al RHE Mes Año	

Se hace constar que la información asentada en el presente formato, se deriva de la resolución que sustenta la rehabilitación de derechos políticos. El presente formato atiende lo establecido en el artículo 129, párrafo 4, 154, párrafos 1, 3, 5 y 155, párrafo 8, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.



**Instituto Nacional Electoral**

**Notificación de Rehabilitación de Derechos Políticos**  
NR

**Ciudadano rehabilitado**

Nombre (s) Paterno Materno

Documentación que sustenta la Rehabilitación de Derechos Políticos

FUENTE: Acceso a la información pública (PNT).

## XXI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARBONELL, Miguel, (2019) “*Los derechos fundamentales en México*”, 6a. ed., México: Porrúa-UNAM-CNDH.
- CARPIZO, Enrique, (2015) “*Del Estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales*”, México: Porrúa.
- CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, (2013). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) (1969). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.pdf).
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_1812\\_20.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_1812_20.pdf).
- DE LA MATA, Felipe, (2016) “*Control de la convencionalidad de los derechos político-electorales del ciudadano*”, México: Tirant Lo Blanch.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Decreto por el que se publica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma a la de 5 de febrero de 1857, (1917) *Diario Oficial de la Federación*. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, t. 5, 4a. época. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf).
- ESCOBAR FORNOS, Iván, (2005) “*Introducción al derecho procesal constitucional*”, México: Porrúa.
- FERRAJOLI, Luigi, (2016) “*Derechos fundamentales. Democracia constitucional y garantismo*”, Colombia, Ediciones Jurídicas Axel.
- HARO REYES, Dante Jaime, (2019) “*Estado de derecho, derechos humanos y democracia*”, en DÍAZ MÜLLER, Luis Teodoro, V jornadas: crisis y derechos humanos, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf>.
- INE. 2020. Informe de actividades para la implementación de la prueba piloto del voto para las personas en prisión preventiva (VPPP). Dis-

ponible en: [file:///C:/Users/PROPIE~1/AppData/Local/Temp/Rar\\$EXa5760.9954/OutDocument.html](file:///C:/Users/PROPIE~1/AppData/Local/Temp/Rar$EXa5760.9954/OutDocument.html).

LGSMIME. Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. (1996) Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/149\\_130420.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/149_130420.pdf).

OCHOA HERRERA, Karla, (2013) “*Teoría de derecho. Cuestiones relevantes*”, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

OEA. *Carta de las Naciones Unidas* (1945). Disponible en: [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf).

ONU. Comité de Derechos Humanos, “*Observación General 25*”. (1996) Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso. Disponible en: [https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares\\_dh/docs\\_estandares\\_dh/Observ\\_25DerechoParticipar.pdf](https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares_dh/docs_estandares_dh/Observ_25DerechoParticipar.pdf).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

SANTIAGO NINO, Carlos, (2017) “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”, 2a. ed., Buenos Aires, ASTREA.

SCJN. Pleno (2009). *Acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009* Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/votos\\_ministros/documento/2016-11/1\\_2\\_8\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/votos_ministros/documento/2016-11/1_2_8_0.pdf).

SCJN. Pleno (2014) *Acción de inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014*. Disponible en: [https://www.te.gob.mx/conacime/index.php/do\\_navegador/236](https://www.te.gob.mx/conacime/index.php/do_navegador/236).

SCJN. Pleno (2015) *Acción de inconstitucionalidad 88/2015 y sus acumuladas*. Disponible en: [http://www.teemmx.org.mx/docs/marco\\_normativo/acciones\\_de\\_inconstitucionalidad/Acc\\_de\\_inc\\_88-2015Acum.pdf](http://www.teemmx.org.mx/docs/marco_normativo/acciones_de_inconstitucionalidad/Acc_de_inc_88-2015Acum.pdf).

SCJN. Pleno (2016) *Acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas*. Disponible en: [http://www.teemmx.org.mx/docs/marco\\_normativo/acciones\\_de\\_inconstitucionalidad/Acc\\_de\\_inc\\_76-2016Acum.pdf](http://www.teemmx.org.mx/docs/marco_normativo/acciones_de_inconstitucionalidad/Acc_de_inc_76-2016Acum.pdf).

SCJN. Pleno (2018) *Acción de inconstitucionalidad 61/2017 y acumuladas*. Disponible en: [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5520393&fecha=23/04/2018](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5520393&fecha=23/04/2018).

- SCJN. Pleno (2018) *Acción de inconstitucionalidad 78/2017 y sus acumuladas*, Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5541708&fecha=22/10/2018&print=true](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5541708&fecha=22/10/2018&print=true).
- SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. (2017) Tesis: I.9o.P.156 P (10a.) Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014601>.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, (2017) “*Los derechos en acción*”, México: FLACSO México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Primera Sala. (2017) Tesis. 1a./J. 85/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, p. 189.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Segunda Sala. (2019). Tesis. 2a./J. 35/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época. t. I.
- TEPJF. (2019) *Sentencia SUP-JDC-352/2018 y acumulado*, actores “*Guadalupe Gómez Hernández y Marcos Ruiz López*”, que reconoce el derecho al voto activo a las personas en prisión preventiva, Disponible en: [https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2018/JDC/352/SUP\\_2018\\_JDC\\_352-840357.pdf](https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2018/JDC/352/SUP_2018_JDC_352-840357.pdf).

©



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La restitución de la igualdad en la ley

### *The restitution of equality in law*

Recepción: 1o. de diciembre del 2020

Aceptación: 23 de febrero del 2021

José María SOBERANES DÍEZ\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se abordan las posibilidades que tiene la jurisdicción constitucional para restituir la igualdad cuando ha sido violada por el legislador, analizando las exigencias que conlleva la reparación en abstracto y contrastándola con las facultades que tienen los órganos jurisdiccionales para poder hacer efectivo ese principio.

**Palabras clave:** igualdad, restitución, jurisdicción constitucional.

**ABSTRACT:** *In this paper, the possibilities of the constitutional jurisdiction to restore equality when it has been violated by the legislator are addressed, analyzing in abstract the demands that reparation entails and contrasting it with the powers that judges have to be able to make this principle effective.*

**Keywords:** *equality, restitution, constitutional jurisdiction.*

---

\* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. ORCID: 0000-0001-7400-8302. Correo: [jmsoberanes@up.edu.mx](mailto:jmsoberanes@up.edu.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El juicio de igualdad*. III. *La idea general de restitución de la igualdad*. IV. *La restitución y los efectos del control constitucional*. V. *El modelo multilateral de restitución*. VI. *A manera de conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

La reparación de las violaciones a los derechos es una de las obligaciones en materia de derechos que tiene todo Estado. Si bien debe prevenir su vulneración, en caso de que se trasgredan tiene que investigar, sancionar y reparar a la víctima. De no hacerlo, los derechos no serían más que una quimera.

Existen diversas formas de reparación de los derechos, como son las medidas de rehabilitación, compensación, satisfacción, garantías de no repetición y la restitución. Estas últimas son las que interesan para este trabajo, y tienen por objetivo devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos humanos.

En concreto, se analizará la restitución del principio de igualdad. Este principio tiene, a grandes rasgos, una dimensión material, que se identifica con la igualdad sustantiva; y una dimensión formal que, a su vez, supone que todas las personas deben estar sujetas a un mismo derecho, y que los operadores deben aplicar las normas del mismo modo para todos, a lo que se le conoce como igualdad ante la ley. Asimismo, la dimensión formal implica un mandato al legislador: en el contenido de las disposiciones que dicte no puede tratar lo esencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, a lo que se le conoce como igualdad en la ley.

Esta manifestación del principio, la igualdad en la ley es la que interesa para este trabajo, que se centra en analizar cómo los jueces constitucionales deben repararla y, concretamente, restituirla, cuando ha sido vulnerada por el legislador. Es decir, cómo restituir las discriminaciones normativas. Hay que aclarar que se usa el término discriminar como *sinécdoque*, y no en su sentido estricto, es decir, como una distinción basada en un motivo proscrito.

Para realizar este estudio es importante comenzar analizando la forma en la que se deben plantear las violaciones a este principio y la manera en que deben ser valoradas por un juez, pues de ello se desprenden algunos elementos que permiten configurar la reparación. Eso se hace en el aparta-

do II. Analizados los elementos que configuran la argumentación, se estudia la idea general de restitución, a fin de descubrir en abstracto cómo podría conseguirse. Eso se hace en el apartado III. Posteriormente, en el apartado IV, esa idea abstracta se aterriza en las posibilidades concretas que tienen los órganos jurisdiccionales de acuerdo con sus facultades reparatoras. Finalmente, en el apartado V se valoran algunas de las críticas que se han hecho a la actuación de los tribunales, y el método alternativo que se ha planteado para lograr la reparación.

## II. EL JUICIO DE IGUALDAD

Para poder analizar la forma en que debe repararse la discriminación normativa, es necesario analizar, como una cuestión previa, la forma en la que se plantean y resuelven los casos de igualdad, ya que de ahí se encontrarán algunas claves que servirán para determinar la manera en que debe restituirse.

La igualdad es un principio relacional. Nada es igual en sí mismo. Solo puede predicarse esa cualidad respecto a otro. En este sentido la Suprema Corte ha sostenido que la igualdad no es una cualidad intrínseca, sino una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones (Tesis 1a. CXXXVIII/2005). Por ser relacional ha habido quien ha negado su condición de derecho subjetivo (Rossano, 1996, cap. V), lo cual no se comparte.<sup>1</sup> Pero más allá de esto, lo cierto es que su carácter relacional tiene implicaciones para el planteamiento y el juicio sobre trasgresiones a este principio.

A diferencia de otros principios y derechos constitucionales, en los que se puede reclamar que son vulnerados por una norma secundaria, en el caso de la igualdad no puede hacerse de esa forma. Es necesario argumentar un tratamiento diverso por parte de otra norma secundaria como paso previo a la confrontación con la Constitución.

Si se alega que una norma viola la libertad de expresión, por ejemplo, bastará hacer una comparación de la disposición impugnada con las normas iusfundamentales para que un tribunal decida si existe o no la tras-

---

<sup>1</sup> La igualdad, pese a ser relacional, tiene un contenido constituido por un haz de facultades que el titular del derecho tiene para conseguir el restablecimiento de este, como ha explicado Baño (1987, p. 183).

gresión. Sería el caso de una norma que establece que es ilícito que una persona manifieste ideas políticas en redes sociales. Esa disposición puede valorarse a la luz de la libertad de expresión, sin necesidad de comparar ese régimen con otro. Con la norma impugnada y con la Constitución el juez puede tomar una decisión.

Sin embargo, si se alega que una norma es contraria a la igualdad, el argumento será insuficiente si no se aduce que existe otra norma que establezca un régimen distinto. En el mismo supuesto anterior, un juez no puede valorar a la luz de la igualdad la norma que establece la ilicitud de la manifestación de ideas políticas si no se compara con otro régimen, por ejemplo, alegando que frente a esa disposición los candidatos a puestos de elección popular sí pueden expresarse. Solo si se propone una comparación podrá el juez decidir sobre si existe o no la violación al principio de igualdad.

Así pues, si bien por regla general en una reclamación iusfundamental se requiere la existencia de una norma impugnada y de un parámetro de control,<sup>2</sup> en el caso de la igualdad se necesita otro elemento, otra norma secundaria, a la que puede denominarse norma de contraste.

En caso de que falte una norma de contraste, no podrá valorarse la norma impugnada a la luz del principio de igualdad. Por ejemplo, si se aduce que una norma que aplica a absolutamente todas las personas sin excepción es contraria al principio de igualdad, el juez no podrá realizar la valoración y tendrá que reconocer que no existe esa trasgresión.<sup>3</sup> En todo caso podría reclamarse por no contemplar distinciones, pero eso sería a la luz del mandato de tratar de forma desigual a los desiguales, y sería un problema de discriminación por indiferenciación, lo cual es otra cuestión que no se abordará en este trabajo.<sup>4</sup>

La norma de contraste debe ser propuesta por la parte actora, aunque si existe la suplencia de la queja en el proceso constitucional podría ser introducida por el juzgador que *iura novit*. En cualquier caso, la norma de comparación debe ser aceptada por el tribunal. Esto tiene una repercusión

---

<sup>2</sup> Al respecto puede verse el trabajo de Astudillo (2014, *passim*).

<sup>3</sup> Ello no significa que la norma impugnada sea constitucional. Puede transgredir otro derecho fundamental o algún precepto orgánico, a la luz del cual puede declararse su inconstitucionalidad.

<sup>4</sup> Para profundizar sobre esta cuestión puede verse el trabajo de Cobreros (2007, p. 75).

en la reparación, como más adelante se verá, el propio juzgador queda vinculado con esta decisión.

Por regla general, el tribunal debe aceptar la norma de contraste propuesta (Giménez, 2004, p. 73). Sin embargo, puede rechazarla en caso de que se trate de una norma de un orden jurídico distinto al de la impugnada. Esto tiene relevancia, sobre todo, en Estados federales o regionales. La forma de Estado supone que no existe la obligación de una uniformidad de posiciones jurídicas en todo el territorio.<sup>5</sup> De esta forma, no pueden compararse una norma federal y una local o normas de diversas entidades federativas.

También puede rechazar la norma de contraste si ésta no se sitúa dentro de la legalidad. Por ejemplo, en España no se ha admitido comparar el trato que recibe un trabajador despedido por impuntualidad, con el no cese de otros trabajadores impuntuales, pues la circunstancia de no se aplicara la ley no podía servir como contraste para un juicio de igualdad (Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1992, FJ 4). El caso anterior deriva de un planteamiento de igualdad ante la ley, y en realidad no se están comparando normas generales. De compararse normas, será suficiente que estén en vigor, recordando que cuentan con el principio de presunción de constitucionalidad (Gavara, 2005, p. 72).

Por otra parte, tampoco debe admitir la razón de contraste cuando ésta refiere a una situación originalmente distinta o a diferencia natural. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español consideró que no podía compararse al arrendador y al arrendatario puesto que, por definición, tienen una diversa posición derivada de la firma de un contrato (sentencia 89/1994, FJ 8).<sup>6</sup>

La aceptación de la norma de comparación es parte del primer análisis de igualdad que realizan diversos órganos jurisdiccionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Giménez, 2004, p. 67), al igual que las jurisdicciones constitucionales alemana (BVerfGE 55, 88),<sup>7</sup> italiana

---

<sup>5</sup> Esto lo ha afirmado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en su sentencia 90/1989, FJ 5.

<sup>6</sup> En otro caso ese mismo tribunal consideró que no podían compararse los profesores agregados con los catedráticos universitarios, pues existía una diferencia entre ambos anterior a la distinción normativa. Sentencia 148/1986, FJ 7.

<sup>7</sup> Esta fórmula ha sido denominada “*neue Formel*” por la doctrina, como apunta Villacorta (2006, p. 69).

(sentencia 45/1967),<sup>8</sup> y española (sentencia 114/1992, FJ 6). Además de la aceptar la norma de comparación, en este primer momento del juicio, contraponen la norma impugnada con la norma de contraste, a lo que se le ha llamado juicio de racionalidad (Giménez, 2004, pp. 56 y 66). De este examen puede concluirse que no son comparables las situaciones, que no existe un trato desigual o que, efectivamente, hay una regulación desigual como había sido alegado por la parte actora.

En caso de que exista el trato desigual, proceden a examinar si la relación de desigualdad entre la norma impugnada y la norma de contraste se ajusta a la Constitución, es decir, si el trato desigual es arbitrario o razonable, pues solo en el primer supuesto habría que considerarlo inconstitucional.<sup>9</sup> Para ello se emplea el test de proporcionalidad en la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas (Barnés, 1994, p. 495).

De lograr superar el *test* de proporcionalidad, el juez debe concluir que no existe una violación iusfundamental. Pero, de lo contrario, habrá de declarar que el trato desigual es inconstitucional y, por tanto, deberá establecer la reparación de la discriminación, que es lo que se abordará a continuación.

### III. LA IDEA GENERAL DE RESTITUCIÓN DE LA IGUALDAD

La formulación del principio de igualdad que utiliza la mayoría de los tribunales constitucionales,<sup>10</sup> es decir, que es el mandato de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, tiene como origen la expresión de la justicia distributiva dada por Aristóteles (Soberanes, 2011, cap. I).

El filósofo clásico, al hablar de esta especie de justicia, explica que funciona como una proporción geométrica (Aristóteles, trad. 1986, 1131b). Eso supone la comparación entre dos razones, es decir, entre el cociente

<sup>8</sup> Sobre las dos fases en Italia, puede consultarse el trabajo de Cerri (1994a).

<sup>9</sup> Alexy (1991) lo expresa de la siguiente forma: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión del trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual” (p. 396).

<sup>10</sup> En Alemania, desde la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 1, 14; en Italia desde la sentencia 15/1960 de la Corte Constitucional, del 16 de marzo de 1960; en Francia desde la resolución 73-51 DC, del 27 de diciembre de 1973, del Consejo Constitucional; y en España desde la sentencia 22/81, del 8 de julio de 1891.

entre dos números:<sup>11</sup> implica comparar la relación de una primera razón (A-X), con una segunda razón (B-Y). Habrá igualdad si lo que A es a X es igual a lo que B es a Y. Es decir, la proporcionalidad está en el seno de la igualdad.

En el derecho constitucional la palabra proporcionalidad suele relacionarse con un método para determinar si las restricciones a los derechos fundamentales son acordes con la constitución (Barnés, 1994, p. 495).<sup>12</sup> Pero pensemos en otras disciplinas no jurídicas. En las artes visuales, la proporción remite a la adecuada relación entre dos objetos. Euclides descubrió que la división entre las magnitudes de los objetos siempre da lugar a un mismo número, al que denominó áureo. Siglos más tarde, Leonardo de Pisa o Fibonacci descubrió una sucesión de números naturales, en donde cada término es la suma de los dos anteriores (0,1,2,3,5,8...). Si se divide uno de los términos entre el anterior, aparece el número áureo o phi ( $\Phi$ ).<sup>13</sup> De esta manera, la relación entre las magnitudes de una construcción geométrica que corresponda al número phi será proporcional. De lo contrario, será desproporcional.

A esas mismas conclusiones podemos llegar si comparamos dos normas en un juicio de igualdad: pueden ser proporcionados o desproporcionados los tratamientos jurídicos. En caso de que la relación no sea adecuada, habrá que corregir el tratamiento.

En las matemáticas podemos establecer una fórmula para determinar la proporción si desconocemos el valor anulado, puesto que el producto de los extremos es igual al producto de los medios.<sup>14</sup> En las artes visuales, una

---

<sup>11</sup> Por ello Aristóteles (trad. 1989) sostiene que la justicia distributiva implica una relación entre cuatro términos, ya que cada razón se integra por dos números (1130a).

<sup>12</sup> De hecho, este principio fue positivado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000. Su artículo 25.1 dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

<sup>13</sup> Al respecto puede consultarse la obra de Livio (2005).

<sup>14</sup> De esta cualidad de las proporciones geométricas puede establecerse la fórmula. De esta manera, es lo mismo  $a/b=c/d$  que  $a \cdot d=b \cdot c$ . Así pues, si desconocemos el número  $d$ , se puede calcular con la fórmula  $d=(a \cdot d)/b$ . Por ejemplo, si queremos saber el número  $x$  en la proporción geométrica  $1/60=x/120$ , multiplicamos 1 por 120 y ese producto lo dividimos entre 60, con lo cual descubriremos que  $x=2$ . Así pues  $1/60=2/120$ .

desproporción puede corregirse de dos formas: aumentando las dimensiones de un objeto; o disminuyendo la extensión del otro objeto.<sup>15</sup> Si un frontispicio fuera demasiado grande para su fachada, podría aumentarse el tamaño de la fachada, o hacerse un frontis más pequeño.

De entrada, podríamos pensar que en el derecho podríamos hacer lo mismo: o se le aumenta la consecuencia al primero de los sujetos, o se le disminuye la consecuencia al otro sujeto. Por ejemplo, una norma que impone una carga fiscal adicional a las grandes empresas se compara con la norma que no la impone al resto de empresas. Si se considera que hay violación a la igualdad, se puede eliminar la carga fiscal a las empresas grandes o se le puede imponer esa carga adicional a las demás.

Sin embargo, en un juicio constitucional contamos con el límite de que el juez únicamente puede ocuparse de la norma impugnada, que es la que puede inaplicar o invalidar, sin poder tocar la norma de contraste, al no ser objeto del juicio sino únicamente argumento. Por tanto, el juzgador debe corregir el exceso o el defecto ocupándose únicamente de la norma impugnada.

En el ejemplo anterior, quien se quejará es una empresa grande y, por tanto, la norma que le impone una carga fiscal adicional será la impugnada. El tratamiento al resto de empresas solo será el argumento en el que funda la inconstitucionalidad el promovente. Por ello, entre las dos opciones que tiene el juez para reparar la discriminación, sólo puede hacer uso de una: eliminar el régimen fiscal especial a las empresas grandes, para que les apliquen las disposiciones generales.

Hay que considerar que en un juicio de igualdad se compara categoría y su regulación (C1 y R1) con otra categoría y otra regulación (C2 y R2). Las regulaciones, es decir, las consecuencias han sido clasificadas en negativas y positivas.<sup>16</sup> Las primeras son las que conllevan un perjuicio, al establecer una sanción, como podría ser la pena de prisión para el que roba. Las segundas importan un beneficio, al establecer un premio, como puede ser un beneficio fiscal.

Tomando en cuenta la cualidad de la regulación en cada una de las razones, podemos señalar dos reglas que permiten reparar la desproporción o

---

<sup>15</sup> Si la relación adecuada es de 1.6 veces entre uno y otro, y el objeto A tiene una dimensión 8, y el B de 14, habría que disminuir el objeto B, para que fuera 13, y se relacionaran en términos del número áureo.

<sup>16</sup> Esta clasificación la hace Bobbio, (1984, *pássim* y 1990, pp. 7-27) y es explicada por Pérez (2000, pp. 665-687).

desigualdad en el tratamiento jurídico: *a*) si la norma impugnada, frente a la norma de contraste se excede en perjudicar a un sujeto, debe eliminar el exceso, y *b*) si la norma impugnada, frente a la norma de contraste, es insuficiente porque se queda corta en un beneficio, debe aumentar el beneficio.

Podemos pensar en otros dos supuestos: *a*) que la norma impugnada se exceda en beneficio, y *b*) que la norma impugnada sea insuficiente en perjudicar. Es difícil que se llegue a dar un caso así en un control constitucional concreto. Nadie reclamará una norma con la pretensión de quitarse un beneficio o buscando un perjuicio. Estos dos supuestos únicamente tendrían cabida en un control abstracto. Por ejemplo, si se impugna una norma penal que se considere que tiene una sanción leve frente a una conducta antijurídica similar, o un beneficio fiscal a un grupo, al que se estima debe tratarse como a la generalidad. De reclamarse esto, el primer supuesto, el exceso en beneficio, se repararía eliminando la demasía; y el segundo supuesto, el defecto en el perjuicio, se repararía aumentando el perjuicio. A la primera sentencia se le podría llamar reductiva por eliminar, y a la segunda, aditiva, por aumentar (Eto, 2009, pp. 125 y 126).

Hay que señalar que, en el caso de que la reparación exigiese aumentar el perjuicio, habría que considerar también que existe el principio de reserva de ley en algunas materias, mismo que podría maniatar a un tribunal en su decisión, ya que no podría configurar un delito o establecer una carga fiscal en una sentencia. En todo caso, debería condenar al legislador para que adecuara la legislación siendo más dura. Pero de estos problemas nos ocuparemos posteriormente.

Además, en el caso de las sentencias reductivas, hay que considerar otros derechos fundamentales, y el principio de progresividad, puesto que no sería compatible con la Constitución eliminar conquistas sociales de un grupo; habría siempre que extenderlas hacia otro grupo.<sup>17</sup>

### 1. *Restitución y extensión del sujeto de la norma*

Al señalar una norma de comparación, quien promueve un medio de control constitucional contra otra norma, indica cuál es el régimen jurídico al que desea sujetarse. En caso de que el juzgador considere que la norma

---

<sup>17</sup> En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español 8/1982, en donde consideró que la reparación de la igualdad no podía suponer quitarles derechos a las mujeres sino, en todo caso, extenderlas a los hombres.

impugnada viola la igualdad, debería integrar al promovente al régimen que desea, pues debe ser congruente con la decisión de aceptar la norma de contraste que tomó al hacer el análisis de racionalidad.

La primera opción que tiene para hacer eso es excluyendo al promovente del régimen al que se encuentra sujeto. Sin embargo, el uso de esa técnica reparadora depende de la forma en que se relacionen las normas comparadas en cuanto a la extensión de sus sujetos (Husserl, 2006, §23). Por extensión de los sujetos hay que entender el conjunto de personas a los que se les puede aplicar la norma.

La comparación entre la extensión de ambas normas puede llevar a una de dos conclusiones: que la extensión de una es parte de otra, o que no lo es (Aristóteles, trad. 1987, 1057b-1058a). Si la extensión de la norma A es parte de la norma B, el sujeto de la norma A será una especie del sujeto de la norma B; y el sujeto de la norma B será el género de la norma A.<sup>18</sup>

Por ejemplo, la norma A establece que todas las personas tienen derecho de asociación, y la norma B establece que solo los ciudadanos pueden asociarse en materia política. Como todo ciudadano es persona, pero no toda persona es ciudadano, el sujeto de la norma A es género y el de la norma B es especie.<sup>19</sup>

Así pues, atendiendo a la extensión de los sujetos podemos, podemos hablar de normas-género y de normas-especie. Esta distinción es relevante para efectos de la reparación de la discriminación normativa. No es lo mismo impugnar una norma-especie y contrastarla con una norma-género, que hacer lo contrario, como veremos a continuación.

El primer caso no presenta mayor problema, la norma impugnada es especial y la norma de contraste es genérica. De esta forma, la exclusión de aquélla conllevaría situar en el régimen general a quienes pertenecen al grupo específico.<sup>20</sup> Un ejemplo: se impugna una norma-especie que prohíbe a los menores de edad celebrar contratos con la administración pública; y se contrasta con una norma-género que permite a todos contratar con la administración pública. En caso de que se considere que hay discriminación, se excluiría la prohibición especial, por lo que a los menores que-

---

<sup>18</sup> Sería una relación de inclusión en términos de la teoría de conjuntos de Venn (1880, pp. 1 y 2).

<sup>19</sup> Lo que se representaría como  $Z \subseteq X$ .

<sup>20</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional español ha señalado que ante la desigualdad de trato cabe, en principio, equiparar hacia arriba, en la sentencia 28/1992, FJ 4.

darían sujetos del régimen general, permitiéndoles celebrar contratos de forma igual al resto de las personas. Es decir, excluyendo la norma impugnada se coloca al promovente en el régimen de la norma de comparación.

El segundo caso sería lo opuesto: la norma-género es la impugnada, y la norma-especie sirve como norma de contraste. Aquí estarían las normas llamadas subinclusivas (Tussman y tenBroek, 1949, p. 351), por contemplar menos supuestos de los que correspondería atendiendo a un fin.

Un ejemplo sería la norma impugnada establece que deben pagar impuesto todos los propietarios de automóviles, y es contrastada con la norma-especie que exenta a los propietarios de automóviles eléctricos. En caso de que se considere que el impuesto es inconstitucional respecto a los propietarios de vehículos híbridos, podría repararse la discriminación excluyendo la norma impugnada, pues el efecto concreto se traduciría en la eliminación de la obligación tributaria.

Este caso la exclusión puede favorecer a la parte actora puesto que existe una norma superior que colma el vacío en el sentido de la pretensión. Hay una regla constitucional conforme a la cual solo se pueden cobrar impuestos establecidos por ley. Si no hay ley, no puede cobrarse. Es por ello por lo que la exclusión hace efectiva la reparación.

Lo mismo sucedería si se impugna la tipificación de una conducta como delito o falta administrativa, o cualquier prohibición a un particular, en virtud de la cláusula de libertad, que permite hacer todo lo que no está expresamente proscrito en una ley. En estos casos la anulación de la prohibición conlleva una permisón. Si la norma de comparación contempla una permisón, con la desaparición de la norma impugnada se coloca al promovente en el régimen cotejado.

Sin embargo, podemos pensar en los casos en donde el derecho superior no contemple una regla genérica que permitiría colmar el vacío generado con la inaplicación o con la invalidez. Por ejemplo, si se impugna la norma que mandata que las concesiones de radiodifusión se otorgarán mediante licitación pública, y se compara con la norma-especie que permite concesionar sin licitación a las comunidades indígenas.

En caso de que se considere discriminatoria por no contemplar a las comunidades equiparables a las indígenas, la inaplicación o invalidez de la norma impugnada no se traduce en la satisfacción de la pretensión de esta comunidad equiparable. Eliminar el mandato de otorgar concesiones por licitación no significa que puedan asignarse de otra forma. Sobre todo, esto

no se podría si la Constitución establece que toda concesión para la explotación de cualquier recurso de la nación debe hacerse mediante licitación, salvo los casos previstos por ley. Ante la invalidez o la inaplicación de la norma impugnada tendría eficacia directa una norma constitucional que dice lo mismo, pues faltaría la excepción prevista en ley.

Así pues, en este tipo de casos la exclusión de la norma impugnada no conlleva la satisfacción de la pretensión de quien ejerce el medio de defensa. La reparación exige la emisión de otra norma-especie, o la inclusión de un grupo en las consecuencias de la norma de contraste.

De esta forma, en este segundo supuesto, es decir, el caso de que la norma impugnada sea género, la reparación de la discriminación normativa depende del vínculo entre la pretensión del promovente y las reglas generales establecidas por el derecho superior.

En caso de que la aplicación del derecho superior permita satisfacer la pretensión, será oportuno excluir la norma impugnada. Pero en caso de que el derecho superior, por sí mismo, no permita satisfacer la pretensión, no tendrá caso excluir la norma impugnada, sino que el tribunal deberá crear una norma-especie en una sentencia manipulativa, o bien condenar al legislador.

Hasta ahora nos hemos referido a supuestos en que los sujetos de las normas comparadas guardan una relación de género y especie. Pero puede suceder que no exista una relación de ese tipo.<sup>21</sup> Podría compararse el trato fiscal que recibe un trabajador asalariado con el trato que recibe un profesionalista que cobra por honorarios. Ambos sujetos son especies de contribuyentes.<sup>22</sup>

De ocurrir esto, hay que proceder del mismo modo que se hace en el caso de que la norma impugnada sea genérica. Si en el derecho superior hay una regla que coloca al promovente en el mismo régimen que el sujeto de la norma de comparación, procedería desaparecer la norma impugnada. De lo contrario, no tendría sentido excluir la norma impugnada.

Por ejemplo, si se impugna la norma que manda presentar declaraciones fiscales mensuales a los que cobran por honorarios, y se contrasta con la

---

<sup>21</sup> Podría siempre buscarse un género común a todos los sujetos, como el ser personas. Pero en el juicio de igualdad hay que circunscribirse a los sujetos de las normas que se comparan. Y entre éstos no siempre existe una relación de género y especie.

<sup>22</sup>  $C \subset H$ ,  $C \subset S$ , pero  $H \notin S$ ; donde  $C$  es contribuyente,  $H$  profesionalista que cobra por honorarios, y  $S$  trabajador que cobra un salario.

norma que establece que los asalariados solo presentan una declaración anual, no tiene sentido desaparecer la norma impugnada, pues la pretensión del promovente no es dejar de presentar declaraciones, sino hacerlo anualmente. En el derecho superior no hay una norma relativa a la frecuencia de las declaraciones fiscales. Por ello, la desaparición de esta norma no coloca al promovente en el régimen de la norma de comparación. Solo puede colocarse mediante una condena al legislador o mediante una interpretación correctora de la norma impugnada.

De esta forma, podemos concluir que existen tres reglas respecto a la reparación de normas atendiendo a la extensión de los sujetos: *a)* si se impugna una norma-especie y se contrasta con una norma-género, la discriminación se puede restituir mediante excluirse de la norma impugnada; *b)* de no ubicarse el supuesto anterior, la restitución se hace mediante la exclusión de la norma solo si existe una regla de derecho superior permite situar al sujeto de la norma impugnada en el régimen de la norma de contraste; *c)* en los demás casos la restitución sólo puede tener lugar mediante una condena al legislador o una sentencia manipulativa.

#### IV. LA RESTITUCIÓN Y LOS EFECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Una vez analizados los principios generales que con los cuales puede lograrse teóricamente la restitución de la igualdad cuando ha sido trasgredida por una norma, debemos ocuparnos de las posibilidades técnicas que tiene la jurisdicción constitucional para lograrlo.

Cuando un tribunal considera que una norma es inconstitucional debe excluirla. Exclusión es un concepto general, que busca agrupar las dos posibilidades de actuación que se tienen, dependiendo del sistema de control adoptado por la nación: la nulidad o la inaplicación.

En los sistemas de corte norteamericano o difuso se utiliza la inaplicación, es decir, se prescinde de la norma inconstitucional en el caso concreto (Dómenech, 2007, p. 61), con un efecto *interpartes*, de forma que permanece válida y eficaz para otros casos (Mortati, 1991, p. 299).

En los sistemas de corte kelseniano o concentrado se utiliza la nulidad, es decir, que deje de existir como norma a causa de la carencia de un rasgo esencial (López, 2004, p. 113), por lo que se expulsa del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

Aunque ambos sistemas difieren en cuanto al alcance de los efectos de la inconstitucionalidad, coinciden en que la norma que es considerada como tal deberá de ser excluida y, por ese motivo, es que las englobamos bajo ese género.

La exclusión, como se vio en el apartado anterior, será una técnica que nos sirva para casos en que se impugna una norma-especie y se contrasta con una norma-género, o en los casos en los que existe una regla de derecho superior permite situar al sujeto de la norma impugnada en el régimen de la norma de contraste.

Sin embargo, en los casos en donde el derecho superior no contemple una regla genérica que permitiría colmar el vacío generado, o en los casos en los que las normas comparadas no guarden una relación de género y especie, la exclusión no tiene ningún sentido, ya que no repara la violación a la igualdad.

Pensemos que se ha impagado la norma que dispone que “las mujeres tienen derecho a una pensión en caso de viudez”. Un varón considera que vulnera el principio de igualdad. Aunque formalmente impugne esa norma, en realidad estará contraviniendo una norma implícita que indicaría que los hombres no tienen derecho a la pensión por viudez.<sup>23</sup> Al ser una norma implícita no puede ser excluida propiamente. Anular la norma que le da ese derecho a las mujeres tampoco satisface su pretensión pues ni mujeres ni hombres tendrán ese derecho. Y reducir la exclusión a una palabra (“las mujeres”) dejaría a la norma impugnada sin sujeto, por lo que no podría ser aplicada.

Así pues, en estos casos la exclusión no resultaría idónea para restituir la igualdad. Ante ello podría haber la opción de desestimar de entrada la acción,<sup>24</sup> lo cual no parece ser aceptable, ya que eso supondría mutilar el control constitucional.

Es por ello por lo que los alemanes rompieron el binomio de inconstitucionalidad-exclusión (BVerfGE 6, 246 y BVerfGE 6, 282), lo mismo que

---

<sup>23</sup> Formalmente en la demanda deberá aparecer como norma impugnada la que le da el derecho a las mujeres, pues debe contravenirse una norma positiva. Sin embargo, para efectos del juicio de igualdad, y realmente, lo que se impugna es una norma implícita que dispone que los hombres no tendrán pensión; la norma que formalmente es impugnada, en realidad será la norma de contraste. Y entre una y otra norma no existe una relación de género-especie.

<sup>24</sup> Indirectamente en este sentido se pronunció el magistrado Gimeno Sendra, del Tribunal Constitucional español, en su voto particular de la sentencia 188/1990.

los españoles. En este último país, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 3o. del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, apartado primero, que se refería únicamente a las “viudas”, el Tribunal Constitucional consideró que era inconstitucional el uso de esa palabra, pero sin anular la norma, sino considerando que debía entenderse aplicable a los viudos de uno y otro sexo (Sentencia 142/1990).

El rompimiento más importante entre inconstitucionalidad y exclusión se dio en Italia, a través de las sentencias manipulativas. Esta es una categoría que engloba una serie de sentencias que modifican el sentido de la norma, como puede ser la interpretativa, la aditiva y la sustitutiva (Cerri, 1994b, p. 118).

### 1. *La sentencia aditiva*

En la sentencia aditiva la restitución de la igualdad se consigue añadiendo una norma. En efecto, estas sentencias no excluyen el texto, sino que consideran que la actividad legislativa es inconstitucional en la medida en que deja de regular un supuesto. Por ello, amplían la norma con un nuevo elemento, el que debería de incluir para ser conforme con la constitución.<sup>25</sup>

De esta forma, en caso de que una norma atribuya un derecho a la clase de sujetos A y no a los de la clase B, que se encuentra en idénticas condiciones, el juez, para reparar, debe declarar el precepto inconstitucional “en la parte en la que no confiere los mismos derechos a los sujetos B”. Ello sin anular la norma pues, de hacerlo, los sujetos A perderían el derecho que se les otorgó. Por ello, lo que debe hacer el juez es agregar una nueva norma, la que confiere ese mismo derecho subjetivo a los sujetos B (Guastini, 2003, pp. 65 y 66).

Estas sentencias pueden ser divididas en sentencias de garantía y de prestación (Elia, 1985, p. 314). Serán aditivas de garantía si producen la adquisición de una situación activa a favor de unos sujetos y de la obliga-

---

<sup>25</sup> Las sentencias aditivas comenzaron a utilizarse desde los años sesenta. La primera considerada con tal carácter es 168/1963 de la Corte Constitucional italiana. En ella consideraron que el artículo 11.1 de la Ley 195/1958 del Consejo Superior de la Magistratura, que atribuía exclusivamente al ministro de Justicia la iniciativa para proceder contra magistrados era inconstitucional en cuanto excluía la iniciativa del propio Consejo para este mismo fin. Por ello la Corte Constitucional añadió al significado de la disposición que podía también el Consejo iniciar procesos contra los magistrados. Así pues, el texto fue conservado, pero pasó a tener un nuevo contenido normativo.

ción de no hacer por parte del Estado. Serán aditivas de prestación si unos sujetos adquieren un derecho de carácter patrimonial o de una prestación de servicios que antes les estaba negada (Modugno, 1988, p. 21).

## 2. *La sentencia sustitutiva*

Otro tipo de sentencias manipulativas que pueden servir para estos supuestos de tratamiento desigual son las sustitutivas. Éstas se caracterizan por realizar dos actividades: la anulación de parte de la norma y la adición de otra. Se dictan cuando una norma es inconstitucional tanto por lo que prevé, que hay que anular, como por lo que no prevé, que hay que añadir (Martín, 2003, p. 222).

Este tipo de sentencias serían útiles, por ejemplo, en caso de que se reclame el uso de lenguaje discriminatorio por el legislador. Una norma que le otorgue el derecho a los estudiantes “incapacitados visualmente” de aprender el lenguaje Braille, sería discriminatoria por considerar incapaces a los que tienen una discapacidad. Excluir esa norma no conlleva una reparación; por el contrario, les quitaría un derecho. Por ello, el juez constitucional puede anular solo la porción que dice “estudiantes incapacitados” y sustituirla por la expresión “persona con discapacidad”.

## 3. *Las sentencias interpretativas*

Las sentencias interpretativas restituyen la igualdad mediante una interpretación conforme. Propiamente no puede hablarse de una reparación, puesto que la sentencia reconoce la constitucionalidad de la norma impugnada. Por ello se dice que es una sentencia estimatoria parcial (Zagrebelsky, 1987, p. 651).

En efecto, si toda norma admite, cuando menos, dos interpretaciones, el juez debe contrastar dichas interpretaciones con la Constitución y, si una interpretación es acorde con ésta, la elegirá, excluyendo las demás. Con ello se preserva la coherencia del ordenamiento y se conserva la validez del texto que, de ser interpretado de otra forma, tendría que declararse inconstitucional (Guastini, 2003, p. 2059).

Así, por ejemplo, una norma que establece que “los hijos tienen derecho a una pensión por orfandad”, admite dos interpretaciones: que hijos

se refiere a descendientes varones; o que hijos se refiere a todos los descendientes. El primer entendimiento no es conforme con la Constitución que dispone que las mujeres y los hombres son iguales. Pero el segundo sí es conforme. Por tanto, el juez elige esa interpretación. Reconoce la validez de la norma condicionada a que se interprete de esa forma.

Pese a que la interpretación conforme es un mandato constitucional incluido desde 2011,<sup>26</sup> la Suprema Corte ha determinado que las normas discriminatorias no admiten este tipo de interpretación, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad (Tesis 1a./J. 47/2015 (10a.)). La Suprema Corte llega a esa conclusión por dos razones. La primera es que no puede cumplirse la igualdad mediante una interpretación que no modifique la situación discriminatoria. La segunda razón que aduce la Corte es que la interpretación conforme no repara una discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la inclusión expresa en un régimen jurídico.

Ambos argumentos están íntimamente relacionados: en la medida en que se incluya a una persona en un régimen jurídico, se modificará la situación discriminatoria. Ante esto hay que preguntarse si es o no posible lograr eso con una interpretación conforme, como aduce la Suprema Corte. Nos parece que sí es posible. En el anterior ejemplo de la pensión por orfandad, si por “hijos” entendemos todos los descendientes, las mujeres quedarían incluidas en ese régimen jurídico y, por tanto, se modificaría la situación discriminatoria.

El criterio de la Corte, sin embargo, pone de manifiesto un problema de la técnica de las sentencias mexicanas, que es no contar con puntos resolutive específicos para las sentencias interpretativas. Pese a ser estimatorias parciales, se les da el tratamiento de desestimatorias al reconocer la validez de la norma impugnada, pero no hacer referencia a la interpretación a la que quedan condicionadas. Por tanto, pueden quedar separadas del procedimiento de cumplimiento. Así pues, o bien se piensa en una nueva forma de redactar los puntos resolutive, o se les incorpora en el régimen de ejecución.

---

<sup>26</sup> Sobre la constitucionalización de este mandato, puede consultarse el trabajo de González (2017, pp. 171 y ss.), y el de Caballero (2013).

## V. EL MODELO MULTILATERAL DE RESTITUCIÓN

Como se ha visto, en los casos en donde el derecho superior no contemple una regla genérica que permitiría colmar el vacío generado por la exclusión de la norma que trasgrede la igualdad, o en los casos en los que las normas comparadas no guarden una relación de género y especie, no tiene eficacia reparadora una supresión de la norma impugnada, por lo que una posibilidad es dictar una sentencia manipulativa.

Las sentencias manipulativas, y especialmente las aditivas y sustitutivas, son objeto de diversas críticas derivadas de su oposición a ciertos principios constitucionales. Estas sentencias podrían vulnerar la reserva de ley, en la medida en que añaden un contenido normativo que únicamente podría ser regulado en una ley en sentido formal y material (Jiménez, 1998, p. 185). Una sentencia que añadiera un elemento a un tipo penal, o que estableciera algún elemento del tributo, podría vulnerar ese principio.

Además, en otros ámbitos en los que no opere la reserva de ley puede alegarse que las sentencias manipulativas inciden en la libertad de configuración del legislador democrático, y que pueden tener efectos presupuestarios (García, 2000, p. 68), sobre todo las sentencias aditivas de prestación, lo que contraviene el antiquísimo principio de que los gastos estatales deben ser aprobados por el Legislativo.

Es por esto que ha surgido un modelo multilateral de reparación de la discriminación normativa (García, 2000, *pássim*), en el que participan varios actores en la restitución de la igualdad, que se opone al modelo unilateral, en el que solo interviene la jurisdicción constitucional.

En términos generales, el modelo multilateral se configura como un procedimiento complejo en el que participa el órgano con jurisdicción constitucional decretando la violación a la igualdad; el legislador, restableciendo ese principio; y los tribunales ordinarios restituyéndolo en casos concretos. Veremos más adelante la intervención de cada uno de estos órganos.

Antes hay que señalar que este modelo podría tener lugar claramente en las controversias constitucionales y en los amparos indirectos promovidos en contra del régimen normativo discriminatorio, puesto que ha sido escuchado el legislador y puede considerarse que se ha impugnado una omisión.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad podría ser dudoso pues, por una parte, parece que el efecto de una sentencia estimatoria es únicamente la invalidez de las normas generales, es decir, sin poder condenar al legislador (Brage, 2005, p. 356); pero, por otra parte, la Suprema Corte sí ha realizado estas condenas.<sup>27</sup>

Sin embargo, en el caso de los amparos en los que la desigualdad se considere de forma incidental, como son todos los amparos directos; y en los casos de control difuso por tribunales ordinarios, no podrían tener cabida ya que la discriminación normativa constituye solo un argumento, de forma que el legislador no es parte y, por tanto, no puede ser condenado. Sin embargo, el juez puede reparar la igualdad en el caso concreto, sentando jurisprudencia que puede ser persuasiva para el legislador, además de obligatoria para los tribunales cuando tenga esa fuerza.

### 1. *Jurisdicción constitucional*

Como se decía, en el modelo multilateral la jurisdicción constitucional se limita a establecer que la norma impugnada es contraria a la igualdad. Deberá ser el legislador quien elija como reestablecer ese principio. Esto en los casos en los que la invalidez no consiga reparar. Pero también en algún otro caso en el que la exclusión sí tenga sentido, pero que los jueces constitucionales quieran ser deferentes con el legislador.

Una modalidad de esta deferencia que existe en algunos sistemas es el retraso en el tiempo de los efectos de la nulidad, con lo cual se le otorga un plazo al legislador para que proceda a aprobar una nueva regulación normativa (Díaz, 2007, p. 311). Esta postergación del *ex nunc* se ha usado, sobre todo, en caso de que se haya considerado violatorio de la igualdad un régimen fiscal, por lo que la nulidad podría afectar la viabilidad financiera del Estado.<sup>28</sup> Este retraso puede tener cabida en México si la igualdad se controla en una acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional o en una declaratoria general de inconstitucionalidad.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, resueltas el 20 de mayo de 2019.

<sup>28</sup> Por ejemplo, así lo hizo del Tribunal Constitucional alemán en un caso que resultaban contrarias al principio de igualdad unas normas tributarias, pero que, de ser excluidas en ese momento, hubieran afectado la capacidad financiera de los *länder* (2 BvF 2798).

<sup>29</sup> Véase artículo 107, fracción II, constitucional, y artículo 435 de la Ley Reglamen-

En Italia se es deferente con el legislador de otra forma. En vez de dictar la típica sentencia aditiva o sustitutiva, en la que la Corte Constitucional establece la norma que debe reparar la igualdad violada, se dictan las llamadas “sentencias aditivas de principio” (Romboli, 1996, pp. 74-76), con las que, además de declarar la inconstitucionalidad, establece un principio que debe ser desarrollado por el legislador y, mientras éste cumple con la sentencia, los lineamientos de la resolución constitucional deben ser utilizados por los jueces ordinarios en los casos que se les planteen.<sup>30</sup>

Mientras se expide la legislación reparadora, la jurisdicción constitucional puede tomar algunas medidas que impidan que se siga trasgrediendo la igualdad con esa ley. Una de ellas, de origen alemán es interrumpir todos los procesos judiciales y procedimientos administrativos hasta que se haya expedido la nueva legislación, además de ordenar la inaplicación de la norma inconstitucional si deben de ser resueltos imperiosamente antes de que se dicte la norma reparadora.<sup>31</sup> Esto será especialmente importante en los casos en donde la violación a la igualdad haya sido decretada en una cuestión de inconstitucionalidad,<sup>32</sup> en donde los casos paralelos (*parallelfälle*) quedan suspendidos (sentencias BverfGE 32, 198 y BverfGE 33, 303).

En México existe la posibilidad de aplazar la resolución de juicios de amparos en los que se hubiese impugnado la misma norma que en controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad,<sup>33</sup> pero esa figura opera en tanto se resuelven los procesos abstractos. Si se quisiera optar por un modelo multilateral debería de ampliarse esa posibilidad, ya sea reformando la ley o haciendo una interpretación de la ley reglamentaria.

---

taria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>30</sup> Es el caso de las sentencias 224/1984, 109/1986, 80/1987, entre otras.

<sup>31</sup> Por ejemplo, las sentencias BverfGE 15, 14; BverfGE 22, 349; y BverfGE23, 1, entre otras.

<sup>32</sup> Sobre esta figura puede consultarse el trabajo de Corzo (1998).

<sup>33</sup> Dispone textualmente la ley reglamentaria de esos procesos: “Artículo 37. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes podrá, mediante acuerdos generales, acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella, hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional siempre que las normas impugnadas en unos y otra fueren las mismas. En este supuesto, no correrá el término de caducidad previsto en el artículo 74, fracción V de la Ley de Amparo.”

Otra posibilidad con la que cuenta la jurisdicción constitucional es establecer un régimen provisional en tanto se dicta la ley reparadora, como puede ser la reviviscencia de una norma o la determinación de la aplicación de una norma supletoria, para que los operadores jurídicos tengan un marco jurídico de actuación (García, 2000, p. 291).

## 2. El legislador y la jurisdicción ordinaria

El modelo en análisis es multilateral porque intervienen otros órganos, especialmente el legislador. Cuando su Tribunal Constitucional ha determinado la no conformidad de una norma con el principio de igualdad, los alemanes consideran que debe ser el legislador quien elija entre varias opciones cómo reestablecer la igualdad.

De esta forma, será el legislador quien determine cómo corregir el problema de constitucionalidad. Como se ha visto previamente, puede hacerlo modificando la norma que fue impugnada en el medio de control de constitucionalidad, pero también lo podría hacer cambiando la norma de contraste. Por ejemplo, si se impugnó la norma que establece que pagarán impuesto los sujetos X, y se usa como norma de contraste la norma que exenta del impuesto a los sujetos Y, e el legislador exentar del impuesto a todos o imponérselo también a los sujetos Y.

Si se dictan sentencias aditivas de principio, de corte italiano, no tendrá esta discrecionalidad el legislador pues, como ya se vio, deberá de concretar el principio de reparación que le ha indicado la jurisdicción constitucional.

El legislador debe contar con un plazo para dictar la nueva ley pues, de lo contrario, no habría reparación de la discriminación. Así se ha considerado en Alemania,<sup>34</sup> en Italia,<sup>35</sup> y España.<sup>36</sup> En el caso mexicano, la legislación procesal constitucional contempla que la jurisdicción constitucional debe establecer este plazo en su sentencia.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> En la sentencia BverfGE 15, 334, por ejemplo, se estableció que debían hacerlo antes de la conclusión de la legislatura; en la sentencia BverfGE 61, 319 que en un año en concreto; y en la sentencia BverfGE 82, 126 en una fecha determinada por la misma resolución.

<sup>35</sup> Por ejemplo, en la sentencia 560/1987.

<sup>36</sup> Por ejemplo, en la sentencia 96/1996.

<sup>37</sup> El artículo 41, fracción V, de la que reglamenta las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad dispone que la Suprema Corte debe establecer el

Además del plazo, debe existir una garantía de su cumplimiento. En muchas naciones no está previsto y simplemente se apela a la “lealtad constitucional” del legislador (García, 2000, p. 299). En México sí existen mecanismos de ejecución obligatoria a cargo del Poder Judicial de la Federación, mismos que pueden concluir con la destitución y la consignación de los legisladores.

Por lo que hace a los tribunales ordinarios, hay que señalar que debe sujetarse a lo que disponga la jurisdicción constitucional. Si ésta ha dictado una sentencia aditiva de principio, debe ejecutar el principio de restitución que haya ordenado la Corte Constitucional para los casos concretos que deba resolver; o debe interrumpir los procesos en los que debería aplicar la norma considerada contraria a la igualdad; o debe de inaplicarla; o debe de aplicar la legislación que haya dispuesto el órgano con jurisdicción constitucional.

En el caso mexicano, los jueces ordinarios tienen la posibilidad de inaplicar una norma en virtud del control difuso. Ellos, y también los tribunales de circuito y los jueces de distrito en caso de que la violación a la igualdad haya sido decretada por la Suprema Corte, tienen la obligación de seguir el principio de reparación establecido por ésta en virtud del principio *stare decesis* en su dimensión vertical (De Otto, 2001, p. 291). En caso de que la discriminación normativa haya sido considerada por un tribunal colegiado de circuito, salvo la Suprema Corte, también constreñirá su jurisprudencia al resto de órganos de otra naturaleza.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La igualdad es un principio relacional. Ello implica que, cuando se alega una violación a éste, además de indicar la norma impugnada, debe de señalarse una norma de contraste que establezca el régimen jurídico con el que se desea comparar el que se impugna. Las partes son las que proponen esta norma de contraste, pero debe de ser aceptada por el tribunal.

---

plazo para el cumplimiento. Y el artículo 77, fracción II de la Ley de Amparo dispone que el tribunal debe establecer “las medidas que deben adoptarse”, entre las que se entiende comprendida el plazo, como lo interpretó la Suprema Corte al resolver el amparo en revisión 1359/2015, el 17 de noviembre de 2017, donde estableció que el Congreso de la Unión debía normar antes de concluir esa legislatura.

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

Si el juez considera que existe un trato desigual entre la norma impugnada y la de contraste, debe reparar la discriminación, lo que supone eliminar el exceso de la norma impugnada o aumentando su beneficio. Esto depende, en primer lugar, de la extensión del sujeto de las normas que se han comparado, pues si se impugna una norma-especie y se contrasta con una norma-género, la discriminación se puede excluir de la norma impugnada.

Sin embargo, en caso de que no exista una relación de género y especie entre las normas que se han contrastado, solo puede repararse la desigualdad mediante la exclusión de la norma impugnada si existe una regla de derecho superior que permite situar al sujeto en el régimen de la norma de contraste. De no existir esta regla, la reparación solo podría hacerse creando una nueva norma, mediante una sentencia aditiva o sustitutiva, que se engloban en la categoría de manipulativas.

Las sentencias manipulativas, sin embargo, son objeto de críticas porque puede suponer violaciones al principio de reserva de ley, a la libertad de configuración del legislador, y porque pueden tener una incidencia presupuestal. Por ello, una alternativa ha sido un modelo multilateral, en el que participan varios actores: el órgano con jurisdicción constitucional decretando la violación a la igualdad; el legislador, restableciendo ese principio; y los tribunales ordinarios restituyéndolo en casos concretos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- ALEXY, R (1991). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARISTÓTELES (trad. 1986). *Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARISTÓTELES (trad. 1987). *Metafísica*. Madrid: Gredos, 1987.
- ARISTÓTELES (trad. 1988). *Ética nicomáquea*. Madrid: Gredos.
- ASTUDILLO, C (2014). *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*. México: Tirant Lo Blanch.
- BAÑO, J. (1987). La igualdad como derecho público subjetivo. *Revista de Administración Pública*, 114.

- BARNÉS, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, 135.
- BOBBIO, N. (1984). La funzione promozionale del diritto rivisitata. *Sociologia del diritto*, III.
- BOBBIO, N. (1990). Las sanciones positivas, en BOBBIO, N. (coord.), *Contribuciones a la teoría del derecho*. Madrid: Debate.
- BRAGE, J. (2005). La acción abstracta de inconstitucionalidad. México: UNAM.
- CABALLERO, J. (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa.
- CERRI, A. (1994a). *Corso di giustizia costituzionale*. Milán: Giuffrè.
- CERRI, A. (1994b). Uguaglianza (principio costituzionale di), en *Enciclopedia Giuridica* (t. XXXII). Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana.
- COBREROS, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81.
- CORZO, E. (1998). La cuestión de inconstitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE OTTO, I. (2001). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- DÍAZ, F. (2007). Tipología y efectos de las sentencias del tribunal constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional español, en PÉREZ, Pablo (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÓMENECH, Gabriel, “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”, en *Revista de Administración Pública*. núm. 155, 2007.
- ELIA, L. (1985). Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale, en *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*, vol. I. Padua: CEDAM.
- ETO, G. (2009). Los métodos interpretativos del Tribunal Constitucional peruano. En *Los métodos interpretativos de la jurisdicción constitucio-*

- nal. VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- GARCÍA, M. (2000). *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GAVARA, J. (2005). *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- GIMÉNEZ, D. (2004). Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona: Bosch.
- GONZÁLEZ, C. (2017). “Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en control normativo”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37.
- GUASTINI, R. (2003). *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2015). La interpretación constitucional, en FABRA, J. y RODRÍGUEZ, V., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. México: UNAM.
- HUSSERL, E. (2006). *Investigaciones lógicas*. Madrid: Alianza editorial.
- LIVIO, M. (2005). *La proporción áurea: La historia de Phi, el número más sorprendente del mundo*. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ, J. (2004). *Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas*, en *Anales de Derecho*, núm. 22.
- MARTÍN, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MODUGNO, F. (1988). Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo. En *Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- MORTATI, C. (1991). *Istituzioni di Diritto pubblico*. Padua: Cedam.
- PÉREZ, J (2000). Sobre la función promocional del Derecho: un análisis conceptual. En *Doxa*, 23.
- ROMBOLI, R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48.

- ROSSANO, C. (1996). *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*. Nápoles: Jovene.
- SOBERANES, J. (2011). *La igualdad y la desigualdad jurídicas*. México: Porrúa.
- TUSSMAN, J. y TENBROEK, J. (1949) The Equal Protection of the Laws, en *California Law Review*, 37.
- VENN, J (1880). On the Diagrammatic and Mechanical Representation of Propositions and Reasonings, en *The London, Edinburgh, and Dublin Philosophical Magazine and Journal of Science*, 10 (58) 1-18.
- VILLACORTA, L. (2006). *Principio de igualdad y Estado social*. Santander: Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria.
- ZAGREBELSKY, G (1987). Processo Costituzionale, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI. Milán: Giuffrè.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La tesis de las decisiones políticas fundacionales y su vinculación con la realidad humano-social

### *The thesis of the foundational political decisions and its link with the human-social reality*

Recepción: 10. de marzo del 2021

Aceptación: 14 de mayo del 2021

Enrique URIBE ARZATE\*

Diego Enrique URIBE BUSTAMANTE\*\*

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de las decisiones políticas fundamentales vaciadas en el texto original de la Constitución Política del Estado, en su relación con la realidad social con la que deben ser acordes. A partir de la exploración teórico conceptual de la cuestión, y con base en una metodología crítico-valorativa, nos aproximamos a las manifestaciones sociales de reciente configuración que evidencian nuevas expresiones de orden constitucional que la norma fundamental no contiene. A partir de ello, postulamos la tesis de *las decisiones políticas fundacionales* para sostener que las nuevas realidades de nuestras sociedades complejas y demandantes pueden ser identificadas como *nuevas decisiones políticas fundamentales* que, a partir de un ejercicio hermenéutico y heurístico deben ser incorporadas al texto constitucional.

ABSTRACT: This work addresses the study of the fundamental political decisions emptied into the original text of the Political Constitution of the State, in their relationship with the social reality with which they must be consistent. Starting from the theoretical-conceptual exploration of the question, and based on a critical evaluative methodology, we approach the social manifestations of recent configuration that show new expressions of constitutional order that the fundamental norm does not contain. From this, we postulate the thesis of the *foundational political decisions* to sustain that the new realities of our complex and demanding societies can be identified as *new fundamental political decisions* that, from a hermeneutical and heuristic exercise, must be incorporated into the constitutional text.

\* Doctor en derecho por la UNAM. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. ORCID: 0000-0003-2381-232X Correo: [vercingtx@hotmail.com](mailto:vercingtx@hotmail.com).

\*\* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. ORCID: 0000-0003-2578-232X Correo: [deub@hotmail.com](mailto:deub@hotmail.com).

**Palabras clave:** decisiones políticas fundamentales, mutaciones constitucionales, reforma constitucional, realidad social. **Keywords:** *Fundamental political decisions, constitutional mutations, constitutional amendment, social reality.*

SUMARIO: I. *A modo de introducción*; II. *Elementos para un debate*; III. *El quid de lo constitucional*; IV. *Las decisiones políticas fundacionales*; V. *Nuevas tareas del Estado constitucional*; VI. *A modo de conclusión*. VII. *Fuentes de consulta*.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Las decisiones políticas fundamentales son el núcleo de toda Constitución. Desde el momento de su promulgación, la Constitución “contiene” algunas prescripciones de orden esencial que definen los aspectos fundamentales de cada pueblo, es decir, su identidad. Con el paso del tiempo, esas decisiones políticas originarias pueden variar o mantenerse inalteradas. Aquí se inscribe el debate entre la naturaleza inamovible de esas cláusulas pétreas y el derecho de las nuevas generaciones de cambiar esas prescripciones por otras diferentes.

En nuestra opinión, las decisiones políticas originarias deben ser reforzadas con la inclusión de las “nuevas” decisiones fundamentales que poco a poco se van configurando en la sociedad y que son manifestación patente de los cambios y exigencias que los habitantes formulan actualmente.

De cara a esta necesidad, destacamos la distancia entre el discurso de las normas jurídicas y la realidad, que se acentúa en el caso de las normas de rango constitucional y los fenómenos que tal naturaleza tiene en un contexto determinado. Esta cuestión merece una revisión cuidadosa, para comprender cómo los preceptos constitucionales vaciados en la Constitución deben corresponder a la realidad social.

Con esta inquietud, iniciamos la exploración teórica de la cuestión para comprender la esencia de las decisiones políticas fundamentales. Posteriormente, con base en un ejercicio metodológico crítico-valorativo, hermenéutico y heurístico, formulamos una reconfiguración conceptual para llamar “decisiones políticas *fundacionales*” a las decisiones originarias plasmadas en el texto primigenio de la Constitución y denominar nuevas “decisiones políticas fundamentales” a las de reciente configuración que se van gestando al seno de la sociedad.

El documento trata algunas cuestiones concernientes a los modos en que las nuevas decisiones políticas fundamentales se expresan en la realidad constitucional y, por ello, deben ser conocidas y valoradas para que formen parte del texto constitucional. Desde luego, hacemos referencia a las mutaciones constitucionales y al proceso de asimilación que la norma debe operar para que las nuevas manifestaciones de orden constitucional no queden en la ambigüedad sino en la objetividad que la norma constitucional puede prodigar. El artículo desemboca en algunas consideraciones acerca de lo que identificamos como nuevas tareas del Estado constitucional, que deben ser valoradas para que sus expresiones en la vida cotidiana marchen en sincronía con el discurso del texto constitucional.

## II. ELEMENTOS PARA UN DEBATE

La doctrina de las decisiones políticas fundamentales está orientada a la identificación de los principios que dan sustento a un Estado y le distinguen de cualquier otro. “Estas decisiones son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política, y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico” (Carpizo, 2011, p. 8). Estas decisiones políticas son inscritas en la Constitución y representan la zona dura del *corpus* constitucional; son el núcleo constitucional, es decir, la parte central de todo lo que contiene y dice a lo largo de su discurso el texto de la ley fundamental. Por ser propias de cada país y nacer como producto de los trabajos del constituyente, están trazadas para ese país concreto y para esa sociedad particular en el momento que se inscriben en el texto constitucional.

Uno de los valores que acompañan a estas decisiones políticas fundamentales, es el propósito de su permanencia pues por sus contenidos esenciales expresan la dimensión ontológica del pueblo del Estado que nace formalmente en esa Constitución. Por ejemplo, México está identificado por varias de estas decisiones políticas fundamentales como una república, representativa, democrática, federal y laica; también está asentada la supremacía del poder temporal sobre las iglesias; la existencia de estados libres y soberanos; el municipio libre; los derechos fundamentales, etcétera. Cualquier otro país ha trazado en una dirección diferente sus propias decisiones; en un sentido distinto, España es una monarquía parlamentaria

y está organizada como un Estado autonómico. Entre ambos países, sus decisiones políticas fundamentales marcan diferencias profundas.

“El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia” (Schmitt, 2011, p. 58). De acuerdo con esta doctrina, las decisiones que se adoptan por un país al momento de su “constitución”, aspiran a permanecer inalteradas en el tiempo. Por eso se les identifica también como cláusulas pétreas, cláusulas de intangibilidad, valores superiores o principios constitucionales.<sup>1</sup>

Sin embargo, la fuerza normativa de la realidad influye en toda sociedad y bajo ciertas circunstancias conlleva a realizar los ajustes pertinentes para que el discurso de su Constitución camine al mismo ritmo que los fenómenos de la vida cotidiana. Como dice Sant’Ana:

En lo que concierne a las cláusulas pétreas, se sabe que éstas son concebidas para garantizar el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, de forma más acentuada. Sin embargo, cuando estas limitaciones materiales impiden a la Constitución acompañar la evolución social, acabarán por cumplir exactamente el papel contrario a aquel que prestaba; una vez que la ruptura del ordenamiento se hace inevitable, entonces, sobreviene el abandono del texto constitucional y la inestabilidad social (2010, p. 244).

---

<sup>1</sup> Desde Carl Schmitt, padre de la tesis del decisionismo hasta nuestros días, la literatura ha dado cuenta —con diversas denominaciones— de esta cuestión. Sólo en vía de ejemplo citamos lo siguiente: “Desde el punto de vista sociológico, se habla de “sistema de valores” como conjunto de ideas y creencias propias de la sociedad, que condicionan al comportamiento humano y el sistema de normas sociales y jurídicas”, Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México, 2009, p. 23. En consonancia con estos valores, García de Enterría sostuvo: “La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos”, García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, p. 47. Estas decisiones políticas fundamentales también han sido tratadas en la doctrina anglosajona en estos términos: “The nature of values commands that they may be shared in their entirety. A gradual or differentiated opt-in-opt-out approach in accepting, supporting and realising values is not conceivable”, Mader, Oliver, “Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law”, *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2019, p. 140. Nuestra traducción es la siguiente: “La naturaleza de los valores ordena que se puedan compartir en su totalidad. No es concebible un enfoque de optar sí o no, gradual o diferenciado en la aceptación, el apoyo y la realización de valores”.

En este punto, se interceptan con la teoría de las decisiones políticas fundamentales otras dos ideas que son igualmente relevantes: la reforma y las mutaciones constitucionales. La primera, como el proceso de ajuste normativo que es necesario para que el texto de la Constitución se adecue a los requerimientos de articulación entre la sociedad y el texto fundamental; la segunda, como un proceso no formal de modificación constitucional que no está sujeto a reglas o parámetros de corte formal. Lo cierto es que la realidad nos mueve a realizar modificaciones a las normas. Aquí subyace el argumento basal para afirmar que el proceso de reforma constitucional es inmanente a la esencia normativa de la Constitución. “Sin duda, las Constituciones están hechas para perdurar rigiendo las estructuras, situaciones, comportamientos y conductas que sus normas tienen como adheridas a los valores jurídicos necesarios a la convivencia social en la comunidad” (Da Silva, 2003, p. 183). De aquí se puede derivar que la Constitución como norma debe atender de modo invariable las manifestaciones de la realidad que debido a su proyección esencial en la vida humano-social<sup>2</sup> deben ser incorporadas al texto de la Constitución como *corpus*.

En este orden de ideas, podemos afirmar que no obstante la proyección de permanencia del orden constitucional, los cambios en la forma de convivencia y organización de los seres humanos y la emergencia de nuevos fenómenos nunca antes tratados por el texto constitucional nos obligan a realizar esta exploración acerca de la relevancia de nuevos principios que la Constitución debe incorporar a sus letras. No cabe duda que en el corolario de todo propósito “constitucional”, reside la vida humano-social visible en las capacidades y posibilidades que la vida en sociedad permite a los seres humanos para su realización personal en un escenario de dignidad y garantías esenciales a sus derechos fundamentales. *Ergo*, el gran *telos* inserto en la Constitución —que la hermenéutica nos debe permitir mirar y accionar—, es el florecimiento de la dignidad humana.

Ahora bien, no sobra decir que, para su debido tratamiento desde la ciencia jurídica, los fenómenos sociales de reciente configuración —que inciden en los modos de ejercicio del poder público y el disfrute de los derechos humanos— requieren una traducción sencilla y el uso de un len-

---

<sup>2</sup> En este trabajo, las constantes referencias al concepto de vida humano-social se enderezan hacia la naturaleza gregaria del ser humano. A nuestro entender, todas las cuestiones de orden constitucional se gestan en esta condición humana. Ser humano y ser social, son dos cuestiones enlazadas en la dinámica constitucional tanto de orden normativo o nominal, como de naturaleza antropológica, cultural y sociológica.

guaje lo más explícito posible. Hoy —tal vez más que en otros momentos—, los fenómenos de la realidad humano-social se presentan ante nosotros de manera inusitada y abrupta; baste con citar todo lo que ha acarreado la pandemia COVID-19 a nivel mundial, para advertir esta urgencia que tenemos de explicar y comprender cabalmente la incidencia de esta nueva realidad en todas las facetas de la vida humana.<sup>3</sup>

En este propósito, son evidentes las dificultades de la traducción/conversión de los acontecimientos en algo entendible y atendible para la sociedad, pues se trata de uno de los más complejos ejercicios de la ciencia jurídica y demanda una interpretación abierta y omnicomprensiva. “El derecho es en todo caso lenguaje, discurso, texto. La cuestión misteriosa pasa a ser más bien la concerniente a elucidar qué textos producto de qué prácticas hacen o constituyen al derecho y, más específicamente, a las normas jurídicas” (Dei Vecchi, 2017, p. 19).

Aquí se ubica la necesidad/apremio de hacer una traducción de los fenómenos de reciente configuración, que nos lleve a modificar el sentido de la explicación tradicional de *lo jurídico* y con mayor énfasis de *lo constitucional* que vertebra el ser y quehacer de la organización jurídico-política que nos vincula como sociedad. Como podemos advertir, el debate central sobre este tópico se ubica en los modos de comprensión de *lo jurídico* y, en lo que nos interesa, en algo todavía más refinado que es la comprensión/traducción de *lo constitucional*.

De esta aproximación, se desprende la afirmación de que la producción jurídica del Estado debe dar cabida a otros cauces que difieren de los mecanismos formales de construcción del derecho (desde la ley y la jurisprudencia hasta la reforma constitucional). La rapidez con que ahora se gestan los cambios en la vida cotidiana, nos debe permitir mirar qué otros procesos pueden ser utilizados para que las normas jurídicas y espe-

---

<sup>3</sup> Tomando este fenómeno global como ejemplo, podemos decir que además de todas las secuelas que hemos advertido y padecido en lo inmediato en las áreas más sensibles y cotidianas de nuestras vidas, hay otros efectos de la pandemia Covid-19 que deben ser consideradas con total atención; al respecto, dice Marona: “Negative states of mind and grievances due to the Covid-19 crisis could push some individuals or groups of people to threaten or even carry out acts of politically motivated violence, even without a clear reference to a specific ideology” (2021: s/p). Nuestra traducción es la siguiente: Los estados de ánimo negativos y los agravios por la crisis del Covid-19 podrían empujar a algunas personas o grupos de personas a amenazar o incluso a realizar actos de violencia por motivos políticos, incluso sin una clara referencia a una ideología específica.

cíficamente las de rango constitucional puedan andar en sincronía con la realidad. Desde luego, los habitantes de hoy se expresan de manera distinta a las generaciones precedentes. Por eso, como dice Hurtado-Cardozo

Los nuevos actores sociales son sujetos vivos, que participan y se autodeterminan con base a principios de conciencia y solidaridad. Su pretensión es romper las relaciones de sumisión para ser creadores de la propia historia, legitimando así su accionar en pro del beneficio de la comunidad, lo que implica un trabajo democrático incluyente de todos los participantes (2017, p. 27).

Con esto, podemos aseverar que el Estado enfrenta el desafío de poner en la misma dinámica y ritmo al derecho y a la sociedad. Esta dualidad que históricamente ha representado un punto central del debate entre juristas de diversa orientación teórica e incluso de juristas con estudiosos de otros campos como la sociología y la ciencia política, nos fuerza ahora a construir los argumentos, las reglas y los escenarios que hagan factible el tránsito sincrónico entre realidad y norma.

Como podemos advertir, las dificultades de esta sincronía son casi insuperables; la sociedad y los fenómenos que expresan sus cambios son de difícil incorporación inmediata a la ley y, con mayor razón, a la Constitución, pues —en el caso de México— ésta debe ser reformada mediante el proceso especial que prescribe el artículo 135 de su propio texto. Las reformas constitucionales más significativas de los últimos años confirman esta aseveración; baste con decir en vía de ejemplo, que la sociedad comenzó a exigir con mayor intensidad sus derechos esenciales y en consecuencia se modificó el léxico para llamar derechos humanos a las antiguas garantías; en el mismo tenor, el juicio de amparo resultó insuficiente y por eso se abrieron nuevas posibilidades a su tramitación mediante el amparo adhesivo,<sup>4</sup> asimismo, los habitantes comenzaron a interesarse en el destino de sus impuestos y la supervisión y control de sus gobernantes y por ello se ha impulsado el derecho de acceso a la información, la transparencia y rendición de cuentas y ahora —como algo novedoso aunque todavía con timidez y tal vez cierto desatino—, el enjuiciamiento a expresidentes.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Véase Artículo 182 de la Ley de Amparo.

<sup>5</sup> Así fue recogida la crónica de esta interesante cuestión: “Diputados aprueban consulta popular para enjuiciar expresidentes. Con 272 votos a favor, 116 en contra y cero abstenciones, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó en lo general y en lo particular la consulta popular para enjuiciar a expresidentes tras un acalorado debate. El pasado

Esta dualidad entre realidad y norma, define el sentido de *lo constitucional*, su comprensión y sus alcances. La manufactura que regularmente sirve para las expresiones de lo constitucional, se asienta en la dimensión positiva del texto. De este modo, la cantidad abrumadora (y preocupante) de reformas, ameritan una reflexión atenta para identificar su justificación y sentido desde la teoría constitucional. En el punto nodal de la cuestión, nuestras reflexiones se focalizan en la pertinencia de definir “lo constitucional”. Nuestro planteamiento inicial se incrusta en las reflexiones sobre el ser de *lo constitucional* en México y lo que la ley fundamental contiene en sus letras, en sus decisiones políticas fundamentales que a partir de ahora nosotros denominamos *decisiones políticas fundacionales*.

Como se puede colegir de nuestro planteamiento epistemológico, la ciencia jurídica está sujeta a este desafío en el que los fenómenos de la vida cotidiana deben ser comprendidos y debidamente regulados en el afán por hacer que nuestro entramado normativo responda y sirva para dar cauce a los asuntos de la realidad. Además, resulta esencial la lectura de *lo constitucional* que se manifiesta en una proyección metanormativa para poder advertir hasta dónde es posible agregar a las decisiones políticas fundamentales (fundacionales) que residen en el *corpus* que llamamos Constitución, “nuevas” decisiones políticas fundamentales que vengan a enriquecer, actualizar y fortalecer la estructura y diseño del Estado constitucional.

De acuerdo con lo referido líneas atrás, los efectos de la pandemia COVID-19 y diversos fenómenos sociales de reciente aparición, están obligando a los juristas a mirar desde ópticas apenas en construcción, esas neonatas manifestaciones de nuestras sociedades demandantes, complejas y volátiles. Por esta razón, la dimensión constitucional del *corpus* llamado Constitución está sujeta a debate. La ciencia jurídica —y concretamente los procedimientos de orden constitucional—, requieren mecanismos pertinentes para que las nuevas expresiones de la realidad tengan una incorporación pronta al mundo normativo. Es necesario un ejercicio de interpretación y comprensión de los fenómenos de la vida humano-social que nos permita identificar qué nuevas expresiones de naturaleza constitucional están emergiendo y que, dada su relevancia para la

---

15 de septiembre el presidente Andrés Manuel López Obrador presentó un proyecto de consulta popular para llevar ante la justicia a los extitulares del Ejecutivo federal, lo cual validó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) tras haber modificado la pregunta.” Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/politica-diputados-consulta-popular-enjuiciar-expresidentes/>, consultado el 2 de enero de 2021.

vida de los seres humanos, se considera imprescindible “subir” a la norma constitucional para dotarles de todos los atributos inherentes a su naturaleza jurídica vinculante. Este proceso inédito que se anuda al principio de permeabilidad constitucional,<sup>6</sup> es un tema fundamental en la nueva realidad constitucional donde requerimos —cada vez con mayor urgencia— convertir en *constitucional-normativo* lo que la realidad y las transformaciones más profundas de la sociedad, han configurado como cuestiones de innegable naturaleza *constitucional-factual* —presentes en nuestra vida actual, inocultables y tal vez irrevocables—.

### III. *EL QUID* DE LO CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo que hasta aquí hemos sostenido, uno de los asuntos más acuciantes en estos tiempos de crisis (visible en todos los campos), gira en torno a la definición y funcionamiento del Estado. El derecho del Estado no es la excepción. También sometidas a críticas y escrutinio y a nuevas exploraciones que buscan el *quid* de lo jurídico y de lo constitucional, las reglas de convivencia definidas por la obligatoriedad y la coerción pasan por momentos de crisis. De este modo, voces como constitución, ley, poder público, autoridad, comienzan a sonar lejanas, imprecisas y vagas; y de esta vaciedad conceptual y práctica, la consecuencia inmediata la vivimos en las incongruencias y los abusos de poder.

Como es fácil constatar, el Estado de Derecho no puede dar respuesta a las nuevas demandas y exigencias (a veces inusitadas y en otras ocasiones previsibles) que por la dinámica de estos fenómenos requieren formas distintas de responder y, evidentemente, respuestas nunca escuchadas por los habitantes. Lo mismo en los ejercicios electorales que pretenden ser el cauce natural de los procesos democráticos, que en la cotidianidad de los reclamos que cada vez con mayor empuje les espentan los ciudadanos a sus gobernantes, a sus mandatarios.

Con todo esto, parece que la constitución —modelada en la dualidad de dogmas para los habitantes y estructura para el Estado— se ha visto aminorada en su calidad de suprema y fundamental, pues los habitantes

---

<sup>6</sup> El principio constitucional de permeabilidad constitucional puede verse en Uribe Arzate, Enrique y De Paz González, Isaac, “The Constitutional Permeability Principle: Guidelines towards a Constructive Constitutional Theory in Mexico”, en *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 5, núm. 6; june 2015.

ven con mayor cercanía y viabilidad para su vida cotidiana a las normas ordinarias que a la Carta Magna. Es un infortunio colectivo que lo constitucional se comprenda poco y se valore igual; de manera pasmosa, la Constitución no tiene una aplicación inmediata, cuando su texto, sus parámetros y sus principios esenciales deberían ser parte de nuestra vida cotidiana y a toda hora. *Ergo*, como una cuestión de suyo ordinaria, el abuso de poder y las complicidades, han inundado el ser del Estado; el gobierno —orden articulador del Estado— presenta evidentes fisuras en sus relaciones interorgánicas<sup>7</sup> y ante la ausencia de políticas públicas de largo alcance, cede el paso a la improvisación y a los yerros que esta conlleva. Aunado a esto, la imprecisión normativa, sus vaguedades y hasta lo que Valadés llamó la normogogia,<sup>8</sup> muestran la cara visible de una sociedad estancada que necesita con urgencia, convertir en norma constitucional las nuevas expresiones sociales que evidencian la eclosión de fenómenos inéditos que la Constitución no regula en su texto.

Dejando de lado la parte que le toca al gobierno, los ciudadanos intentamos aprehender dicho estado de cosas; sin embargo, la realidad es tan abrupta que irrumpe intempestiva en nuestras reflexiones. Poco tiempo tenemos para digerir lo que aconteció, porque ya mañana hay nuevos asuntos que enfrentar y tratar de asimilar. De este modo, bien entrado ya el siglo XXI, nos parece que es tiempo de analizar la viabilidad de crear mecanismos jurídicos que permitan la conversión de los fenómenos inusitados de la actualidad en expresiones normativas de rango constitucional; es decir, necesitamos pulsar la pertinencia de crear nuevas decisiones políticas fundamentales y en esto va incluido el proceso técnico para su adecuada redacción en el texto constitucional. Como lo ha dicho Melero

---

<sup>7</sup> Un ejemplo evidente ha sido el constante enfrentamiento del presidente Andrés Manuel López Obrador con Gobernadores, expresidentes de la República y con titulares de algunos Órganos Constitucionales Autónomos. *Vid.*, la crónica de estos eventos en: “#Momentos2020: Los desencuentros políticos de presidente AMLO”. Disponible en: <https://politica.expansion.mx/presidencia/2020/12/26/voces-desencuentros-de-amlo-con-expresidente-gobernadores-y-el-ine-en-el-2020>, consultado el 3 de enero de 2021.

<sup>8</sup> Esta voz fue usada por Diego Valadés, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, durante el discurso inaugural que pronunció en el Congreso que el citado Instituto realizó en la Universidad Externado de Colombia del 15 al 18 de septiembre de 2015. La *normogogia*, representa el uso sesgado que conscientemente se hace de la norma; según Valadés, los demagogos juegan y simulan con la democracia; los normogogos son peores, pues juegan y simulan con la ley.

Ante la aparición de “imperfecciones” en la experiencia de la aplicación de la norma, y ante la necesidad de adaptar eventualmente el texto a una realidad histórica cambiante, la reforma constitucional supone el método idóneo para integrar lo nuevo en la constitución (2019, p. 75).

Por eso destacamos la pertinencia de un análisis que intenta recuperar el sentido de *lo constitucional* para llevarlo al plano del texto constitucional como nuevas decisiones políticas fundamentales. En seguimiento de estas ideas, consideramos necesario definir el alcance de *lo constitucional*, a partir de las nuevas expresiones que la sociedad plasma en su quehacer cotidiano. En un intento por encontrar el sentido cabal de esta cuestión más allá del positivismo, diremos que *la Constitución es el corpus que contiene las decisiones políticas fundamentales y permite el eslabonamiento de las demandas y aspiraciones de las distintas generaciones de un pueblo*. En consecuencia, *lo constitucional* se identifica en *las expresiones sociales de carácter esencial que un pueblo manifiesta en su vida cotidiana*. Lo constitucional es la savia vital de un pueblo, es la naturaleza misma de una sociedad que se vuelca en expresiones que en ocasiones pueden catalogarse en la ruptura, pero que nunca dejarán de reflejar los deseos y demandas de mayor valor para esa sociedad concreta. Como dice Atilgan; “Consequently, constitutions have a contextual identity, and in many cases, it is hard to uphold analytical approaches in defining the meaning of the concept of constitution” (2018, p. 172).<sup>9</sup>

En concordancia con estas reflexiones, es necesario volver la mirada hacia estas manifestaciones de la vida humano-social que las leyes no contemplan y que, desde luego, desbordan las letras de la carta magna. No podemos pasar de largo ante estas manifestaciones que hoy nos sorprenden y que no encuentran claro referente en el texto constitucional; la dimensión normativa del texto fundamental está a prueba, y la teoría del derecho y la propia teoría constitucional tienen que dar paso a otros mecanismos de configuración de lo constitucional para procurar que la Constitución como norma, tenga una relación inextricable con la realidad viva y actuante.

---

<sup>9</sup> Nuestra traducción es la siguiente: “En consecuencia, las constituciones tienen una identidad contextual y, en muchos casos, es difícil mantener enfoques analíticos para definir el significado del concepto de constitución”. Por eso insistimos en decir que la Constitución es la esencia de un pueblo y que las expresiones de la realidad deben ser pulsadas para determinar qué es constitucional en ese contexto específico.

En el centro de esta cuestión apenas avizorada por la teoría constitucional, podemos señalar que la revisión del texto constitucional se advierte como una tarea inaplazable. En México tenemos un *corpus* con 136 artículos que fácilmente son reformados por el poder revisor, a pesar de que la doctrina refiera un proceso dificultado de reforma; prescripciones normativas de tal calado, deberían tener mecanismos de prevención y defensa lejanos a la posibilidad de reforma, cuando existiera la posibilidad de trastocar algún precepto referente a contenidos esenciales.

De acuerdo con esto, consideramos que las condiciones actuales nos fuerzan a idear una concepción distinta de lo constitucional y de los mecanismos de control y defensa del *desiderátum* vital vaciado en el texto de la carta magna. Este ejercicio hermenéutico nos llevará, indefectiblemente, a distinguir al menos dos grados diferentes de normas constitucionales: unas que contienen decisiones fundamentales; otras, que sirven de complemento, explicación y puesta en práctica de lo prescrito por los numerales de contenido esencial. El resultado del citado ejercicio hermenéutico que hace viable la identificación de estas dos categorías constitucionales da paso al ejercicio heurístico que nos permite generar la distinción doctrinal entre las *normas constitucionales esenciales* y las *normas constitucionales reglamentarias*.

En esta ruta metodológica, las normas constitucionales esenciales, *son las que contienen en su discurso jurídico, decisiones políticas fundamentales*. Las normas constitucionales de tipo reglamentario son aquellas que *recogen los modos de operación de las decisiones políticas fundamentales*. Las primeras normas, son las que en realidad expresan *lo constitucional* de la constitución normativa; las segundas, nada tienen que hacer en el articulado de la Carta Magna.

Para la comprensión de esto, podemos afirmar que *lo constitucional* asume una dimensión que se alimenta desde diversos veneros como normas, hechos, aspiraciones, política, costumbres, cultura, etc., cuestiones de orden antropológico, económico, internacional, mediático, social y muchos otros de diversa naturaleza, influyen y definen los recientes derroteros de *lo constitucional*, al margen de la actividad de adecuación y puesta al día que lleva a cabo el poder revisor de la Constitución.

Como han expresado Saffon y García-Villegas

Un optimismo moderado, basado en una concepción constructivista del derecho constitucional, nos permite entender que, sin importar qué tan aspi-

racional sea una Constitución o qué tan activistas sean los jueces encargados de aplicarla, ellos no pueden producir cambios sociales como si fueran elementos externos capaces de causar transformaciones en los contextos en los que pertenecen. No obstante, esto también nos permite ver que hay una relación de reciprocidad mutua entre el derecho y su contexto, con base en la cual las promesas del derecho pueden ser utilizadas por los movimientos sociales y políticos como parte de una lucha más amplia para alcanzar transformaciones sociales (2011, pp. 102 y 103).

Para ilustrar esto, podemos decir que la apertura democrática del país ha permitido las tareas de transparencia y rendición de cuentas como un asunto constitucional; de manera similar, la exigencia de reconocimiento de las personas homosexuales ha definido su derecho a unirse legalmente, y de este modo, el discurso normativo-constitucional se ha modificado para incluir en el texto de la Carta Magna nuevos derechos, o por lo menos, nuevas orientaciones de los derechos que su texto ya reconocía. Es innegable que la igualdad tiene ahora varios matices. Ante estas nuevas expresiones de lo constitucional que debe recoger, reconocer y defender los derechos de los diferentes y de los iguales, la Constitución-norma ha tenido que ser reformada.

Por su parte, las normas constitucionales de tipo reglamentario tratan cuestiones de orden operativo; por ejemplo: cómo llevar a cabo el día de la jornada electoral, cómo realizar el nombramiento de los ministros de la Corte, cuál es el plazo para intentar una acción de inconstitucionalidad, etcétera. De manera abierta podemos afirmar que todas las cuestiones de orden tangencial, accesorio o coyuntural, nada tienen que hacer en el texto de la Constitución.

Con base en estas afirmaciones, el natural desdoblamiento de *lo constitucional* del texto y lo reglamentario de la Constitución, nos exige llevar a cabo una modificación sustancial e inédita que permita asentar en el texto constitucional solamente lo esencial, y pasar todo lo secundario, procedimental, reglamentario y los incontables pormenores de requisitos, plazos, nombramientos, instalación, características y hasta formalidades no esenciales, a lo que en el Instituto de Investigaciones Jurídicas han llamado una Ley de Desarrollo Constitucional.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Vid. <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada//>.

Este es, en nuestra opinión, el nuevo diseño del constitucionalismo de hoy. Las Constituciones y concretamente la nuestra, no pueden abandonar su sitial de *corpus* esencial para ubicarse en el nivel de ordenamiento reglamentario; por lo mismo, expuesto a las reformas de lo nominal, de lo coyuntural y de la letra que a veces trasciende hasta la incorrección y las nimiedades. Y por supuesto, nuestra Carta Magna en letras, no debe seguir expuesta a las reformas fáciles que, en medio de la irreflexión, pueden trastocar temas vitales de nuestra Constitución-esencia.<sup>11</sup>

#### IV. LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDACIONALES

En seguimiento a lo que hasta aquí hemos desarrollado, podemos afirmar que el entramado social tiene una fuerte vinculación con lo que se dice desde la Constitución. Para ilustrar esto, citamos lo siguiente: Temas esenciales como las condiciones y requisitos para ser considerados nacionales; cuestiones de fondo y forma que se deben atender para ser elegibles a los cargos de elección popular; reglas para el acceso a la administración pública; o asuntos de diferente cariz como los derechos humanos y el acceso a la justicia, la alimentación y la educación; los derechos de los menores; la equidad de género; todo esto se dice desde la Constitución.

La Constitución es, en muchos sentidos, origen, diseño y proyección del Estado; es, también, el *corpus* esencial, el punto de partida del ser y deber ser de la cosa pública; fuente de derechos humanos y sus garantías; trazo firme, definido para el porvenir. Esto es lo que representa la Constitución para el Estado y para el pueblo del Estado. Para el primero —que se hace visible en los gobernantes—, origen, fundamento de sus atribuciones y límite infranqueable; para los segundos, simplemente el cauce de sus derechos y garantías.

Sin embargo, la práctica cotidiana no expresa esto que debiera ser un asunto cotidiano e invariable. Por eso, hemos querido escudriñar sobre lo que hoy en día representa la Constitución para el pueblo y cuál es el alcance de “lo constitucional” en medio de la vorágine que representa la vida actual, pues como lo podemos constatar, las reformas al texto de la carta

---

<sup>11</sup> En el marco de estas cuestiones, vale la pena detenernos a reflexionar sobre “lo constitucional” de una reforma que es capaz de alterar algo tan esencial como el principio de “no reelección”. La reforma respectiva dio muestras de la avilantés del Congreso de la Unión, al modificar los artículos que regulan este asunto esencial para México.

magna pueden desvirtuar el sentido primigenio de las decisiones políticas fundacionales inscritas en el texto original de 1917.

En vía de ejemplo, podemos recordar algunas de las reformas constitucionales que en nuestra opinión han variado el sentido de diversas instituciones, a saber: la reforma que modificó la integración y número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según se dijo, para convertirla en un auténtico Tribunal Constitucional; la modificación que permite hoy la reelección (elección consecutiva) —cuando este fue uno de los principales detonantes de la Revolución de 1910—; la reforma que transformó al Instituto Federal Electoral (IFE) en Instituto Nacional Electoral (INE), con atribuciones para incidir en las decisiones de los ahora llamados Organismos Públicos Locales Electorales (OPLES); otra reforma, en materia procesal introdujo los juicios orales y las Salas de Audiencias al estilo anglosajón, cuando la impartición de justicia en México tiene necesidades más apremiantes como la capacitación a los jueces y la erradicación de la corrupción. Así como éstas, han sucedido otras reformas constitucionales que han cambiado la fisonomía primigenia de la nación mexicana. Todavía recordamos la absurda reforma de 1992 que pretendía reactivar el campo mexicano y que hoy, casi tres décadas después, sólo sirvió para empobrecer más a los campesinos y más todavía a los ejidatarios.

Con estos ejemplos, queda manifiesta la necesidad de redireccionar el sentido de nuestra carta magna y de sus contenidos esenciales; es apremiante e indispensable dar coherencia al entramado jurídico y constitucional de México que nos brinde el soporte normativo-fundamental para que nuestra vida humano-social se pueda vivir con la certidumbre asentada en la claridad de las decisiones políticas fundamentales, entre las cuales, el bienestar de los habitantes y la erradicación de la pobreza de casi la mitad de la población,<sup>12</sup> deben ser un asunto vital.

En esta ruta epistemológica, la recuperación del sentido primigenio de nuestra Constitución debe ser escudriñado desde la existencia de ciertas decisiones fundamentales —tal vez sea más correcto decir “fundacionales”— que desde los primeros ejercicios constituyentes empezaron a dar

---

<sup>12</sup> Según el Consejo Nacional de Evaluación de la política de Desarrollo Social (CO-NEVAL), en 2018 el 41.9% del total de población en México (52.4 millones de personas) estaban en situación de pobreza. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>. Consultado el 3 de enero de 2021.

a México su propia fisonomía. La nueva voz que aquí acuñamos pretende ser útil para distinguir las decisiones esenciales que nacieron con la Constitución, de las que el devenir y las transformaciones compelen a introducir en el texto constitucional. Como sabemos, Carpizo identificó siete decisiones políticas fundamentales en la carta magna de 1917 (derechos humanos, soberanía, división de poderes, sistema representativo, sistema federal, supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo).<sup>13</sup> Empero, transcurridos cien años de la promulgación del citado texto constitucional, nos preguntamos si a esas *decisiones políticas fundamentales/fundacionales*, podemos agregar otras de reciente formación.

Los ejercicios de orden hermenéutico que hemos llevado a cabo, nos indican que efectivamente, el ordenamiento mexicano ha tenido un desenvolvimiento relevante en los últimos años, a partir del cual, es posible señalar que el desarrollo constitucional por sí mismo, nos conduce a la identificación y manufactura de nuevas exigencias y nuevos modos de operación de lo estatal que conlleva la generación de nuevas decisiones fundamentales que se agregan a las que en este documento hemos llamado las *decisiones políticas fundacionales*.

En este orden de ideas, podemos sostener que, entre las tareas asignadas a los órganos constitucionales autónomos, es posible destacar algunas que constituyen “nuevas” decisiones políticas fundamentales; tal vez, el término correcto sea *nuevas tareas constitucionales de orden esencial* para México. Sin la necesidad de esgrimir un argumento mayor, podemos señalar que la transparencia y la rendición de cuentas forman parte de este nuevo catálogo de tareas fundamentales; asimismo, el control del poder y, al menos, la función electoral. Con esto, la trilogía funcional del poder, la clásica división de poderes resulta teóricamente imprecisa, inviable en términos pragmáticos y poco menos que inadecuada para el tiempo que vivimos. Como se puede derivar de esta afirmación, es patente la limitación del lenguaje que intenta identificar tres poderes, donde las funciones —particularmente las de orden vital— son más de tres e incluso de naturaleza dual o mixta (véanse los casos de las atribuciones interorgánicas y de carácter híbrido).

Ante lo palmario que esto resulta, la generación de nuevas realidades constitucionales nos apremia a su configuración normativa y a su deli-

---

<sup>13</sup> La explicación de estas decisiones políticas fundamentales se halla en la obra ya clásica de Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979.

neación en un lenguaje constitucional cercano, entendible y aprehensible. Aquí se pone de relieve la importancia del lenguaje que nos permite acercarnos a lo constitucional (al menos a partir del texto) y que la sociedad en general, y los operadores jurídicos en especial, deben atender con prestancia para hacer que la realidad pueda ser traducida, comprendida y vivenciada desde el texto fundamental. Sobre esta cuestión, así se ha expresado Jacobsohn: “Thus, while both principles and values are always contestable, the latter has a culturally determined meaning that provides it with a particularistic significance that effectively severs the idea of values from any universalistic claims” (2012, p. 785).<sup>14</sup>

A partir de estas consideraciones, no resulta arriesgado sostener que la vida humana y su sociedad cultural y política, deben tomar en cuenta las expresiones de reciente cuño para enriquecer el *desiderátum* de las nuevas decisiones fundamentales que en cada Estado tienen particularidades inconfundibles y le dotan de identidad y realidad constitucional.

Al respecto, ha dicho Haberle

La realidad, o más precisamente, la transformación de los contenidos normativos en la correspondiente realidad, es un tema que fascina a las Constituciones con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En la medida que la teoría del Estado ha descubierto su dimensión como “ciencia de la realidad”, sobre todo gracias a H. Heller, el constituyente manifiesta en sus textos que para él no es suficiente su normatividad “ideal”, sino que quiere una “normalidad social” conforme con la Constitución, una realidad efectiva de los derechos fundamentales (2018: 101 y 102).

En México, el control del poder (sus vicios) y sus vías de reproche penal, político y administrativo, la rendición de cuentas, la transparencia, la no reelección (a pesar del debate que suscita), el referéndum y su tipología, la libertad y sus límites, la seguridad (tarea inmanente del Estado) y otras cuestiones de similar envergadura, configuran hoy, las nuevas decisiones fundamentales que deben ser recogidas por el orden jurídico-constitucional para distinguirlas de las demás normas constitucionales (con mayor fuerza de las que son de tipo reglamentario).

---

<sup>14</sup> Nuestra traducción es la siguiente: “Por lo tanto, si bien tanto los principios como los valores son siempre discutibles, el último tiene un significado determinado culturalmente que le otorga un significado particular que efectivamente separa la idea de valores de cualquier pretensión universalista”.

*Ergo*, la cuestión se focaliza en la exploración sobre la posibilidad de que a las decisiones políticas fundamentales “de tipo fundacional”, se puedan agregar otras que van emergiendo o se van configurando de acuerdo con el desarrollo de la sociedad y a la propia dinámica del ejercicio del poder. Este tópico no es asunto menor, pues el carácter fundante de la norma constitucional nos llevaría a decir que no puede haber más decisiones políticas fundamentales que las inscritas en el texto primigenio, obra y resultado del acto constituyente originario del Estado. Por otro lado, está la idea de que la Constitución nunca es un producto acabado e inalterable, que la sociedad y sus nuevas necesidades y exigencias, requieren la permanente actualización del texto constitucional y, con ello, la concomitante actualización de sus conceptos esenciales. Esta es la cuestión teórica que subyace en la difícil determinación de la reforma constitucional como un proceso consustancial a la Constitución misma y la premisa que sostiene la naturaleza inalterable de las cláusulas pétreas de la carta magna.

## V. NUEVAS TAREAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como podemos advertir de lo hasta ahora dicho, los fenómenos de la actualidad han evidenciado la emergencia de manifestaciones humanas en las que subyace el reclamo por la igualdad, el respeto a la vida humana, la justicia y condiciones viables para el bienestar. Podemos afirmar que erradicar la pobreza, garantizar la seguridad, la vida, la salud de los habitantes y en general, asegurar los derechos humanos, representa el enorme reto que encuentra en la reforma constitucional y en los procesos *no* normativos, la ruta para su consecución. Desde luego, la reforma constitucional es el mecanismo que mayor certidumbre aporta a este proceso, aunque no estamos exentos del riesgo que significa que la mera modificación formal deje de lado algunas cuestiones de esencia constitucional. Como dijo De Vega

Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias bien se podría sostener que el Derecho Constitucional comienza a quedarse sin realidad constitucional. De esta suerte la tensión entre normatividad y realidad constitucional que fue el caballo de batalla a lo largo de toda la historia del constitucionalismo moderno, dejará de ser un problema, o se convertirá falsamente

en un problema resuelto, con la eliminación arbitraria de uno de los elementos objeto de la confrontación (1998, p. 31).

De acuerdo con esto, el alegato mayor del Estado constitucional tiene que ser a favor de la vida humana digna de ser vivida en el marco de estándares mínimos de satisfactores. El gran cometido de la vida institucional de nuestros días no puede ser otro que la vía constitucional eficaz permeable a los cambios, la apertura a la evolución y a la maduración social; si la Constitución/texto no sirve para esto, la Constitución/realidad seguirá abriendo brecha en el campo inmenso de la vida humana —impregnada de grandísimas necesidades— que la letra de la ley no puede satisfacer. Con ello, queda franca la alternativa de la exigencia social y constitucional abrupta, desorientada e ineficaz. Esta es, en suma, la razón esencial de todo lo que aquí hemos argumentado.

De este modo, podemos aseverar que la ausencia de mecanismos viables para atender esta necesidad de sincronía fáctico-normativa hace evidente la urgencia de contar con nuevos constructos que permitan no sólo la sincronía en términos cronológicos entre norma y realidad, sino mayormente el acompañamiento y el cobijo de la realidad desde el discurso normativo constitucional.

Aunada a esta cuestión de orden técnico, es innegable la necesidad de consolidar el Estado constitucional, fortalecer y convertir en asunto cotidiano los ejercicios democráticos; desde luego, garantizar el respeto a los derechos humanos. En este propósito de garantía de los derechos esenciales de los seres humanos, destacamos la relevancia de la apuesta por un sistema universal, uniforme de protección a los derechos. Desde esta visión cosmopolita, ahora resultan insuficientes las perspectivas sobre la impronta de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos y evidentemente implica un giro epistemológico en la manera de comprender y operar la justiciabilidad de los derechos humanos. “La defensa y argumentación de la existencia de normas constitucionales en el derecho internacional que integrarían una Constitución en sentido material debe analizarse como parte de un proceso de constitucionalización de la comunidad internacional” (Hernández, 2018, p. 84). De este modo, queda clara la necesidad de reforzar la identidad constitucional que se halla en las decisiones políticas fundacionales, redefiniendo su ingeniería a través de la inclusión de otras decisiones políticas fundamentales que soporten y proyecten al Estado con mayor estabilidad y fuerza en sus relaciones con otros Estados. Como dice

Rosenfeld: Constitutional identity depends not only on the constitutional model involved, but also on the type of constitution making that led to its adoption (2012, p. 766).<sup>15</sup>

Para el diseño del Estado constitucional con base en las realidades que hoy emergen con fuerza, debemos tener presente que no se puede defender una nueva concepción de lo constitucional si no se conoce el origen y las implicaciones sociales, culturales, económicas y políticas desde el acto constitucional fundacional (Flores, 2015, p. 7). Siguiendo esta idea, diremos que para evitar el distanciamiento entre el discurso normativo y la realidad, es oportuno el desarrollo teórico aquí propuesto, propicio para mostrar cómo el quehacer cotidiano de los habitantes, sus necesidades y aspiraciones en movimiento constante, deben ser valoradas por el orden constitucional para hacer que *lo constitucional* normativo sea fiel reflejo, continente e instrumento para la realización de las grandes tareas estatales focalizadas en los habitantes.

Como podemos ver, el orden normativo-constitucional tiene que advertir dos importantes momentos en la vida constitucional del Estado: El primero, atinente a los principios o decisiones políticas *fundacionales* (originarias) que se gestaron al mismo tiempo que la Constitución; el segundo momento, que concierne a los principios o decisiones políticas *fundamentales* (nuevas) que han evolucionado con la sociedad. En esta última perspectiva es donde hemos asentado nuestras inquietudes encaminadas a sostener que, desde la evolución política de México a cien años del nacimiento de la Constitución, existen otros principios jurídico-políticos, según los grados de madurez histórica y de conciencia democrática en el país. En este punto debemos ser sumamente cautos, pues la reforma puede trastocar las decisiones políticas fundacionales de México. Al respecto dice Schütze

For an amendment to something must, by definition, remain a non essential change that needs to respect the identity of the thing to be amended. The amendment power within a constitution should consequently never allow for fundamental changes to a state's fundamental law. A state ought thus not be able to legally transform itself from a republic to a monarchy (2019, p. 53).<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Nuestra traducción es la siguiente: “La identidad constitucional depende no solo del modelo constitucional involucrado, sino también del tipo de constitución que llevó a su adopción”.

<sup>16</sup> Nuestra traducción es la siguiente: “Porque una enmienda a algo debe, por definición, seguir siendo un cambio no esencial que necesita respetar la identidad de la cosa a

Desde el posicionamiento teórico asumido para el desarrollo de este trabajo, resulta vital alimentar los principios jurídico-políticos de *natura* constitucional, con base en el reconocimiento e incorporación constitucional de nuevas decisiones políticas fundamentales configuradas a partir del cumplimiento de reglas elementales, citadas apenas en modo enunciativo. En este sentido, creemos que nuestra construcción teórica tiene que atender dos grandes momentos; en primer lugar, las condiciones, las características o los supuestos a partir de los cuales es posible establecer que un fenómeno de la realidad que hoy se presenta ante nosotros tiene tal relevancia que debe ser considerado una cuestión de orden constitucional. Una vez definido esto, viene como segundo momento la exigencia de hacer que esa cuestión de reciente aparición y de manufactura inédita, pueda ser elevada a rango constitucional a través de su inclusión en el texto de la *norma normarum*, mediante el proceso formal de reforma que le permita “subirse” a ese entramado y entonces ser mirada como una cuestión de naturaleza constitucional.

En cuanto al primer momento, el *quid* de lo constitucional de carácter metanormativo (para poder decirlo en términos técnicos), tiene que hacer un ejercicio de interpretación para poder discernir con qué alcances la realidad que hoy vivimos y las manifestaciones fenoménicas de esa realidad pueden ser consideradas cuestiones de relevancia constitucional. En este sentido podemos anotar que para que un asunto cualquiera de la realidad cotidiana pueda ser tomado con la importancia que tienen las cuestiones constitucionales debe cumplir con al menos los siguientes criterios:

*Primero.* Debe tratarse de una manifestación de orden colectivo (de importancia grupal) que incluya a sectores amplios de la sociedad.

*Segundo.* Es necesario que la expresión fenoménica de referencia tenga repercusiones en el orden jurídico y una proyección de naturaleza fundamental que permitan referirnos a una cuestión que debe ser elevada a rango constitucional.

*Tercero.* Es imprescindible que las cuestiones aquí aludidas cumplan con la condición del mayor beneficio o del mayor impacto a favor de los habitantes. Esta es una característica que debe ser atendida plenamente para que las cuestiones demandadas por el entramado social en un momen-

---

ser enmendada. En consecuencia, el poder de enmienda dentro de una Constitución nunca debe permitir cambios fundamentales en la ley fundamental de un Estado. Por lo tanto, un Estado no debería poder transformarse legalmente de una república en una monarquía”.

to determinado puedan tener esa repercusión a favor de los derechos de los habitantes. En otras palabras, en la medida que esas exigencias o esas prácticas humano-sociales se den en beneficio de los habitantes, podrán convertirse no sólo en algo jurídico, sino, además, en una manifestación de orden esencial y, por lo tanto, de naturaleza constitucional.

*Cuarto.* Las expresiones a que nos referimos deben significar también una apuesta hacia el progreso y, en una visión prospectiva, las proyecciones que se hacen desde la actividad humano-social que se verifica en la vida cotidiana, deben abonar a la mejora de los preceptos constitucionales y al mayor desarrollo del orden constitucional de nuestro país.

Nos parece que estos elementos son básicos y pueden constituir el punto de partida para el argumento a favor de lo constitucional, de lo constitucional neonato, de lo constitucional reciente en el Estado mexicano. Estos son los puntos que podemos marcar para el desarrollo constitucional del Estado y la armonización y sintonía entre la realidad constitucional y la norma constitucional. Como dice Gorobets: “My central conclusion is that an image of the rule of law, its content and function depend on how a certain legal order generates the obligation to obey its norms and use them as guidance for action” (2020, p. 247).<sup>17</sup>

En la segunda cuestión, el proceso altamente técnico va a requerir que los nuevos fenómenos de orden constitucional sean redactados en el texto de la propia carta magna. Este proceso formal es la reforma constitucional. El reto mayúsculo en el plano normativo está identificado en la definición de estos nuevos elementos constitucionales para saber si alcanzan el rango de fundamentalidad y supremacía que los pueda incluir como nuevas decisiones políticas fundamentales en el texto de la Constitución. Así lo ha sostenido Alexy: “The mere fact that ideologies, illusions, and errors, too, can acquire social validity shows that social validity cannot be equated with justification or correctness” (2019, p. 40).<sup>18</sup>

En los ejemplos que hemos citado queda claro que las exigencias manifiestas por parte de los habitantes marcan una ruta que el orden jurídico no

---

<sup>17</sup> Nuestra traducción es la siguiente: Mi conclusión central es que una imagen del Estado de derecho, su contenido y función dependen de cómo un determinado orden jurídico genera la obligación de obedecer sus normas y utilizarlas como guía para la acción.

<sup>18</sup> Nuestra traducción es la siguiente: El mero hecho de que las ideologías, las ilusiones y los errores también puedan adquirir validez social muestra que la validez social no puede equipararse con justificación o corrección.

puede desatender ni desoír. Sin duda, el nivel de exigencia de los habitantes se ha incrementado; el descrédito lamentable que tienen algunas autoridades y que en general padece el poder público, nos ponen en alerta porque entonces, como lo dijimos en un principio, es necesario hacer esta revisión constitucional y poner nuestra Constitución “al día”; ponerla en la misma sintonía y al mismo ritmo que la sociedad va requiriendo cada día.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los procesos de orden social que influyen decisivamente en los contenidos del texto constitucional deben formar parte de la teoría constitucional capaz de arribar a la comprensión de los fenómenos de naturaleza constitucional para llevar a cabo el trabajo de concordancia entre lo que describen las letras de la Constitución como norma y el sentido de esos fenómenos que acontecen en la realidad humano-social.

La idea de que las expresiones de tipo factual deben ser ponderadas y, en su caso, subidas al texto constitucional, representa una de las expresiones primigenias de esta renovada comprensión de *lo constitucional* (que ni lejanamente se agota en el texto de la *lex legum*). El constitucionalismo de hoy debe avalar una conexión inmediata entre las expresiones esenciales de la realidad de nuestra vida colectiva —que algunos sectores de los habitantes hoy manifiestan más allá de la norma constitucional— y el texto normativo que invariablemente debe ser tenido como guía y medida de nuestro acervo constitucional.

Hoy, es inadmisibile que nuestra vida colectiva —que se abisma entre los desórdenes sociales (marchas, plantones, tomas de instalaciones gubernamentales) y las legítimas aspiraciones de los habitantes porque su vida tenga mejores posibilidades de bienestar y mayores expectativas de vivir a plenitud—, esté inexorablemente encasillada en la medida y posibilidades que la norma constitucional prescribe. Sin duda, la vida en más rica que la norma y la Constitución proyectada en esta dimensión normativa, debe plegarse a las aspiraciones que el pueblo formula como novedad, pero que, sin duda, germinaron desde hace tiempo más allá del texto constitucional.

Es tiempo ya de reconfigurar la tesis de las decisiones políticas fundamentales sin ambages ni mezquindades que les resten valor o relevancia a las neonatas expresiones de la vida humano-social, siempre agitada y

plena de posibilidades de creación. En nuestra concepción y a fuer de comprender esto como una aproximación incipiente y apenas germinal, es necesario desdoblar lo constitucional en dos órdenes: Por un lado, lo *constitucional nuclear* que se sitúa en el desiderátum vital de la carta magna, es decir, en las decisiones políticas fundamentales (las *fundacionales* y las de reciente manufactura) y, por otra parte, lo *constitucional tangencial* que se materializa en la gran cantidad de reglas y pormenores que nada tienen que hacer en el texto de la *lex legum*. Es hora de emprender esta gran reforma a favor de la comprensión científica, integral y refinada de lo constitucional, sacando al mismo tiempo de las letras de la Constitución-texto lo que la cotidianidad y la vida vertiginosa de nuestra sociedad, son capaces de modificar a cada hora y a cada golpe de timón de la irreflexión y las inercias.

## VII. FUENTES DE CONSULTA

- ALEXY, R. (2020). A Non-positivistic Concept of Constitutional Rights. *International Journal for the Semiotics of Law*, 33 (1), 35-46. Disponible en: <https://link.springer.com/journal/11196/volumes-and-issues/33-1>.
- ATILGAN, A. (2018). *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*. Germany: Springer, Max Planck Institut.
- CARPISO, J. (2011). Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana. *Revista Derecho del Estado*, 27, 7-21. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630238001>.
- DA SILVA, J. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DE VEGA, P. (1998). Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, 100, 13-56. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3310>.
- DEI VECCHI, D. (2017). “¿Profundización o caída del realismo jurídico como teoría descriptiva de normas?” *Isonomía*, 47, 9-38. Disponible en: <https://doi.org/10.5347/47.2017.45>.
- DÍAZ, F. J. (2009). *Valores superiores e interpretación constitucional*. México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

- FLORES, A. (2015). “El neoconstitucionalismo mexicano en materia de derechos humanos, verdad o ficción desde la teoría de Robert Alexy”, en FLORES, A., ELÓSEGUI, M. y URIBE, E. (coords.) *El Neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Homenaje en su 70 aniversario*. México: Porrúa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1988). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. España: Civitas.
- GOROBETS, K. (2020). “The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority”. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12 (2), 227-249. Disponible en: <https://link.springer.com/journal/40803/volumes-and-issues/12-2>.
- HABERLE, P. (2018), *El Estado constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HERNÁNDEZ, A. (2018). La constitución invisible de la comunidad internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 51-85. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/27408/22859>.
- HURTADO-CARDOZO, M. A. (2017). Crisis de la forma jurídica y el despertar antisistémico: una mirada desde el pluralismo jurídico de las Juntas de Buen Gobierno (JBG). *Iusta*, núm. 47, 19-33. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560360407005>.
- JACOBSON, G. (2012). Constitutional values and principles, ROSENFELD, M. y SAJÓ, A. (edits). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. United Kingdom: Oxford University Press.
- MADER, O. (2019). Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 133-170. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-018-00083-x>.
- MARONA, F. (2021). Hate in the time of coronavirus: exploring the impact of the COVID-19 pandemic on violent extremism and terrorism in the West. *Security Journal*. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1057/s41284-020-00274-y>.
- MELERO, M. (2019). La rigidez constitucional mínima como una forma débil del constitucionalismo. *Isonomía*, 51, 65-94. Disponible en: <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i51.172>.

- ROSENFELD, M. (2012). “Constitutional Identity”, ROSENFELD, M. y SAJÓ, A. (Edits). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. United Kingdom: Oxford University Press.
- SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M. (2011). “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73318918004>.
- SANT’ANA, A. (2010). Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas. *Derechos y Libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, 22, 241-260. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14570>.
- SCHMITT, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. España: Alianza editorial.
- SCHÜTZE, R. (2019). Constitutionalism(s), MASTERMAN, R. y SCHÜTZE, R. (edits.) *The Cambridge companion to Comparative Constitutional Law*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- URIBE, E. y DE PAZ, I. (2015). The Constitutional Permeability Principle: Guidelines towards a Constructive Constitutional Theory in Mexico. *International Journal of Humanities and Social Science*, 5 (6), 21-27.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Antinomia normativa: ponderación de derechos fundamentales en el contexto salvadoreño

### *Normative Antinomy: Weighting of fundamental rights in the salvadoran context*

Recepción: 11 de abril de 2021

Aceptación: 24 de mayo de 2021

Manuel ZOMETA\*

**RESUMEN:** El conflicto entre derechos fundamentales, o “antinomia normativa” es una forma jurídica que trata sobre la interferencia de un derecho sobre otro, tanto en las medidas de protección, consecución o en el ejercicio de un derecho. El presente estudio analiza la antinomia normativa derivada de la colisión entre el derecho a la libertad, en sus manifestaciones de libertad de tránsito y a no ser retenido en contra de la voluntad, en el contexto de las medidas decretadas por el Órgano Ejecutivo Salvadoreño para la protección del derecho a la salud pública durante la pandemia originada por el COVID-19; haciendo uso de la fórmula del peso, propuesta por Robert Alexy en el método de la ponderación y racionalidad de derechos fundamentales.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, Ponderación, libertad, salud, constitución, antinomia normativa.

**ABSTRACT:** *The conflict among fundamental rights, or “normative antinomy” is a legal form that deals on the interference of a right over another, either by protection means, obstacles on its achievement or in the exercise of a right. This study analyzes the normative antinomy derived from the collision between the right to freedom, through the scope on freedom to transit and not to be detained against the will, in the context of the measures decreed by the Salvadoran Executive on the protection of the right to public health during the pandemic caused by COVID-19; making use of the weight formula, proposed by Robert Alexy in the method of weighting and balancing of fundamental rights.*

**Keywords:** *Fundamental Rights, Balancing, Freedom, Health, Constitution, Normative Antinomy.*

---

\* Abogado y notario de la República de El Salvador, investigador de la Universidad de El Salvador, en temas de derecho constitucional y administrativo; maestro en la profesionalización de la docencia superior y candidato a doctor en educación superior. ORCID: 0000-0002-1825-4047. Correo: [manuel.zometa2@ues.edu.sv](mailto:manuel.zometa2@ues.edu.sv).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema de las restricciones a la libertad de tránsito en función de la protección del derecho a la salud pública*. III. *Ponderación y racionalidad de derechos fundamentales*. IV. *Los derechos fundamentales a la libertad y a la salud en el contexto salvadoreño*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad en sus manifestaciones de libertad de tránsito y a no ser retenido en contra de la voluntad o de manera ilegal y el derecho a la salud pública; son dos derechos fundamentales necesarios para la realización de las personas, para el desarrollo de la actividad económica, el trabajo etc. En tanto estos derechos se complementan, forman parte de una gran estructura constitucional necesaria para la vida en sociedad; en este sentido cabe hacerse las siguientes preguntas ¿Pueden estos dos derechos entrar en conflicto? ¿Qué sucede cuando estos derechos colisionan?

A la colisión o discordancia entre derechos, se le denomina, “antinomia normativa” es decir que dentro de la protección de dos o más derechos se puede incurrir en la afectación de otros derechos de igual jerarquía. Este fenómeno jurídico, puede ser abordado desde varios métodos científicos y epistemológicos, por lo que este estudio presenta una forma de resolver la antinomia normativa entre el derecho fundamental a la libertad y el derecho a la salud pública en El Salvador dentro del contexto de las medidas de protección adoptadas para prevenir el contagio por COVID-19.

El método utilizado, es la *fórmula del peso* propuesta por Robert Alexy, que es concebida desde el *iusracionalismo* aplicando la ponderación y racionalidad de derechos fundamentales (Alexy, 2009); los elementos valorados en el presente estudio corresponden al peso abstracto del derecho, al peso concreto del derecho, y a las premisas empíricas obtenidas de diferentes fuentes, dando como resultado un coeficiente que justifica la necesidad de satisfacer un derecho frente al que lo interfiere.

Así mismo, para la interpretación y estudio del texto normativo a ponderar se ha aplicado el método hermenéutico y para la identificación de axiomas legales, para la obtención del peso concreto, el método exegético.

## II. EL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA

Desde una perspectiva, iusfilosófica, el derecho es un concepto, estructurado de una forma lógica (Siches, 1963) por lo que visto desde la perspectiva teórica, los derechos fundamentales no suponen un conflicto en su concepción más pura, sin embargo, es la aplicación de medidas para la procuración y garantía de estos mismos derechos donde pueden encontrarse algunos puntos de colisión, que son a los que apunta en este estudio.

El artículo 4o. de la Constitución Salvadoreña establece en términos generales, el derecho a la libertad, mediante la proposición “Toda persona es libre en la república”. Posteriormente en los artículos 5o. y 7o. se definen las premisas específicas para la libertad ambulatoria o de tránsito y la libertad de reunión respectivamente; bajo estas premisas, toda persona es libre de permanecer, transitar y reunirse en la república “...salvo las limitaciones que la ley establezca”.

Una de estas limitaciones se encuentra en el artículo 29 que establece el régimen de excepción, por una serie de razones, dentro de las cuales se encuentra “...la catástrofe, epidemia u otra calamidad general...” la cual, explícitamente abre la posibilidad a que se suspendan, las garantías constitucionales establecidas en los artículos 5o., 6o. y 7o. El artículo 6o. está referido a la libertad de expresión, en vista que este artículo no se encuentra dentro de los alcances de esta investigación, no será abordado en este texto por no ser uno de los derechos considerados en conflicto.

Debido a la pandemia mundial provocada por el COVID-19, en El Salvador se promulgó la “Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la pandemia COVID-19 (Decreto Legislativo 594, 2020); Amparado en la protección del derecho a la salud pública consagrado en el artículo 65 inciso 1 de la Constitución; El artículo 3o. de esta ley establece que “la restricción a la libertad de tránsito será aplicada en casos específicos... mediante resolución fundamentada, ordenada por el Órgano Ejecutivo en el ramo de Salud o a la publicación del decreto ejecutivo correspondiente”.

En este sentido, se emite el Decreto Ejecutivo que contiene, las “Medidas Extraordinarias de Prevención y Contención para Declarar el Territorio Nacional como Zona Sujeta a Control Sanitario, a Fin de Contener la Pandemia COVID-19” (Decreto Ejecutivo 12, 2020); el artículo 1o. de

dicho decreto establece que en el cumplimiento de las medidas extraordinarias “...ninguna persona natural podrá circular ni reunirse en el territorio de la república...” salvo algunas excepciones descritas en el artículo 2o. del mismo decreto, acá destacan: las personas cuya necesidad de adquirir alimentos, productos farmacéuticos etcétera. Que deban trasladarse al mercado o súper mercados y aquellas personas que deben laborar en actividades específicas para contener la pandemia.

Estas medidas tienen una vigencia de 30 días a partir de su publicación en el *Diario Oficial*, en cumplimiento al artículo 30 de la Constitución, este decreto tuvo muy poca vigencia pues fue derogado por el Decreto Ejecutivo número catorce y posteriormente por el Decreto Ejecutivo número diecinueve (Decreto Ejecutivo 19, 2020) promulgados con el mismo nombre pero con algunas reformas que endurecían las medidas de restricción del tránsito a través de la denominada cuarentena domiciliar y la retención forzosa en centros de contención.

Si bien, los decretos antes mencionados, declaran al territorio nacional como zona sujeta a control sanitario, para argumentar la necesidad de las medidas de restricción y confinamiento, para garantizar el derecho a la salud pública del artículo 65 de la Constitución para combatir al COVID-19, ninguno de los decretos antes mencionados, establece un procedimiento a seguir, para hacer efectiva la detención y traslado de las personas a centros de contención, lo que ha acarreado el problema principal que se pretende abordar en este texto: la colisión entre el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la salud pública en razón de las restricciones de movilidad, libertad y el confinamiento obligatorio decretado por ley.

En atención al endurecimiento de las medidas de restricción de tránsito y de confinamiento, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitió resolución de *Habeas Corpus* número 148-2020 señalando la privación aparentemente ilegal de más de un centenar de personas a nivel nacional, para su remisión a centros de cuarentena, además de reiteradas denuncias ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos sobre personas que han sido detenidas por más de 30 días en dichos centros, incumpliendo *ipso facto* —según la sala— las disposiciones del inciso segundo del artículo 30 de la Constitución.

En su resolución, la Sala de lo Constitucional refiere a la jurisprudencia de la resolución HC445-2014 para fundamentar la dimensión objetiva del *Habeas Corpus* sobre la interpretación adecuada de los alcances de los derechos fundamentales en cuestión dentro del proceso, es decir que

ante la falta de interpretación o criterios para la aplicación de la ley, es la Sala la autoridad competente para determinarlos (Barbolla, 2012).

En este sentido, la Sala estableció una serie de “parámetros indispensables para que la persona pueda ser privada de su libertad en forma de confinamiento o internamiento sanitario forzoso” (Habeas Corpus 148, 2020), los cuales son:

1. Que la forma de internamiento forzoso debe estar establecida en una ley formal y no puede ser establecida de manera autónoma por el Órgano Ejecutivo.
2. El internamiento, no puede ser aplicado en ningún caso antes de que el decreto legislativo que la contenga sea promulgado, publicado y se encuentre vigente.
3. Los supuestos de aplicación o motivos para adoptar el confinamiento sanitario en contra de una persona deben ser claros y precisos de modo que no queden a discrecionalidad o arbitrariedad de las autoridades.
4. Los supuestos o motivos de internamiento sanitario deben ser interpretados de modo restrictivo,
5. El internamiento sanitario o la remisión a centros de contención, solo puede aplicarse cuando no exista un medio menos grave para lograr su finalidad.
6. El confinamiento sanitario debe contar con una justificación razonable e individualizada del caso.
7. Debe determinarse un procedimiento conforme el cual se permita verificar en cada caso y en la mayor medida posible que se han cumplido las condiciones legales para proceder a internar a una persona.
8. Debe regularse la posibilidad de control judicial ágil y expedito de la decisión de internamiento sanitario.

Finalmente, la resolución de la Sala de lo Constitucional, establece que ante la ausencia de una regulación legal que incluya los parámetros descritos, se deben cumplir con lo establecido en el artículo 136 del Código de Salud que establece la necesidad de comprobar que las personas detenidas para su traslado a centros de detención, albergan, diseminan (el virus) o han sido expuestas inequívocamente a contagio, aun cuando no muestren manifestaciones clínicas; además establece una medida cautelar dirigida

al Presidente de la República, autoridades de la Policía Nacional Civil y Fuerza Armada a abstenerse de realizar este tipo de detenciones.

La antinomia de derechos fundamentales en el contexto Salvadoreño entonces, existe en razón de las medidas de prevención de contagios por COVID-19 en donde, por un lado se tienen los decretos ejecutivos que justifican el confinamiento, retención y traslado a centros de contención, para proteger el derecho fundamental a la salud pública y por otro lado se tienen los parámetros establecidos por la Sala de lo constitucional para prevenir violaciones a la libertad de tránsito ya que la ausencia de procedimientos para la detención y remisión de personas a centros de retención desemboca en una violación al derecho fundamental a la libertad.

Este estudio pretende analizar dos circunstancias específicas del problema planteado, específicamente, sobre la colisión de derechos desde las perspectivas de las detenciones y remisiones a centros de contención.

### III. PONDERACIÓN Y RACIONALIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tradicionalmente estas antinomias normativas, no representan un problema cuando los derechos contenidos en ellas provienen de *corpus* legales de diferente jerarquía, cronología o especialidad, pero resulta muy difícil resolverlas cuando se tratan de dos derechos de igual procedencia normativa e igual jerarquía como lo son el derecho a la libertad y el derecho a la salud los cuales se encuentran en el nivel más alto de jerarquía normativa; la Constitución.

Alexy (2009) plantea que la forma tradicional y positivista de resolver este tipo de antinomias se realiza mediante el método “*subsuntivo*”, en donde el administrador de justicia pondera más el apego a la ley positiva, que a la razón, pues hace un abordaje de la antinomia desde una “*concepción formal de justicia*” partiendo de la aplicación de principios meramente “*formalistas*” y “*legalistas*” (Bobbio, 1965) expresados mediante la operación de los hechos bajo supuestos de una norma general abstracta preexistente, de modo que la solución jurídica deviene de una simple operación mecánica, que no implica más que un encuadre realizado con reglas básicas de la lógica deductiva y el seguimiento de un método inferencial de lógica proposicional con predicados deónticos (Alexy, 1993).

Desde una perspectiva positivista, la subsunción puede no ser un método muy efectivo para abordar la antinomia de derechos, debido a los criterios “formalistas” que se aplican (Bobbio, 1965) por lo tanto, el método para tratar la colisión de los derechos descritos en el apartado anterior es la “fórmula de la ponderación y la racionalidad de derechos fundamentales” propuesto por Robert Alexy (2009) también conocida como “la fórmula del peso”. La cual se fundamenta en criterios basados en el racionalismo jurídico, en contraposición al iuspositivismo que impregna el método subsuntivo.

La fórmula del peso surge de la ponderación y racionalidad de derechos fundamentales, de modo que el análisis para argumentar una solución a la antinomia normativa debe pasar por un “rigor de optimización” más que por una adecuación preposicional, pues al considerar los derechos fundamentales como principios y no como normas, cuando estos se contraponen, la operación racional necesaria para una resolución más justa, es la realización de una acción en la más alta medida de proporción a las posibilidades materiales y jurídicas que propone cada caso (Alexy, 1993).

Debido al alcance de este estudio, no se desarrolla lo relativo a la teoría de los derechos fundamentales, sino que se realiza una aplicación de la fórmula del peso al caso concreto de la antinomia entre el derecho a la libertad y a la salud pública en el contexto salvadoreño en razón de la crisis provocada por el COVID-19, como método para conocer el grado de afectación del derecho a la libertad en las manifestaciones planteadas frente a las medidas de protección a la salud pública.

### *Estructura de la fórmula del peso*

La fórmula del peso, propuesta por Robert Alexy (Alexy, 2002) enfatiza en que no se puede llegar a la solución específica de una controversia jurídica de colisión de derechos mediante la argumentación “formal” o la subsunción; a pesar que éstos son tomados en cuenta dentro de la fórmula del peso, el autor plantea que no son suficientes, porque no apuntan al *rigor de optimización*, por esta razón, la ponderación no depende de mera apreciación del juez o de su discreción, sino que exige la aplicación de una estructura racional, por lo que la fórmula se estructura del mismo modo que

un problema matemático, con una expresión de los elementos jurídicos en forma de cocientes, lo que Cíerico y Beade plantean así:

Ahora bien, es clara la objeción según la cual no se puede hablar de cocientes sino en presencia de números, y no se usan números en las ponderaciones que se ejercen en el derecho constitucional. La respuesta a esta objeción puede empezar por observar que el vocabulario lógico que usamos para expresar la estructura de la subsunción no se usa en el razonamiento judicial y, sin embargo, es el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Lo mismo sucede al expresar la estructura inferencial de los principios mediante números que sustituyan las variables de la Fórmula del Peso (Cíerico & Beade, 2011).

La fórmula del peso consta de tres elementos para cada derecho a ponderar, al primero se le denomina “peso concreto del derecho” en esta variable se describe el grado de interferencia que tiene el derecho ponderado frente a otro derecho que pueda impedir su realización.

Esta variable se expresa del siguiente modo:

$$\frac{IPiC(n)}{WPjC(n)}$$

Los posibles valores aplicables a esta variable, dependen del grado de interferencia de un derecho frente al que se pondera, estos grados son tres y a cada uno le corresponde un valor numérico, así, si el grado de interferencia es grave o intenso, se consigna el número 4; si el grado de interferencia es moderado o medio, el número que se consigna es 2 y si el nivel de interferencia es leve, se asigna el número 1.

Como ya se ha manifestado, la ponderación y el establecimiento de estos valores, no depende de meras valoraciones formales o discrecionales del juez; el peso concreto se mide mediante el contenido normativo del que se compone el derecho ponderado, es decir de aquellos elementos que determinan el alcance del derecho.

El segundo elemento se denomina: “el peso abstracto del derecho” y se expresa mediante la siguiente expresión:

$$\frac{GPiA(n)}{GPjA(n)}$$

Los valores de este elemento dependen del grado de importancia que tiene este derecho respecto del contexto y el momento en que surge la antinomia respecto de la necesidad de satisfacer el derecho frente a la interferencia que recibe, de modo que se deduzca la necesidad de interrumpir dicha interferencia. Los valores numéricos son los mismos que en el peso concreto, según los mismos grados.

El último elemento es la “*seguridad de las premisas empíricas*” expresado como:

$$\frac{SPiC(n)}{GPiA(n)}$$

A este elemento le corresponde una valoración racional de lo que materialmente se puede comprobar, y sus grados son: *Seguro* equivalente al número 1; *Plausible*, equivalente al número 0.5; o *Falso*, equivalente al número 0.25 según la seguridad que aporta la valoración de la prueba.

Cada valor se multiplica por el valor de la siguiente variable y se divide entre los valores del derecho que provocan la interferencia, para identificarlos se asigna (i) al derecho interferido y (j) al derecho en colisión.

La fórmula del peso entonces, se describe del siguiente modo:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Cabe aclarar que los valores del derecho en conflicto (j) no se deducen de manera inversamente proporcional al valor del derecho interferido (i) sino que la ponderación es individual dentro de cada variable.

#### IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD Y A LA SALUD EN EL CONTEXTO SALVADOREÑO

Planteados los elementos de la fórmula del peso, se procede a aplicar estos elementos al contexto de la antinomia normativa suscitada de la limitación al derecho fundamental de la libertad, en su manifestación de libertad de tránsito en sentido de no ser retenido en contra la voluntad a causa de la situación de emergencia por la pandemia causada por el COVID-19.

El derecho a la libertad, en los términos antes planteados se ve interferido por las medidas dispuestas por el Decreto Ejecutivo número diecinueve en el contexto del Estado de emergencia declarado por el Decreto Ejecutivo número 560, ya que a partir de la resolución de la Sala de lo Constitucional (Habeas Corpus 148, 2020) la falta de procedimiento para detener, transportar e ingresar personas a los centros de contención implica una interferencia muy alta al derecho de libertad de tránsito; mientras que en la proporción del derecho a la libertad frente al derecho a la salud pública, no existe interferencia, pues el tránsito de una persona *per se* no afecta la salud, sino el contacto entre personas infectadas según datos del Ministerio de Salud; por lo que la ponderación del peso concreto de ambos derechos se expresa del siguiente modo:

$$\frac{IPiC(4)}{WPjC(1)}$$

El peso abstracto del derecho, se calcula a partir de las premisas que permiten determinar la interferencia de un derecho sobre otro a partir de su presencia dentro de una escala simbólica, determinada por aquellos elementos morales o metafísicos y aquellas consideraciones de justicia objetivamente comprobables graduados en un coeficiente de “presencia” (Alexy, 2002).

Para el presente caso, se ha tomado en consideración, el comunicado número 093/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde exhorta al gobierno salvadoreño a respetar el derecho a la libertad y el cual ha sido tomado como base para la publicación de diferentes comunicados de otras organizaciones quienes se han pronunciado en contra de las detenciones, consideradas como ilegales o injustas, así como el confinamiento forzoso en los centros de contención; por otro lado, se valoran también, las opiniones a favor de las medidas y sus fundamentos científicos. Por este motivo, se considera que existe evidencia de la necesidad de ponderar la libertad de forma que se procure su realización o satisfacción (Alexy, 1993) por lo que el peso abstracto de ambos derechos se pondera del siguiente modo:

$$\frac{GPiA(4)}{GPjA(2)}$$

En cuanto a la seguridad de las premisas empíricas, se toma como base para este estudio las valoraciones que realiza la Sala de lo Constitucional (Habeas Corpus 148, 2020) respecto de la falta de evidencia, que permita verificar que las personas identificadas potencialmente para detención o confinamiento cumplen con las características establecidas en el artículo 136 del Código de Salud, que específicamente son: 1. Que se presentan manifestaciones clínicas de padecer una enfermedad, 2. Que albergan o diseminan gérmenes, 3. Que hayan sido expuestas a contagio (Decreto Legislativo 995, 1988).

Haciendo entonces la valoración de las premisas empíricas se ha encontrado, que no existen mecanismos que de manera inequívoca determinen cualquiera de los requisitos del artículo 136 del Código de Salud por lo que la ponderación frente al derecho a la libertad es seguro, mientras que la seguridad de las premisas empíricas que justifiquen la detención o confinamiento para proteger el derecho a la salud es inexistente, por lo que los coeficientes se expresan del siguiente modo:

$$\frac{SPiC(1)}{SPjC(0.25)}$$

De este modo, la fórmula del peso, del derecho a la libertad (GPi) frente al derecho a la Salud (GPj) se describe del siguiente modo:

$$GPi,jC = \frac{(IPiC 4 \times GPiA 2 \times SPiC 1)}{(WPjC 1 \times GPj 1 \times SPjC 0.25)} = \frac{16}{0.5}$$

## V. Conclusiones

La antinomia normativa, es un hito jurídico que, si bien puede ser estudiado desde sus consideraciones iuspositivistas, al mismo tiempo admite la aplicación de métodos iusracionalistas como la teoría de derechos fundamentales, específicamente desde la fórmula del peso (Alexy, 2009) (Alexy, 1993).

Desde esta perspectiva, la colisión de derechos fundamentales está dada por la interferencia del derecho a la salud a través de las medidas dadas a través de los decretos ejecutivos antes mencionados, los cuales limitan el

derecho a la libertad en sus manifestaciones de libertad de tránsito, y a no ser limitado en la movilidad a través del confinamiento forzoso.

Los resultados de la aplicación de la fórmula de Robert Alexy, establece para el caso en estudio un “peso” del derecho a la libertad y del derecho a la salud, equivalentes al coeficiente del peso abstracto, peso concreto del derecho y las premisas empíricas en que se apoya el método. Este resultado es entonces  $GPI_{jC} = 16 / 0.5$  lo que quiere decir que en razón del análisis racional antes planteado, es posible deducir la necesidad de satisfacer el derecho a la libertad, en sentido que las medidas tomadas en razón de la protección del derecho a la salud, no son proporcionales al grado de interferencia.

Dicha satisfacción proporcional del derecho a la libertad, no afecta al derecho a la salud, pues la proporcionalidad no está dada por una relación inversa, sino por una valoración individual de cada uno de sus elementos. Si se prefiere enunciar en valores numéricos esta variación entre el peso del derecho de a la libertad sería de 32 mientras que el peso del derecho a la salud es de 0.03125 que es el resultado de operar  $16/0.5$  y  $0.5/16$  respectivamente.

Para que la interferencia del derecho a la salud, frente al derecho a la libertad en las manifestaciones antes descritas disminuya (es decir que afecte en menor medida) en el caso concreto sería necesario establecer una serie de procedimientos que permitan establecer de manera inequívoca las condiciones del artículo 136 del código de salud (Decreto Legislativo 995, 1988) o los procedimientos propuestos en la resolución dictada por la Sala de lo Constitucional (Habeas Corpus 148, 2020).

## VI. REFERENCIAS

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*(66).
- ALEXY, R. (2009). Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 3-14.
- BARBOLLA, S. O. (2012). *El Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro* (4a. ed., vol. 801). Tirant lo blanch.

- BOBBIO, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- CIÉRICO, L., & BEADE, G. (2011). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia.
- Constitución de la Republica de El Salvador. (16 de diciembre de 1983). *Decreto numero 38*. San Salvador, El Salvador.
- Decreto Ejecutivo 12. (21 de Marzo de 2020). Medidas extraordinarias de prevención y contención para declarar el territorio nacional como zona sujeta a control sanitario, a fin de contener la pandemia COVID-19. Organó Legislativo.
- Decreto Ejecutivo 14. (2020). Medidas Extraordinarias de Prevención y Contención para Declarar el Territorio Nacional como Zona Sujeta a Control Sanitario, a Fin de Contener la Pandemia COVID-19. *Ramo de Salud*.
- Decreto Ejecutivo 19. (13 de abril de 2020). Medidas Extraordinarias de Prevención y Contención para Declarar el Territorio Nacional como Zona Sujeta a Control Sanitario, a Fin de Contener la Pandemia COVID-19. Organó Ejecutivo en el Ramo de Salud.
- Decreto Legislativo 594. (2020). *Ley de restricción temporal de derechos constitucionales concretos para atender la pandemia del COVID-19*.
- Decreto Legislativo 995. (1988). *Código de Salud* (vol. tomo 229). *Diario Oficial* núm. 86.
- DWORKIN, R. (1977). *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Mexico: Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- Habeas Corpus 148, 148-2020 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 8 de Abril de 2020).
- SICHES, L. R. (1963). *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México, Porrúa.



## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Sustitución constitucional en Colombia: límites de reforma al Poder Constituyente Derivado (Función Legislativa)

### *Constitutional substitution in Colombia: Reform limits to the Derivative Constituent Power (Legislative Function)*

Paulo Bernardo ARBOLEDA RAMÍREZ\*  
Milton César JIMÉNEZ RAMÍREZ\*\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se estudia el fenómeno jurídico de la sustitución de la constitución, el cual se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. En este orden de ideas, la sustitución de la constitución es una figura creada por la Corte Constitucional de Colombia mediante la sentencia C-551 de 2003. Así pues, el objetivo del trabajo se orienta a identificar el origen y desarrollo de la teoría de la sustitución de la constitución en la jurisprudencia constitucional.  
**Palabras clave:** Constitución Política de 1991, democracia, principios, sustitución constitucional.

**ABSTRACT:** In the present work, the legal phenomenon of constitution substitution is studied, which occurs when a defining element of the essence of the 1991 Constitution, instead of being modified, is replaced by an opposite or entirely different one. In this vein, the substitution of the constitution is a figure created by the Constitutional Court of Colombia through ruling C-551 of 2003. Thus, the objective of the work is aimed at identifying the origin and development of the theory of substitution of the constitution in constitutional jurisprudence.

**Keywords:** political constitution of 1991, democracy, principles, constitutional substitution.

---

\* Magíster en derecho por la Universidad de Medellín. Universidad Cooperativa de Colombia. Docente en la Universidad de Caldas. Colombia. Orcid: 0000-0002-9217-7203, Correo: [paulo.arboleda@ucaldas.edu.co](mailto:paulo.arboleda@ucaldas.edu.co).

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente en la Universidad de Caldas. Colombia. Orcid: 0000-0003-1149-4723. Correo electrónico: [milton.jimenez@ucaldas.edu.co](mailto:milton.jimenez@ucaldas.edu.co).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principio de la Supremacía Constitucional*. III. *Poder constituyente primario*. IV. *Desarrollo de la teoría de la sustitución constitucional en Colombia*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 implicó cambios estructurales y sustanciales al ordenamiento jurídico de Colombia. Antes de la expedición de esta Carta de Derechos estaba vigente la Constitución de 1886, que se caracterizaba por el marcado centralismo en el modelo de Estado, ya que consideraba a la ley como la norma jurídica de mayor importancia y centraba su atención en la estructura del poder; omitiendo una protección especial al ser humano. Esta constitución se enmarcaba en el constitucionalismo clásico creado por los revolucionarios burgueses norteamericanos desde 1776.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991 se implementaron importantes cambios, tales como la adopción del Estado social de derecho, la creación de la Corte Constitucional, la protección especial del ser humano mediante un catálogo de derechos fundamentales y la acción de tutela, entre otros. Esta constitución representó el inicio de un nuevo ordenamiento jurídico de contenido antropocéntrico, en donde la constitución dejó de ser considerada como un simple acuerdo político para consolidarse como la norma jurídica de mayor jerarquía, siendo su contenido el criterio de validez material de todo el ordenamiento jurídico.

En este contexto, se implementa en Colombia el nuevo derecho o neoconstitucionalismo, teoría jurídica que ha sido desarrollada a partir del trabajo jurisprudencial de la Corte Constitucional desde 1992 (Sentencia T-406 de 1992). En consecuencia, con el neoconstitucionalismo se generan cambios estructurales en el sistema de fuentes y en el quehacer judicial, en el que se hace evidente un marcado activismo, especialmente por parte de la jurisdicción constitucional mediante los sucesos de la constitucionalización y convencionalización del derecho, en los que todas las áreas del derecho tienen que fundamentarse en los preceptos constitucionales y en la normativa jurídica internacional sobre derechos humanos.

Así pues, en el neoconstitucionalismo, la Corte Constitucional ha realizado interpretaciones en sus sentencias sobre los artículos constitu-

cionales que establecen los mecanismos de reforma de la Constitución. Es así como esta alta corte ha desarrollado desde el 2003 la teoría de la sustitución constitucional para definir los límites de competencia del poder constituyente derivado —Función legislativa—; frente a la posibilidad de éste de cambiar ejes esenciales o contenidos axiológicos fundantes del ordenamiento jurídico colombiano. Tema constitucional que será analizado a continuación.

## II. PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, desde 1996, inició un trabajo jurisprudencial en torno a la reforma de la Constitución Política de 1991 (Sierra, 1998 y García-Atance, 2002) desde la comprensión del Principio de Supremacía Constitucional.<sup>1</sup> En tal sentido, la Corte Constitucional señala que el sistema normativo está jerarquizado para permitir unidad, coherencia y armonía entre las normas jurídicas, de manera que exista un orden axiológico y normativo. Entonces, la jerarquía de las normas jurídicas se configura en torno a la Constitución Política de 1991 en lo más alto del ordenamiento jurídico (C-037 de 2000).

De ahí la importancia del principio de supremacía constitucional que soporta a los principios esenciales de la constitución, entendiéndose por estos como aquellos fundamentos axiológicos inmodificables en un determinado ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la Corte Constitucional desarrolló la teoría de la sustitución de la constitución, la cual consiste en la existencia de principios inmodificables; esto con la finalidad de no permitir el cambio en la esencia de la constitución por parte del poder constituyente derivado —Congreso de la República—. Sobre este asunto, la alta corporación, en sentencia C-551 de 2003, manifestó que solo procede la sustitución de la Constitución por Asamblea Nacional Constituyente. Así pues, esta teoría examina la competencia, determinando que lo creado por el Constituyente Originario no pueda ser suprimido, limitado en exceso o sustituido, por el derivado (sentencia C-544 de 1992).

---

<sup>1</sup> Véase, Corte Constitucional de Colombia: (sentencias C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-1290 de 2001, C-207 de 2003, T-688 de 2003 y C-398 de 2006).

### III. PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO

La Constitución Política de Colombia de 1991 se deificó de tal manera que la concepción de Cartas de Batalla (Valencia, 2010) se dejó atrás hasta convertirse en un manual deontológico. La relatividad de la aplicación de sus cláusulas y la interpretación del Tribunal Constitucional matiza la reevaluación de las fuentes del derecho, al igual que las competencias que son asignadas desde el poder originario.

Dadas las cosas, la Constitución Política de Colombia es una Constitución rígida, en razón a quienes pueden instaurar el proceso de reforma: en primer lugar, el pueblo como poder constituyente primario mediante el especialísimo trámite de la designación de una Asamblea Nacional Constituyente (Ibáñez, 2002) y, en segundo lugar, el Congreso como poder constituyente derivado. Sobre el constituyente originario, es importante mencionar que la forma de gobierno democrática, en si misma genera o diseña lo que será la democracia del futuro (Touraine, 2000; Bobbio, 1985; 1992). De este modo, el poder constituyente originario, es un órgano de representación popular, organizado en forma de Asamblea Nacional, con la finalidad principal de crear una Constitución, entendida como máximo referente normativo y expresión de un pacto social de entendimiento mínimo, o civilidad. En tal sentido, se presupone que el órgano promotor de la constitución está política y jurídicamente legitimado, debido a su elección popular y por detentar un encargo relevante, como la creación de una constitución con cláusula democrática (Arboleda & Jiménez, 2016). En consecuencia, la Asamblea Constituyente es el momento de mayor expresión de la voluntad política (Schmitt, 2009), suficiente para fundamentar que se respete la norma constitucional y el proyecto social estipulado, especialmente el de la participación democrática (Arboleda & Jiménez, 2017).

Desde esta perspectiva, el Constituyente Primario (Lasalle, 2012) promueve la creación de una nueva constitución a la luz de ciertos eventos sociopolíticos que se observan al presentarse rupturas institucionales, o en la necesidad de adaptar la constitución a nuevos componentes sociales y políticos que obligan a fundar o modificar un ordenamiento jurídico, como el que se dio en el proceso de el constituyente que culminó con la Constitución de 1991; donde las circunstancias de orden público, la carencia de legitimidad del Estado y la casi irreformable Constitución de 1886 desencadenaron una fractura insostenible de las instituciones políticas de

la época, dejando como consecuencia una constitución incluyente, que incorporó principios esenciales y valores democráticos.

En este punto, la democracia se materializa en el principio democrático, el cual es transversal a todo el ordenamiento jurídico y, por ende, se constituye en el eje central de las dinámicas jurídicas y políticas de Colombia; por consiguiente, la carta de 1991 reafirma a los principios constitucionales como los pilares tanto del ordenamiento jurídico como del sistema político. Es importante mencionar que el principio democrático se refleja en los principios de igualdad y de libertad como configuradores del Parlamento, lugar en el cual se involucran en las actividades legislativas los principios mayoritarios, minoritario y de la publicidad como garantes del sistema político al permitir el pluralismo y la participación de todos los miembros de la sociedad en la toma de las decisiones trascendentales para el desarrollo viable del país (Palacios, 2005).

Ahora bien, frente al poder constituyente originario, se encuentra el poder constituyente derivado, el cual consiste en la facultad otorgada por parte de la Constitución a la función legislativa de reformarla mediante la expedición de actos legislativos. Asimismo, la Constitución también podrá ser reformada por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo, pero con delineamientos dados por la Corte Constitucional (Constitución Política, 1991, artículo 374).

Bajo este panorama, la Corte Constitucional expide la sentencia C-551 de 2003, mediante la cual estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003 —“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”—. Esta convocatoria a referendo fue realizada por el entonces presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez. En esta sentencia se interpretó que la expresión “podrá ser reformada” implica la imposibilidad de que la carta pueda ser sustituida o cambiada por otra, y estableció las diferencias entre reformar y sustituir la carta, indicando que el Congreso, en su poder de reforma, y el pueblo, en su facultad de decidir democráticamente la suerte de un referendo, carecen de la competencia para sustituir la constitución, pues su poder como órganos constituidos se limita a la potestad de reformarla.

En coherencia con los aspectos explicados, la Asamblea Constituyente limita la competencia del poder reformatorio del Congreso de la República cuando éste entra a modificar la Constitución de 1991; como resultado de lo anterior, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identi-

dad en su conjunto y desde su contenido material, a pesar de las numerosas reformas que se le realicen. En tal sentido, al Congreso de la República de Colombia le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente (Quinche, 2009). Además, tampoco puede este poder derivado sustituir la esencia de la Constitución mediante un cambio parcial que impida reconocer los elementos esenciales que definen a la Constitución misma. No obstante, el Congreso de la República puede reformar la Constitución dentro los límites (Ramírez, 2003; 2005; y, Hernández, 2005), para actualizar los contenidos constitucionales a las nuevas dinámicas y necesidades de la sociedad.

En suma, este límite de reforma de los elementos esenciales de la Constitución se enmarca en la teoría de la sustitución constitucional (Sentencia C-1040 de 2005).

#### IV. DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

En la Constitución Política de 1991 se encuentran contenidos tanto de carácter orgánico como normativos axiológicos que desarrollan diferentes tipos de derechos. Así las cosas, sin que al efecto se encuentren perfectamente determinadas por títulos o por capítulos, dentro del cuerpo normativo de la Carta Política se distinguen una parte orgánica y una parte dogmática; así mismo, también se distingue una Constitución en sentido jurídico-positivo y una Constitución en sentido lógico-jurídico.

La parte orgánica de la Constitución se refiere a las estructuras del Estado, al paso que la dogmática está referida a la filosofía política de este —principios, valores y derechos—. La Constitución, en sentido jurídico-positivo, lo constituye el articulado de la carta, mientras que la Constitución en sentido lógico-jurídico es la filosofía política contenida en dicho articulado, o si se quiere, el fenómeno constituyente del ordenamiento jurídico, la norma presupuesta o metajurídica.

Por consiguiente, la parte dogmática permitió el desarrollo de la filosofía política contenida en la carta de derechos; de este modo, la Constitución no es, ni se agota en un conjunto de normas jurídicas, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional: “...está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como

aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma” (Sentencia T-406 de 1992).

De lo anterior se sigue que siendo la Constitución *norma de normas* (artículo 4o. C.N.) su parte dogmática no solo permite que ninguna norma del restante ordenamiento jurídico se le pueda contraponer, sino que, además, tampoco permite que las figuras, instituciones y procedimientos previstos por ella sean interpretados por fuera de los postulados superiores contenidos en los principios y en los derechos fundamentales, de donde se concluye, entonces, que estos principios fundamentales y derechos fundamentales son la garantía de que ninguna disposición constitucional sea interpretada o aplicada contraviniendo el espíritu de la Carta Política, y menos, si de reforma a la misma se trata.

Sobre este poder de reforma se encuentra la Corte Constitucional de Colombia; entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución en los términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. En consecuencia, la Corte Constitucional, según el artículo 241, numeral 2, tiene entre sus funciones estudiar la constitucionalidad de las normas jurídicas solo por vicios de forma con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

Se entiende por este tipo de vicios aquellos que están constituidos por todas las anomalías en que se incurre durante el trámite o proceso legislativo, ya sea por la omisión o quebrantamiento de cualquiera de los requisitos impuestos por el orden jurídico al proceso de formación y aprobación de las leyes y actos legislativos, los que afectan su eficacia y validez. De acuerdo con esto, se puede decir que a la honorable Corte Constitucional le queda prohibido pronunciarse sobre el contenido material de la reforma.

Sin embargo, a partir de 2003, mediante la sentencia C-551, la Corte Constitucional empieza a ejercer un control oficioso sobre los vicios competenciales (Zuluaga, 2006), lo que se conoce con el nombre de “la teoría de la sustitución de la Constitución”; la que nace con el objetivo de crear límites competenciales a los actos reformativos de la carta magna. Pero ¿cuál es la diferencia entre reforma y sustitución de la Constitución Política? Se tiene entonces que, de acuerdo con los contenidos jurisprudenciales, reformar es la posibilidad de modificar aspectos de la Constitución Política sin que por esto pierda su estructura y esencia; mientras

que sustituir implica cambiar una Constitución Política por otra, donde se modifican aspectos esenciales o definitorios de ella.

De esta manera, mediante la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional estableció la teoría de la sustitución de la Constitución; teoría que es desarrollada en las sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, la C-242 de 2005, la C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-1056 de 2012, C-579 de 2013, C-577 de 2014, C-053 de 2016, C-261 de 2016, C-285 de 2016, C-230 de 2016, C-379 de 2016, C-094 de 2017, C-674 de 2017, C-020 de 2018, C-076 de 2018 y Sentencia C-245 de 2019..

Ahora bien, en la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional formaliza la tesis del control constitucional de los actos legislativos (norma jurídica especial de reforma a la Constitución, la cual es creada por la función legislativa) por la eventual presencia de vicios competenciales (Arboleda & Jiménez, 2020). Asimismo, en esta sentencia, la alta corte sentó los siguientes criterios en relación con la sustitución de la Constitución:

- a) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- b) En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de esta es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
- d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

A renglón seguido, la Corte Constitucional explica que en la realización de un juicio de sustitución, como primer paso, se debe observar si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; como segundo

paso, se debe analizar si ésta reforma reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente de 1991; y finalmente, la jurisdicción constitucional debe comparar el nuevo principio con el anterior, con la finalidad de verificar si éstos son opuestos o integralmente diferentes al contenido que resulten incompatibles o en directa contradicción.

Si bien es cierto que la “Teoría de la Sustitución Constitucional” había sido desarrollada desde el 2003 por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-551, solo hasta el 8 de septiembre de 2009 requirió de su aplicación a partir de la iniciativa de Fabio Echeverri Correa, asesor presidencial del segundo Gobierno Uribe, quien lideró la campaña reeleccionista en la que debía reformarse la Constitución Política de 1991. Es así como se promovió, vía referendo, la reelección a través de la Ley 1354 de 2009, que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-141 de 2010, debido a la presencia de vicios de forma y de competencia.

Para la Corte Constitucional proyectar su decisión en el año 2010, inicia su providencia recordando argumentos estructurales desarrollados en la sentencia C-551 de 2003 relacionados a la presencia tanto de vicios de forma como de competencia en el ejercicio de reforma a la Constitución de 1991 por parte del Congreso de la República. Entre los primeros argumentos frente a los aspectos de forma, la Corte Constitucional identifica el incumplimiento con lo señalado por el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (LEMP), sobre los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana; así como el incumplimiento de los topes globales e individuales de financiación. Por otra parte, frente a los vicios de forma, se constató que se iniciaron en el Congreso de la República los debates sobre la Ley del Referendo sin adjuntar la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil. De igual manera, sobre los vicios de forma se omitió la convocatoria a sesiones extraordinarias al Congreso de la República y a la plenaria de la Cámara de Representantes.

Frente a los vicios de competencia se encuentra la vulneración a los principios democráticos, igualdad de participación, separación de poderes, pluralismo político, alteración sistemática del sistema de pesos y contrapesos y la regla de alternación de periodos preestablecidos. Al respecto, se encuentra en la sentencia C-141 de 2010 que la Corte Constitucional argumenta que estos vicios no son irregularidades menores, constituyen-

dose un desconocimiento del Estado de Derecho, así como la violación sustancial a los principios constitucionales mencionados.

Dadas las cosas, se entiende por vicio de competencia cuando este se proyecta tanto sobre el contenido material como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos; ya que se requiere, para la validez de un acto jurídico expedido por una autoridad pública, que se realice el trámite señalado por el ordenamiento jurídico y que, además, la autoridad se encuentre facultada para dictar ciertos contenidos normativos —competencia—.

De esta forma, la Corte Constitucional, con base en el artículo 374 de la Constitución Política de 1991, decide sobre la exequibilidad de los actos modificatorios de la carta teniendo en cuenta los vicios de competencia,<sup>2</sup> ya que anteriormente solo juzgaba con base en los vicios de procedimiento en estricto sentido. En este orden de ideas, en la sentencia C-141 de 2010 la Corte Constitucional reitera que después de realizados los tres pasos del juicio de sustitución explicados anteriormente, es necesario “que se identifique claramente cuál es el aspecto medular o definitorio de la identidad de la Constitución; que se determine el alcance jurídico del acto que reforma la Constitución; y que se demuestre que en el caso concreto la modificación constitucional afecta dicho elemento esencial”. Por consiguiente, es pertinente para la Corte Constitucional, como garante de la integridad y supremacía de la Constitución, examinar la competencia del órgano creador del acto jurídico reformador, pues su carencia conlleva a la invalidez del acto mismo. En síntesis, el control de competencia es un control formal en sentido amplio, extendiéndose hacia el estudio de los límites competenciales del órgano legislador (sentencia C-551 de 2003).

## V. CONCLUSIONES

Cuando se estudia la Teoría de la Sustitución Constitucional en Colombia, se alude necesariamente a los límites de reforma que tiene el poder constituyente derivado (función legislativa), frente a la competencia o facultad para expedir actos jurídicos que sustituyan o reemplacen las ideas

---

<sup>2</sup> Para precisar estos aspectos es menester ahondar sobre el concepto “vicio de competencia”. Éste hace relación a aquel fenómeno por el cual un órgano facultado para reformar la constitución excede sus competencias, suprimiendo elementos esenciales de esta, lo cual está proscrito en el ordenamiento jurídico.

esenciales de la Constitución Política de 1991. De esta manera, la sentencia C-551 de 2003 fue el primer pronunciamiento en el cual la Corte Constitucional distinguió entre la potestad de reformar la Constitución y la de sustituirla, circunscribiéndola a la competencia; factor que se entiende como presupuesto de forma competencial —en sentido amplio— de los actos jurídicos, concepto identificado como la “Teoría de la Sustitución Constitucional”.

Esta teoría es desarrollada por la Corte Constitucional en numerosas sentencias con la finalidad de no permitir cambios en la esencia de la Constitución Política de 1991 por parte del poder de reforma que tiene la función legislativa o poder constituyente derivado. Así, el poder derivado no puede exceder su competencia, la cual se circunscribe única y exclusivamente a la potestad de enmendar la carta, pero no sustituirla. En otras palabras, este fenómeno se presenta cuando el legislador modifica, crea o suprime principios esenciales de la constitución, con el pretexto de reformarla; esta sustitución puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional.

Para finalizar, es importante mencionar que el juicio de “sustitución de la Constitución” está en desarrollo o en construcción, ya que la Corte Constitucional —a la fecha— solo ha fijado unas premisas sobre los límites competenciales al poder de reforma constitucional.

## VI. REFERENCIAS

- ARBOLEDA, P. & JIMÉNEZ, M. (2017). *La garantía judicial de la constitución*. Manizales: Universidad de Caldas.
- ARBOLEDA, P. & JIMÉNEZ, M. (2021). El control de constitucionalidad en episodios Acerca del control constitucional como límite al poder. En *La sustitución de la Constitución en Colombia: alcances y límites*. Manizales: Universidad de Caldas.
- ARBOLEDA, P. (2015). *Los partidos políticos en la Constitución de 1991*. Medellín: Fondo Editorial Funlam.
- ARBOLEDA, P., & JIMÉNEZ, M. (2016). Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la Constitución de 1991. *Revista Filosofía UIS*, 15(1), 19-46.

- BICKEL, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs Merrill.
- BOBBIO, N. (1985). ¿Podrá sobrevivir la democracia? En: GERMANI, G. (ed.), y ARRIOLI, E., (trad.). *Los límites de la democracia*. Buenos Aires, Argentina: Clacso.
- BOBBIO, N. (1992). *El futuro de la democracia*. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. (trad.). Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA-ATANCE, M. (2002). *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERNÁNDEZ, J. (2005). *Reformas constitucionales inconstitucionales*. Cali: Universidad Santiago de Cali.
- IBÁÑEZ, J. (2002). Las reformas a la Constitución Política. *Universitas*, 104, 111-117.
- LASALLE, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?* Madrid: Ariel.
- MICHEL, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs Merrill Co.
- PALACIOS, A. (2005). *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- POST, R & SIEGEL, R. (2013). *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- QUINCHE-RAMÍREZ, M. (2009). *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- RAMÍREZ, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RAMÍREZ, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCHMITT, C. (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.
- SIERRA, H. (1998). *La reforma de la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

TOURAINÉ, A. (2000). *¿Qué es la Democracia?* PONS, H. (trad.). México: Fondo de Cultura Económica.

VALENCIA, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

VANEGAS, P. (2008). *Estudios de derecho electoral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ZULUAGA, R. (2006). *El control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución*. Bogotá: Legis.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana

### *The right to free development of personality in the jurisprudential doctrine of the Mexican Court*

Víctor Manuel COLLÍ EK\*  
Freddy Martín PÉREZ INCLÁN\*\*

**RESUMEN:** El presente estudio analiza la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en relación con la justiciabilidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para ello expone en términos evolutivos como se ha ido gestando su defensa, usando como fenómeno de estudio los casos que han creado jurisprudencia. Como se observará, es un derecho novedoso en la doctrina jurisprudencial mexicana, ya que solo un caso precede a la importante reforma constitucional de derechos humanos de 2011, la que ha influido en su consolidación en cuatro rubros: Identidad sexual y de género. Estado Civil. Actividades lúdicas. Apariencia externa.

**ABSTRACT:** This study analyzes the jurisprudential doctrine of the Supreme Court of Justice of the Mexican Nation in relation to the justiciability of the right to free development of the personality. To do this, he exposes in evolutionary terms how his defense has been developing, using as a study phenomenon the cases that have created jurisprudence. As will be seen, it is a new right in Mexican jurisprudential doctrine, since only one case precedes the important constitutional reform of human rights of 2011, which has influenced its consolidation in four areas: Sexual and gender identity. Marital status. Playful activities. External appearance.

---

\* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, profesor investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche y líder del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Problemas Constitucionales <https://orcid.org/0000-0002-8524-6055>. Correo: [vimcolli@uacam.mx](mailto:vimcolli@uacam.mx).

\*\* Pasante de la licenciatura en Ciencias Políticas y Administración Pública de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Campeche. <https://orcid.org/0000-0002-9540-2840>

**Palabras clave:** derecho al libre desarrollo de la personalidad, Suprema Corte, justicia constitucional, identidad sexual y de género, estado civil, actividades lúdicas.

**Keywords:** *Right to free development of personality, Supreme Court, Constitutional justice, Sexual and gender identity, Marital status, Recreational activities.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Identidad sexual y de género.* III. *Estado civil.* IV. *Actividades lúdicas y recreativas.* V. *Apariencia externa frente a los demás.* VI. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es de reciente aparición jurisprudencial en el constitucionalismo mexicano. Como podremos ver, el primer asunto que generó jurisprudencia es el primero enlistado en el presente estudio y proviene del 2009. Los demás asuntos se decidieron una vez entrada en vigor la reforma constitucional del 2011, en materia de derechos humanos, lo que genera una dinámica de diálogo normativo-jurisprudencial muy particular en todos ellos.

Del análisis de los casos observaremos un comportamiento muy particular de la Corte en comparación con otros cuerpos doctrinales, como el del derecho a la consulta previa (Collí Ek, V. M. y Aguayo González, M., 2019), donde en sentido contrario, el avance de su doctrina se ha ido centrando en los contenidos constitucionales el umbral de defensa de dicho derecho. En el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad el camino es contrario.

A pesar de que los asuntos conocidos son relativamente pocos, podemos observar en la doctrina constitucional de la Corte, cómo este derecho tiene una capacidad amplia de aplicación en el respeto de la dignidad de las personas al reconocerle ser un derecho de las áreas residuales de la libertad y con ello permitir la defensa de diversas realidades.

En el estudio abordamos los asuntos que han generado tesis y jurisprudencias porque resultan ser los que han marcado caminos firmes de desenvolvimiento de la doctrina constitucional sobre la defensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En el presente análisis jurisprudencial observaremos cuatro tipos de libertades en la doctrina constitucional de la corte —los que dan estructura al trabajo— que podemos definir de la siguiente manera: de Identidad sexual y de género; de estado civil; de realizar actividades recreativas y lúdicas; y, finalmente, de apariencia externa frente a los demás.

## II. IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO

El primer asunto es el amparo directo en materia civil 6/2008, este asunto es particularmente interesante porque se resolvió antes de la famosa reforma de derechos humanos de 2011, que generó lo que la Suprema Corte ha llamado el parámetro de control de regularidad constitucional y que integra los estándares internacionales y estándares nacionales de derechos humanos.<sup>1</sup> En ese sentido, tenemos que, aunque la Constitución mexicana hace referencia a “el libre desarrollo de la personalidad” en su artículo 19 párrafo segundo, este no fue invocado para resolver el asunto; lo que llevó a la Corte a extraerlo de una interpretación a partir del concepto de dignidad, de libertad y de no discriminación que sí se encuentran reconocidos en la constitución, específicamente en su artículo 1o., al igual que trayendo las argumentaciones, los contenidos de los estándares internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es interesante ya que antes del 2011 no había esta obligación expresa en la constitución mexicana y, aun así, ya la Suprema Corte estaba generando el diálogo.

Sin embargo, es trascendental exponer que la justificación y el umbral de validación que la Corte ha usado sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad prácticamente no cambió en todos los asuntos analizados. Por lo que podemos afirmar que, en relación con este derecho, la Corte ha impulsado un diálogo normativo-jurisprudencial de sede nacional-internacional y, en ese sentido, respetuoso de los objetivos de la reforma del 2011.

En los hechos, este asunto trata de una persona que nació con características masculinas —tanto morfológicas, psicológicas y anímicas— pero que en el transcurso de su crecimiento va a ir cambiando estas características a femeninas; por ejemplo, a la edad de 12 años se le desarrolló

---

<sup>1</sup> Sobre las implicaciones y efectos de la reforma en derechos humanos de 2011, en especial mediante la intervención de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional mexicano véase, Collí Ek, V. M. (2019) *Modelo Judicial de Derechos Humanos en México. Surgimiento, evolución y perspectivas*. Porrúa.

ginecomastia y, más tarde, pseudo-hermafroditismo femenino, lo que la llevó a intervenir quirúrgicamente de mamoplastia y otros tratamientos hormonales. Finalmente, se le diagnosticó como transexual, teniendo un sentir y una actuación femenina dentro de la sociedad.

Entonces, ante esta nueva identidad, decidió solicitar una rectificación de acta de nacimiento por lo que acudió ante el juez del registro civil solicitándole básicamente tres cosas: cambio de nombre, cambio de sexo y solicitud de que no se expidiera o se publicara alguna constancia que revelara su identidad anterior. El juez decidió reconocer que era viable el hacer una anotación marginal en el acta originaria, pero que esto no implicaba cambio de filiación y que se le permitiera contraer matrimonio. En consecuencia, a la decisión del juez, la persona solicitó que se le explicara el significado de la falta de trascendencia en la filiación. Recurrió ante un tribunal de segunda instancia, el que después de analizar su solicitud no la declaró procedente y afirmó que efectivamente no hubo un cambio de filiación y que tampoco significaba que podía contraer matrimonio, lo que en sí no significaba una violación a sus derechos civiles. Ante ambas respuestas decidió promover el juicio de amparo, atraído por la Suprema Corte.

Nos encontramos en la primera fase donde la Corte reconoce que una persona es libre de manifestar su identidad sexual y de género, y esto debe estar protegido bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Tesis P.LXVI, 2009), porque este derecho está unido a la dignidad humana. Entonces la identidad sexual y de género —el cómo se presenta una persona frente a la sociedad en estas dos dimensiones— tienen que ver con el trato digno, con el respeto de su dignidad como persona.

En el término de lo concreto, de los hechos que se están analizando, ¿dónde se encuentra la relación? La Corte afirmó, que, efectivamente tiene que haber una rectificación del acta de nacimiento, pero para proteger la dignidad de la persona, para proteger la libertad que tiene de presentarse frente a la sociedad con la identidad sexual y de género que es más acorde con su sentir más íntimo, el acta de nacimiento originaria tiene que ser resguardada y a partir de ese momento todas las actas que se soliciten deben reflejar la nueva realidad de esta persona.

Aunque en los asuntos que proceden la Corte va a reconocer que los límites más puntuales del derecho al libre desarrollo de la personalidad responden a que no se afecten derechos de terceros y que no se afecte el orden público, en este asunto afirmó la Corte que en el caso concreto en estudio no se estaba afectando el orden público, ni derechos de terceros,

porque el no resguardo no significaba que no se pueda conocer en ninguna circunstancia la identidad anterior. Pero que, para poderla conocer, se necesitaría un mandamiento judicial o petición ministerial, o sea, un procedimiento hecho en forma para que con esto se salvaguarden posibles derechos que se pudieran estar afectando. De lo contrario, no sería posible y la persona se manifestaría frente a la sociedad mediante las actas de nacimiento que vaya solicitando con esta nueva realidad que tiene.

### III. ESTADO CIVIL

#### 1. *Divorcio sin causa*

El presente asunto (Amparo en Revisión 1819/2014), en los hechos, surge con una solicitud de divorcio en el estado de Coahuila de Zaragoza en donde su esquema civil —esquema de divorcio— se encuentra dentro de aquellos en los cuales no es necesario expresar una causa (Perseo, 2017), para que se pueda determinar, de acuerdo con lo que está contemplado en el artículo 582 del Código Procesal Civil local.

La solicitud fue notificada a la parte demandada y se le indicó que se había propuesto igualmente un convenio de separación. La parte demandada solicitó ser escuchada por el juez familiar, pero éste decidió determinar el divorcio sin causa. Ante la decisión del juez, la parte demandada interpuso un amparo directo. En el amparo lo que argumentó es que se le estaba violando su derecho de audiencia y el juez de amparo le dio la razón; esto originó que la parte demandante recurriera a la decisión de amparo, lo que generó que el asunto fuera atraído por la Suprema Corte.

¿Qué es lo que analizó la Corte en su decisión en cuanto al presente asunto? Se estudiaron las implicaciones del artículo 582 citado líneas arriba, bajo la interrogante de si la previsión del divorcio sin causa estaría violando los derechos del debido proceso o el derecho de audiencia. La Corte para resolver el asunto utilizó la prueba de proporcionalidad con las indagaciones inherentes a este. En primer lugar, se analizó si la determinación —el divorcio sin una causa— estaba violando los derechos señalados y si esta violación podía considerarse válida. Y ¿cómo resuelve la Corte estas interrogantes?, buscando el fin constitucionalmente. Este fin lo encontró en el entendido de que el divorcio sin causa está constituido para respetar la dignidad, la libertad y el derecho al libre desarrollo de la

personalidad, los cuales son fines reconocidos en el marco constitucional y en los estándares internacionales de los que México es parte. En tal razón, el divorcio sin causa como medida debe considerarse válido.

Lo anterior llevó a la segunda pregunta, sobre si la restricción es razonable y, en ese sentido, lo que se busca responder es si la medida restrictiva posee un nexo causal que lleve efectivamente a la protección del fin constitucionalmente válido. La decisión de la Corte es igualmente positiva, el divorcio sin causa al respetar la voluntad y decisión de la persona de pertenecer a un determinado estado civil —casado o divorciado— con ello respetando su dignidad, libertad y libre desarrollo de su personalidad, —una medida aparentemente restrictiva— es razonable.

Por último, en tercer lugar, analizó si la medida es proporcional; es decir, si existe una correspondencia entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. A ello igualmente la Corte hizo el parangón entre la restricción, el divorcio sin causa y la consecución o garantía que la voluntad y decisión de la persona se respete. En tal sentido, decide que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que ampara la voluntad y la acción de la persona, se está respetando; por tanto, la medida es proporcional en sentido estricto. (Tesis a. LIX, 2015)

Una vez que se determinó que el divorcio sin causa, como figura protectora del derecho al libre desarrollo de personalidad, es válido, se analizaron dos argumentos más.

Primero, el cónyuge al que le estaban pidiendo el divorcio argumentaba que la decisión tomada por el juez familiar no era recurrible y, por tanto, también estaba violando su derecho del debido proceso y su derecho de audiencia; a lo que la Corte le respondió, que no era así porque, teniendo como apuntalamiento la voluntad de la persona, no se le podría obligar mediante una decisión judicial en un recurso, a mantenerse casado, porque sería contrario a todo lo que ya había resuelto.

Segundo, va a analizar dos cosas, si el divorcio sin causa no es contrario a lo reconocido en el artículo cuarto constitucional que privilegia el interés superior del niño por privilegiar el interés del cónyuge. Aquí la Corte afirmó que el divorcio en sí mismo tiene una función declarativa y no constitutiva de derechos, no está en pugna con todas aquellas consecuencias que vienen en relación con el interés superior de la niñez, no existe relación con ello y esto porque hay una obligación por parte de la persona que va a solicitar el divorcio sin causa, de también proponer un convenio en el

que se aborden todas estas cuestiones; por ejemplo, la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, el derecho de convivencia, todo lo relativo a alimentos, la determinación de a quien corresponderá la posesión de bienes muebles inmuebles, la liquidación de la sociedad conyugal, si lo hubiere, la compensación para quién se dedicó al cuidado de los hijos o el trabajo del hogar, etc. Todo este tipo de cuestiones no se diluyen con la declaración del divorcio encausado, son dos efectos distintos; por un lado, la función declarativa del divorcio de causa y, por el otro, la función constitutiva que viene del estudio del convenio propuesto.

## 2. *Divorcio con causa*

Este asunto se enmarca en la Contradicción de Tesis 73/2014, donde se analizaron las legislaciones locales de Veracruz y de Morelos que requerían la acreditación de causales para poder divorciarse cuando no existe mutuo consentimiento.

En la resolución, la Corte va a relacionar esto con el concepto de familia —al hacer esto generó un diálogo jurisprudencial con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras cortes de derechos humanos—<sup>2</sup> y afirmó que el constitucionalismo mexicano no contempla un solo modelo de familia, no hay una restricción a entender, por lo que la Corte define como el modelo tradicional. En ese sentido, al aceptarse que existen diversas maneras en que los seres humanos en México conviven y estrechan lazos familiares, entonces va a afirmar que la necesidad de establecer una causa para terminar un divorcio es algo contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque todas estas causas exigibles para hacer procedente el divorcio, están ligadas a la idea de un modelo tradicional de familia.<sup>3</sup> En consecuencia, igualmente influye sobre otros

---

<sup>2</sup> Sobre este tema véase Von Bogdandy, A. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Plank Institute. Igualmente, interesante es el análisis de las implicaciones del *Ius Constitutionale Commune* en un modelo juricentrista que hace Alterio, Micaela. (2018) “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, vol. 20, pp. 1-21. Disponible en: <http://qellqasqa.com.ar/ojs/index.php/estudios/article/view/247>.

<sup>3</sup> Del asunto surgió la siguiente Jurisprudencia: Tesis 1a./J. 28/2015 (2015) “DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITA-

elementos dentro del juicio de divorcio, cómo el hecho de que no se puede señalar un cónyuge culpable; al igual que existe una relación muy particular con otras instituciones civiles como, por ejemplo: los alimentos, la indemnización, la guardia y custodia de los hijos, donaciones e impedimentos para contraer matrimonio.

### 3. *Concubinato*

En los hechos, el amparo directo en revisión 3319/2016, implicó a una persona a quien se le estaban solicitando alimentos, a partir de la existencia de una relación de concubinato, y de acuerdo con el Código Civil de la Ciudad de México, para poder determinar los alimentos. debía existir un tiempo fatal —un año— para que la persona pudiera pedirlos; por lo que era importante determinar el momento en el que la relación de concubinato terminó.

En tal sentido la Corte va a analizar tanto la legislación, pero principalmente la interpretación que los jueces inferiores habían hecho sobre ella, porque la conclusión a la que había llegado fue que, para poder determinar la fecha de terminación del concubinato, era necesaria una declaración judicial. (Barajas, A., 2017). Esta interpretación, la Corte la declaró incorrecta porque a diferencia del matrimonio —en el que hay un contrato formal— en el concubinato una persona entra a la relación por su propia voluntad —no existe una formalidad como en el caso del matrimonio— entonces, al no empezar con una formalidad jurídica, tampoco debía de terminar con una formalidad jurídica, afirmó la Corte. Se trata entonces de no darle una formalidad rígida a algo que no inició de esa manera, ni que tampoco está en la naturaleza de dicha institución.

Posteriormente, la Corte desarrolló una prueba de proporcionalidad. En primer lugar, analizó la existencia de un fin válido en la exigencia de la declaración judicial, a lo que se resolvió que sí lo era, porque otorga seguridad jurídica a las partes. En segundo lugar, se estudió si la medida era idónea, afirmándose igualmente la existencia de una declaración judicial, para determinar el momento final del concubinato, efectivamente ofrecía

---

CIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).” En *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009591>.

esta seguridad y la hacía idónea. En tercer lugar, la proporcionalidad de la medida; a lo que la Corte afirmó que no lo era porque puede haber otros medios de prueba que ofrezcan certidumbre sobre el momento en el cual se termine el concubinato como, por ejemplo, afirmaciones de las partes, testigos, confesiones; toda una serie de pruebas que pueden sustituir a la formalidad de la declaración judicial. En ese sentido, al determinar la exigencia de una declaración judicial cuando pueden existir otros medios idóneos, está obligando a las partes a permanecer en una relación de concubinato junto con sus consecuencias y, por tanto, resulta contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad.<sup>4</sup>

#### 4. *Prohibición de casarse*

El tercer asunto es amparo directo en revisión 1439/2016. En este caso se solicitó un divorcio, acreditándose la causa del divorcio, y se determinó un cónyuge culpable.

Ya hemos visto en los asuntos anteriores que la Corte afirmó, primero, que no es necesario para decretar el divorcio la acreditación de causas; segundo, la consecuencia del divorcio sin causa y su validez para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad es que no debe existir un cónyuge culpable y, por tanto, la consecuencia de la existencia de un cónyuge culpable es que, éste como culpable, va a tener una prohibición de casarse en un tiempo determinado<sup>5</sup> —en este caso eran dos años—.

La Corte analizó esta prohibición para determinar si es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la conclusión es que, efectivamente lo es. Para su razonamiento trajo a este asunto toda la interpretación que había hecho en los casos anteriores, para afirmar que el derecho

---

<sup>4</sup> Véase: Tesis 1a. XXXI/2018 (10a.). 2018. “CONCUBINATO. LA EXIGENCIA DE UNA DECLARACIÓN JUDICIAL PARA TENERLO POR CONCLUIDO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN EXCESIVA AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.” En *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Disponible en: [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016483\\_](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016483_)

<sup>5</sup> Es importante indicar que el Pleno de la Corte el día 18 de junio de 2020 resolvió un tema parecido del Código Civil del Estado de Jalisco donde la prohibición era de un año, lo que se declaró igualmente contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto en Acción de Inconstitucionalidad 113/2018 en: disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=248590>. Aunque la sentencia al día 6 de octubre de 2020 aún no se ha hecho pública.

al libre desarrollo de la personalidad protege la libertad de las personas y, para encontrarse en un estado civil determinado. En ese sentido, el caso supone la figura del divorcio con causa, igualmente la figura del cónyuge culpable y también la negación de la decisión de la persona de poderse casar o no en el momento que lo considere adecuado. Es así como la Corte afirma que existe una violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.<sup>6</sup>

#### IV. ACTIVIDADES LÚDICAS Y RECREATIVAS

En este apartado vamos a analizar dos asuntos, el amparo en revisión 237/2014 y el amparo en revisión 547/2018. Estos dos asuntos tienen el común denominador que tratan sobre el consumo de marihuana y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Silva Mora, K., 2015)

En estos asuntos la Corte va a analizar la libertad que tiene una persona para dedicarse a las actividades recreativas y lúdicas que considere más adecuadas. Los hechos fueron los siguientes: un grupo de personas o una asociación civil, dependiendo del caso, acudieron a la Cofepris para solicitar que se les dé permiso para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar en el primer caso, y en el segundo caso, además de todo esto, importar y adquirir la semilla.

Como se puede ver, y lo indicamos líneas arriba, en este caso lo que se contrastó es el derecho al libre desarrollo de la personalidad bajo el esquema de la libertad que tiene una persona para dedicarse a las actividades recreativas y lúdicas que considere adecuadas frente a la normativa de salud y su aplicación administrativa que impone un esquema de prohibiciones-administraciones absolutas; lo que lleva a la Cofepris a la negación del permiso solicitado a ambas partes, tanto al grupo de personas, como a la asociación civil. Ante esta negativa, ambas partes acudieron a los tribunales inferiores y llegaron hasta la Suprema Corte.

---

<sup>6</sup> Tal y como lo indicó en la tesis resultante de este asunto: Tesis 1a. CXXVII/2018 (10a.). 2018. "DIVORCIO. EL ARTÍCULO 343, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD." En *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017991>

Al analizar, la Corte dijo, primeramente, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad que no se encuentra cubierta por otras libertades públicas” —esto es, que no está específicamente protegida por un derecho más puntual— pero que aún se entiende esta área como esencial y valiosa para la autonomía de la persona. (Tesis 1a./J 5/2019 (10a), 2019). Entendido así, este derecho igualmente tiene un contenido *prima facie*, esto es, un contenido que significa que es un derecho que no debe ser restringido y que alguna restricción administrativa o alguna decisión normativa, tiene que pasar una prueba de proporcionalidad para que al final se pueda determinar si la restricción es válida o no.

Al analizar el caso bajo la prueba de proporcionalidad se desarrolló lo siguiente; primero, si hay un fin válido —encontrando este fin en la protección de la salud personal, social y el orden público—<sup>7</sup> pero específica que este fin no debe de considerarse hoy dentro de un esquema de fines perfeccionistas, esto es, que se siga una regla moral única, unidimensional, sino que permita el observar a la sociedad y permita observar las diferentes identidades sociales, al igual que personales.

Segundo, si las medidas son idóneas, y concluye que lo son, porque buscan la protección de la salud personal, social y el orden público, el consumo de marihuana sí genera daños, pero no hay un riesgo importante para la salud, genera consecuencias sociales menos severas que otras sustancias y la incidencia es muy baja en el consumo de sustancias más riesgosas, además que es especulativo el afirmar que su consumo puede estar relacionado de manera inminente con la comisión de otros delitos. Entonces la Corte encuentra idoneidad, sin embargo, se puede observar que va a decantándose por una relación de idoneidad de muy baja incidencia.

Tercero, sobre si es la medida más adecuada. Aquí la Corte hizo un estudio comparativo de cómo el esquema mexicano reacciona frente a otras sustancias como el tabaco o el alcohol, de donde dedujo que la prohibición absoluta aparece muy severa, porque las otras sustancias no están prohibidas absolutamente, sino que hay todo un esquema de prohibiciones más particulares que persiguen fines más puntuales y que quizá pudieran

---

<sup>7</sup> Límites que dejó claros en su interpretación: Tesis 1a./J. 6/2019 (10a.), 2009, “DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.” *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359>.

ser aplicables para el tema de la marihuana. En consecuencia, afirmó la Corte, que puede haber medidas alternativas, como, por ejemplo: limitar los lugares de consumo, establecer la prohibición de conducir vehículos, manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia, la prohibición de la publicitación del producto y la restricción a la edad de quienes la pueden consumir. Aunado a lo anterior, se pueden establecer políticas educativas y de salud; todas las anteriores son medidas menos restrictivas y más idóneas.

Por último, se analizó si la medida es proporcional en sentido estricto y definió que no lo es, porque se pueden tomar medidas menos severas a la prohibición absoluta y dado que se ha comprobado que —a partir de una serie de estudios expuestos en la sentencia sobre los efectos personales, los efectos sociales, los efectos a la salud social y al orden público del consumo de la marihuana— no hay realmente una afectación grave y que permite poder hacer una conjunción entre esto y el soporte de la libertad de una persona para que se puede dedicar a las actividades recreativas y lúdicas que consideren más adecuadas.

Entonces, en ese sentido, siempre y cuando se siga el camino de la petición del grupo de personas o de la asociación civil para que se les permita la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, transporte y adquisición de la semilla para consumo personal, todo esto debe estar protegido dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como se indicaba en párrafos anteriores, la diferencia entre el primer asunto y el segundo es que en el segundo se anexa el concepto de adquisición de la semilla y también el de importación, pero esto último no fue analizado por la Corte ya que, afirmó, no fue debidamente expresado en la demanda.

En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en esta dimensión está relacionado con la protección de la libertad de una persona de dedicarse a las actividades lúdicas y recreativas que consideren más adecuadas siempre y cuando estas actividades recreativas y lúdicas, no tengan efectos nocivos importantes para la salud personal, social y orden público. (Tesis 1a./J. 4/2019 (10a.), 2019). El consumo de la marihuana para estos efectos personales no tiene mayor impacto y, por lo tanto, debe estar protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

## V. APARIENCIA EXTERNA FRENTE A LOS DEMÁS

Este último asunto es particularmente interesante porque presenta elementos que lo distinguen de todos los anteriores (Carbonell, M., 2020). En primer lugar, porque la controversia se va a dar no frente a un acto de autoridad, sino que están en pugna los derechos entre dos particulares. En segundo lugar, porque se trata de la segunda ocasión en que la Suprema Corte va a entrar a analizar el efecto que tienen en la democracia y en el constitucionalismo mexicano los discursos de odio.

El caso es el amparo directo en revisión 4865/2018. En los hechos hay una persona que fue contratada en un negocio para realizar una tarea administrativa, pero cuando acudió el primer día a su trabajo, el director, que también es el dueño del negocio, observó que tenía un tatuaje atrás de la oreja y este tatuaje era una cruz gamada, una esvástica —o una suástica—. Dado que el negocio está integrado por personas de origen judío y la cruz gamada tiene una significación particular para esta comunidad, el director le pidió a esta persona que se cubriera el tatuaje o que se lo retirara, a lo que no accedió. Después de hacer la primera petición, el director decidió despedir a la persona dándole su respectiva indemnización. La persona despedida decidió acudir a los tribunales argumentando que había sido discriminada porque el tatuaje era parte de su personalidad y por tanto no debía de ser despedido por portarlo.

Al resolver, la Corte va a poner el énfasis en el acto de los particulares, a pesar de tratarse de un amparo, esto es, va a ponderar, por un lado, la afectación al individuo que porta el tatuaje y, por el otro, la acción tomada por el director del negocio, al tratar de proteger su derecho a no ser sujeto de un discurso de odio.

Encontramos en la resolución dos dimensiones de análisis: la dimensión general y la dimensión concreta.

En la dimensión general señaló la Corte que primero debemos observar el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, y por el otro lado, tenemos que observar la relación entre el derecho a la libertad de expresión de una persona; derecho que debe ser entendido como el que protege a la persona para poder expresarse en el ámbito público —cuestión que en este momento no es lo que está siendo analizado— y también el derecho que tiene una persona de manifestarse en el ámbito privado, en su

intimidad, sus propias inquietudes, su manera de ver el mundo y la vida; igualmente el cómo se muestra frente a la sociedad y, en ese sentido, la trascendencia de su apariencia física, lo que lleva al tema de los tatuajes —que cultural e históricamente han sido parte de nuestra sociedad como manifestaciones de la individualidad de diferentes pueblos—. En tal sentido, la Corte afirmó que la portación de tatuajes es una forma de expresión de la persona, por lo que tiene efectos en su relación con otras personas particulares. Igualmente se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que está relacionado con la parte en la cual un individuo manifiesta sus inquietudes, su manera de ver el mundo y la vida, todo lo que es en el transcurso del tiempo, y lo que es en un momento determinado, por lo que debe estar protegido de cualquier intervención arbitraria, pero siempre y cuando no dañe los derechos de terceros o el orden público.<sup>8</sup>

Por el otro lado, dijo la Corte, se encuentra el derecho a no ser discriminado, y, en este caso, la vertiente del respeto a la moral, la vida privada, los derechos de terceros, el discurso de odio, la provocación del delito y el orden público. Aquí lo que se analizó es particularmente la relación existente entre una manifestación histórica y cultural de la cruz esvástica y un grupo social muy particular, como son los judíos. En lo particular la cruz esvástica está ligada con discursos de odio e incitación al odio hacia este grupo social. La Corte afirmó que, aunque el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión manifestadas a través de los tatuajes deben estar protegidos, no lo pueden estar cuando se encuentran en esta relación particular, de esta lectura histórica y cultural de la cruz esvástica frente al pueblo judío, que se traduce en lenguajes de odio e incitación al odio. Relación que se manifestó más abiertamente cuando se le preguntó a la persona que porta el tatuaje si conocía la significación del tatuaje y respondió que sí lo hacía.

Entonces, en el terreno de lo general, hay dos con consecuencias dijo la Corte. Por un lado, el que una persona porte tatuajes es un elemento que está protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando este tatuaje, como manifestación de las inquietudes de la forma de ser y presentarse de una persona frente a los demás, no esté afec-

---

<sup>8</sup> Resumido en su interpretación jurisprudencial: Tesis 1a. CXX/2019 (10a.), 2019, “TATUAJES. SU USO ESTÁ PROTEGIDO, POR REGLA GENERAL, POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.” *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021265>.

tando derechos de otras personas o estén afectando el orden público, se encuentra protegido. Pero en el momento en el cual existe una afectación, el derecho puede ser restringido como en el caso concreto.

Por tal motivo, cuando entra a analizar la Corte el caso, se da cuenta que el acto de la empresa, al primero solicitarle que se tape o se quite el tatuaje y, segundo que, ante la negativa de esta persona, el despedirlo con una indemnización, es una medida que en todo momento se entiende como legal, porque la finalidad de la medida es proteger la dignidad de las personas que trabajan en ese negocio —de ascendencia judía— y que la medida es necesaria y proporcional.

## VI. CONCLUSIONES

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es de reciente reconocimiento en la doctrina constitucional de la Suprema Corte mexicana. Como podemos ver, sólo uno de los asuntos analizados se dio previo a la reforma del 2011 en derechos humanos. No deja de llamar la atención que en ninguno de los asuntos analizados se observa una referencia directa al artículo 19 constitucional como fuente del derecho al libre desarrollo de la personalidad —aunque la mayoría de la doctrina subraya que el reconocimiento de tal artículo constitucional se encuentra enmarcado exclusivamente en el ámbito penal— sino se hace en una interpretación que hace un diálogo jurisprudencial entre la constitución y los tratados internacionales. Esto hace particular y diferente a este cuerpo doctrinal de interpretación en relación, por ejemplo, con el derecho a la consulta previa que sigue un derrotero opuesto.

En todos los casos se une el derecho al libre desarrollo de la personalidad con el respeto de la dignidad humana y se reconocen como límites a este derecho los derechos de terceros y el orden público y, tal como podemos observar en los casos, se utiliza el juicio de proporcionalidad para verificar si una medida determinada es válida o no. En tal sentido, en cada caso se verifica en diversas etapas del juicio si esa medida en concreto debía sobrevivir.

Dos elementos que surgirán abiertamente en los casos más recientes son, en primer lugar, el carácter residual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el amplio sentido de que protegen esas dimensiones de la libertad que no están protegidos específicamente por otros derechos

humanos más puntuales, lo que genera una potencialidad importante a este derecho; y segundo, el contenido *prima facie* del derecho que hace necesario superar el test de proporcionalidad para determinar si una medida, que potencialmente lo estuviera afectando, se podría considerar válida.

## VII. REFERENCIAS

- ALTERIO, M. (2018). “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20, 1-21, <http://qellqasqa.com.ar/ojs/index.php/estudios/article/view/247>.
- BARAJAS, A. (2017). “Descarta Corte requisito en concubinato”. *Diario Reforma*. <https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=1160867&md5=23c1b1326902e2ada9a1bdaa118673ac&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe>.
- CARBONELL, M. (2020). “Los tatuajes y la Suprema Corte”. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/miguel-carbonell/los-tatuajes-y-la-suprema-corte>.
- COLLÍ EK, V. M. y AGUAYO GONZÁLEZ, M. (2019). “El derecho a la consulta de comunidades indígenas frente a cambios legislativos. Su reconocimiento en la doctrina constitucional de la Suprema Corte mexicana”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40, 387-405. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13238/14713>.
- GUTIÉRREZ, V. y RAMÍREZ, T. (2018). “Uso personal adulto de cannabis: ¿Jurisprudencia o declaratoria general de inconstitucionalidad?” *Nexos*. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9075>.
- Notimex. (2015). *La Corte resuelve que para obtener el divorcio, basta con que un cónyuge lo pida*. <https://www.20minutos.com.mx/noticia/22915/0/suprema-corte-justicia-nacion/resuelve-para-obtener-divorcio/basta-un-conyuge-lo-pida/>.
- PERSEO. (2017). *Se reitera la constitucionalidad del divorcio sin causa, en respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad*. <http://www.pudh.unam.mx/perseo/se-reitera-la-constitucionalidad-del-divorcio-sin-causa-en-respeto-al-derecho-al-libre-desarrollo-de-la-personalidad/>.

VON BOGDANDY, A. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Plank Institute.

VON BOGDANDY, A. (2019). *Modelo Judicial de Derechos Humanos en México. Surgimiento, evolución y perspectivas*. Porrúa.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: una propuesta de sistematización para el caso mexicano

*The right to consultation of indigenous peoples:  
a systematization proposal for the Mexican case*

Carlos LÓPEZ CÓRDOVA VELASCO\*  
Pierre GAUSSENS\*\*

**RESUMEN:** Este artículo tiene como propósito sistematizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para el caso mexicano. Mediante el análisis jurídico de sus fuentes, tanto normativas como jurisprudenciales, a nivel nacional e internacional, propone una sistematización que presenta los elementos centrales del derecho a la consulta. El principal aporte radica en una propuesta de tipología sobre los principios de este derecho, mientras que el resultado más relevante se refiere al problema fundamental que plantea su aplicación, con respecto al consentimiento de las comunidades consultadas.

**Palabras clave:** derecho a la consulta, indígenas, consentimiento, México.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to systematize the right to consultation of indigenous peoples for the Mexican case. Through the legal analysis of its sources, both normative and jurisprudential, at the national and international level, it proposes a systematization that presents the central elements of the right to consultation. The main contribution lies in a typology proposal on the principles of this right, while the most relevant result refers to the fundamental problem posed by its application, about the consent of the communities consulted.*

**Keywords:** *right to consultation, indigenous, consent, Mexico.*

---

\* Abogado en Malpica, Iturbe, Buj & Paredes Abogados (México). Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana y maestro en estudios latinoamericanos por la Universidad de Salamanca, España. Correo: [carloslopezcordova@gmail.com](mailto:carloslopezcordova@gmail.com).

\*\* Profesor-investigador en el Centro de Estudios Sociológicos de El Colegio de México. ORCID: 0000-0003-2936-402X. Correo: [pgaussens@colmex.mx](mailto:pgaussens@colmex.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fuentes del derecho a la consulta*. III. *Titularidad y representación jurídica*. IV. *Objeto de la consulta*. V. *Autoridades obligadas*. VI. *Principios*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes bibliográficas*.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la consulta ha sido un derecho con una gran actualidad política en México. En varias regiones del país, se han desatado conflictos socioambientales entre comunidades locales, gobiernos y empresas por proyectos de desarrollo, inversión e infraestructura, en particular relacionados con industrias energéticas y extractivas para la explotación de recursos naturales. Para sólo mencionar algunos casos, entre los más emblemáticos, se encuentran el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, la minera san Xavier, el Tren Maya, el Corredor Interoceánico del Istmo de Tehuantepec, el Acueducto Independencia, la central termoelectrica de Huexca o el Tren México-Toluca, entre otros (Azamar y Rodríguez, 2020). En varios de estos casos, las comunidades afectadas son indígenas, y en algunos de ellos, el conflicto se ha judicializado, poniendo a prueba el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En otros, se han llevado a cabo procesos de consulta sumamente controvertidos, señalados por no haber sido conforme a derecho.

Es en este contexto que se inscribe el presente trabajo. Tiene como objetivo sistematizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el caso mexicano. Su metodología se basa en el análisis jurídico de las fuentes del derecho, tanto normativas como jurisprudenciales, a nivel nacional e internacional, y se apoya en una revisión documental complementaria sobre la doctrina jurídica especializada en la materia que ha permitido la introducción de comentarios hechos desde la doctrina cuando sea pertinente. En este sentido, nuestro trabajo se enmarca en un esfuerzo colectivo por delimitar los alcances del derecho a la consulta en México y América Latina, en diálogo con otros trabajos de investigación (Morris, 2009; Ameller, 2012; Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez, 2019). Propone una sistematización que presenta los elementos sustantivos del derecho a la consulta, mismos que articulan el índice del texto en el siguiente orden: las fuentes, la titularidad y su representación jurídica, el objeto, las autoridades obligadas y los principios rectores. Cada uno de estos elementos y

principios será analizado a partir de las fuentes del derecho a la consulta, yendo de las fuentes internacionales a las nacionales, y de las normativas a las jurisprudenciales.<sup>1</sup> Finalmente, el principal aporte del trabajo radica en una propuesta de tipología sobre los principios del derecho a la consulta, mientras que el resultado más relevante se refiere al problema fundamental que plantea su aplicación práctica, con respecto al consentimiento de las comunidades consultadas.

## II. FUENTES DEL DERECHO A LA CONSULTA

En México, no existe un código o *corpus* en el que se encuentre regulado de manera integral y sistemática el derecho a la consulta. Con distintos matices, sí lo hay en el caso de Argentina, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, Panamá, Paraguay y Perú. Es común, sin embargo, que la regulación de este derecho se encuentre dispersa en distintas normas. Esta disgregación se debe a que se trata de un derecho al que informan distintas fuentes, unas de origen internacional y otras de índole doméstico, algunas de ellas normativas y otras jurisprudenciales. Por lo tanto, proporcionar un concepto del derecho a la consulta es difícil, en la medida en que los elementos que contribuyen a su definición no se hallan ellos mismos delimitados. Se trata de elementos, además, que están en constante evolución, sobre todo en la jurisprudencia. En términos generales, hay dos grandes maneras de definir el derecho a la consulta: de manera positiva o negativa, es decir, como derecho o como obligación.

Como derecho, desde el punto de vista de su titular, podemos definir el derecho a la consulta como aquél que tienen los pueblos y comunidades indígenas a que los Estados lleven a cabo con sus instancias representativas procesos de consulta en los que se someta a su consideración todo proyecto de desarrollo o medida susceptible de afectarles significativamente. Esta definición preliminar, no obstante, puede resultar controvertida debido a que no hace una referencia explícita a la necesidad de la obtención del consentimiento de las comunidades consultadas. Si no lo hace, es porque existen discrepancias al respecto entre las diversas fuentes del derecho, como veremos hacia el final del texto y sus conclusiones.

---

<sup>1</sup> No se incluyen en este análisis el derecho comparado, ni las leyes de las entidades federativas. Asimismo, los casos de repetición u omisión de una fuente sobre un aspecto particular del derecho a la consulta serán obviados.

Para comprender más fácilmente qué es el derecho a la consulta, es posible aproximarnos desde la obligación que le es correlativa. La consulta es, desde esta perspectiva, un deber de los Estados ante los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en el territorio nacional. El tratado internacional que reconoce esta obligación es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin duda, se trata de la fuente más importante del derecho a la consulta. Es un tratado internacional, aprobado en 1989 y ratificado el año siguiente por México. Sucesor del Convenio 107, se trata de la principal referencia en materia de derechos de los pueblos indígenas, ya que en su proceso de revisión participaron, no sólo la Conferencia Internacional del Trabajo, sino también organizaciones patronales y sindicales y, sobre todo, representantes de los pueblos indígenas (y tribales) de todo el mundo. El Convenio 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos a mantener y fortalecer sus culturas, y el de participar de manera efectiva en la toma de decisiones que los afecten.

Además de este tratado, aunque no sean fuentes del derecho por no ser convenciones, son relevantes la Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante, la Declaración ONU y la Declaración Americana, respectivamente), así como otros informes, relatorías y recomendaciones de organismos internacionales. En este sentido, los instrumentos internacionales cuya naturaleza no sea la de un tratado —como es el caso de ambas declaraciones— no forman parte del ordenamiento jurídico interno, por no tratarse de documentos jurídicos con fuerza vinculante. No obstante, no por ello dejan de ser importantes en materia de derechos, en este caso, de los pueblos indígenas y del derecho a la consulta.

En efecto, la Declaración de la ONU es un documento de suma relevancia ya que constituye el marco jurídico sobre el que el sistema internacional público trabaja en materia de derechos de los pueblos indígenas. Adoptada en 2007 por la Asamblea General de la ONU en su resolución 61/295, es la base para la agenda de trabajo de las relatorías de derechos humanos en los países del mundo, y el documento a partir del cual los comisionados y grupos de trabajo hacen observaciones y recomendaciones. Marca el rumbo que han de seguir los ordenamientos jurídicos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Por su lado, la Declaración Americana fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016,

como producto del trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este último fue similar al realizado por la OIT, con la participación para su elaboración de representantes de los gobiernos, de los pueblos indígenas, de organizaciones no gubernamentales y de académicos. Por tratarse de un documento relativamente reciente, no aparece citado en la mayoría de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Declaración Americana reconoce el derecho a la consulta en los mismos términos que el Convenio 169 y la Declaración ONU.

A nivel nacional, la Constitución establece, en su artículo 2o., apartado B, fracción IX, que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes de desarrollo federal, estatal y municipal y, en su caso, incorporar las recomendaciones que realicen. Aunque este reconocimiento es limitado y bastante más restringido en comparación con el Convenio 169, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 133 y 1o. constitucionales, los tratados internacionales en materia de derechos humanos no solamente forman parte del ordenamiento jurídico, sino que “son la Ley Suprema de toda la Unión” (federal), y que debe favorecerse en todo momento la protección más amplia, con lo cual el Convenio 169 es de aplicación directa en materia de consulta. No obstante, luego de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) impuso una seria limitación a la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al señalar que, si bien los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de regularidad constitucional, cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, ésta debe prevalecer.<sup>2</sup>

El cuarto párrafo del artículo 2o. constitucional establece que el reconocimiento de los pueblos indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas. Sin embargo, en 2018, solamente dieciocho de los treinta y dos estados habían incorporado en su Constitución alguna previsión sobre el derecho a la consulta (Gutiérrez Rivas y

---

<sup>2</sup> “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.” (Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Décima Época, Pleno de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 202, localización 2006224).

del Pozo Martínez, 2019, p. 30). Por otro lado, algunas leyes contienen disposiciones que obligan a las autoridades a llevar procesos de consulta. A nivel federal, por lo general, son las normas de derecho administrativo que sirven de sustento para las obras de infraestructura y los proyectos de desarrollo, las que establecen la obligación de llevar a cabo una consulta, tales como: la Ley de Planeación, la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Bioseguridad en Organismos Genéticamente Modificados o la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, entre otras. Sin embargo, las referencias a la consulta que contienen estas leyes son dispersas, pobres y repetitivas, por lo que no nos ocuparemos de ellas. Finalmente, es importante notar que no existe una ley de consulta como tal. Las iniciativas de ley han sido numerosas en la materia,<sup>3</sup> pero ninguna prosperó.

Una última fuente se encuentra en el Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas (de ahora en adelante, el Protocolo), aprobado en 2013 por la extinta Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) como una guía práctica que ha sido utilizada de vez en cuando por instancias federales y locales para diseñar procesos de consulta. El Protocolo tiene como propósito que las consultas se lleven a cabo conforme a los estándares del Convenio 169. Su principal utilidad consiste en proponer un procedimiento que se ajusta a dichos estándares.<sup>4</sup>

Las fuentes jurisprudenciales, finalmente, se dividen entre las internacionales y las nacionales. En el primer nivel se encuentran las sentencias que dicta la Corte IDH en los casos contenciosos y que son obligatorias para las partes en conflicto. En principio, no son vinculantes para los Estados que aceptaron su competencia contenciosa, pero que no fueron parte en dichos casos, es decir, no existe una norma o precedente que en forma clara establezca que las sentencias dictadas por la Corte sean obligatorias para todos los Estados, ni tampoco que sean vinculantes para la

---

<sup>3</sup> Como ejemplos, véase el “Informe final de la consulta sobre el anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas” (CDI, 2011) y, más recientemente, la “Iniciativa que expide la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas”, a cargo del diputado Armando Contreras Castillo, del grupo Parlamentario Morena, dado en el Recinto Legislativo de San Lázaro a 13 de septiembre de 2018.

<sup>4</sup> Otro instrumento guía es la Recomendación General núm. 27, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 2016: “Sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana.”

propia Corte en los casos subsecuentes. No obstante, la Corte IDH suele resolver estos últimos conforme a los criterios que ha sostenido con anterioridad, a menos de que existan circunstancias particulares al caso que motiven una decisión distinta. Así lo demuestran las sentencias que ha dictado a lo largo del tiempo, en el que es identificable una uniformidad y coherencia de conjunto (CIDH, 2009). Sobre la consulta en especial, la Corte IDH ha fijado precedentes que se refieren a distintos aspectos de su derecho. Las sentencias más importantes en la materia son tres, sobre los siguientes casos: el Pueblo Saramaka contra Surinam (2007), el Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (2012) y las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras (2015).

Asimismo, a nivel nacional, las sentencias de mayor relevancia en la materia que ha dictado la SCJN son las siguientes:

<i>Expediente (amparos en revisión)</i>	<i>Sala</i>	<i>Comunidad(es)</i>	<i>Materia de la controversia</i>	<i>Autoridad(es)</i>
781/2011	Segunda	Rarámuris de Chihuahua	Creación del fideicomiso “Barrancas del Cobre” para un desarrollo turístico en la Sierra Tarahumara	Varias del estado de Chihuahua
631/2012	Primera	Yaqui	Construcción del Acueducto Independencia	Semarnat Profepa
198/2015 499/2015 500/2015 921/2016	Segunda	Mayas	Autorización a la empresa Monsanto para el cultivo de soya transgénica	Congreso de la Unión Semarnat
213/2018 600/2018 601/2018	Primera	Zapotecas del Istmo de Tehuantepec	Construcción de un parque eólico	Secretaría de Energía y otras
365/2018	Segunda	Bacánuchi	Construcción de una presa para la minera Buenavista del Cobre	Semarnat

Una vez presentadas las distintas fuentes que contienen normas relativas al derecho a la consulta, a continuación, analizaremos los elementos sustantivos que lo componen, acerca de su titularidad, su objeto, sus obligaciones y principios.

### III. TITULARIDAD Y REPRESENTACIÓN JURÍDICA

Al referirse al titular del derecho a ser consultado, las fuentes se ocupan de dos cuestiones principalmente: *i)* de la identificación del sujeto y *ii)* de su representación jurídica. Con respecto al primer punto, se trata de identificar a los pueblos, comunidades y personas indígenas potencialmente afectadas. Por lo tanto, esta identificación opera en una doble dimensión, a nivel colectivo, como pueblos y comunidades, y a nivel individual, como personas. En el primer plano, se hace a partir de elementos objetivos, como son la cohesión política y cultural de la colectividad, su continuidad histórica y su diferenciación de otros sectores de la sociedad, mientras que a nivel individual, se basa en un criterio subjetivo: basta que una persona se autoidentifique como indígena, en relación con un pueblo o una comunidad para que tenga los atributos objetivos mencionados (González Galván, 2018).

El Convenio 169 define a los pueblos indígenas como aquellos que descienden de las poblaciones que habitaban en la región al momento de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras y que, además, han conservado total o parcialmente sus instituciones sociales, políticas, económicas y culturales. Tanto en el plano colectivo como individual, la autoidentificación es considerada por el Convenio como un criterio fundamental para determinar qué grupos y personas son indígenas. También lo considera así la Declaración Americana, al retomar el criterio del Convenio.

En el ordenamiento jurídico mexicano, los criterios de identificación son los mismos que en las fuentes internacionales. La Constitución también define a los pueblos indígenas como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Asimismo, reconoce la importancia de la autoadscripción al señalar que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”. Con respecto a las comunidades indígenas que componen estos últimos, el artículo 2o. las define como aquellas que *i)* forman una unidad social, económica y cultural, *ii)* se encuentran asentadas en un territorio y que *iii)* reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. No obstante, queda por resol-

ver el problema de identificar a los pueblos y comunidades indígenas de manera concreta, a efecto de asignarles derechos y obligaciones. Como ya dijimos, la Constitución confiere esta facultad de reconocimiento a las entidades federativas, que deben hacerlo a nivel de sus constituciones y leyes, tomando en consideración los principios establecidos en el artículo 2o. constitucional, así como criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. Finalmente, cabe indicar que la jurisprudencia de la SCJN ha ratificado la autoadscripción como criterio fundamental, precisando que ello no encierra ambigüedad alguna.<sup>5</sup>

Con respecto al segundo punto, relativo a la representación del sujeto, las fuentes distinguen dos casos, diferenciando a quién ostenta la representación de un pueblo o una comunidad para efectos de promover un medio de defensa de sus derechos, por un lado, de las instancias representativas en el contexto de un proceso de consulta por el otro. En el primer caso, las fuentes indican que cualquier miembro de un pueblo indígena puede acudir ante los tribunales para promover en su representación. En el segundo caso, la representación de un pueblo o una comunidad dentro de un proceso de consulta es ostentada solamente por sus instituciones representativas, mismas que han sido designadas como autoridades de acuerdo con los sistemas normativos internos al pueblo o la comunidad, o bien han sido acordadas con las instancias gubernamentales para fungir como tales en la primera etapa del proceso de consulta. Estas instituciones representativas son previstas por el Convenio 169 en su artículo 6o. La Declaración ONU precisa que éstas deben ser elegidas por los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con sus propios procedimientos, señalando, además, que ellos tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. Lo mismo sostiene la Declaración Americana.

A nivel jurisprudencial, la SCJN reiteró que la necesidad de que los procesos de consulta se lleven a cabo con las instituciones representativas del pueblo o la comunidad constituye uno de los dos requisitos para que una consulta pueda ser considerada como culturalmente adecuada (uno de los principios de este derecho, como veremos más adelante). Asimismo, en cuanto a los medios de defensa, cualquier integrante de un pueblo o co-

---

<sup>5</sup> “Personas indígenas. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Autoadscripción” (Tesis aislada, Novena Época, Primera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: 1a. CXXII/2009, Tomo XXX, página 291, diciembre de 2009, localización 165718).

munidad puede promover un juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos.<sup>6</sup>

#### IV. OBJETO DE LA CONSULTA

El aspecto medular del derecho a la consulta es, sin duda, el objeto de la consulta: ¿qué es lo que se somete a consideración? ¿Ante qué proyecto o medida debe consultarse? La respuesta es, en principio, sencilla: debe consultarse al pueblo o comunidad cuando se hayan de adoptar decisiones que afecten sus derechos. Pero ¿sólo debe consultarse cuando se afecte su esfera jurídica? ¿Están sus territorios dentro de esta última? ¿Cualquier potencial afectación acarrea la obligación del Estado de consultar? El objeto de la consulta está delimitado de una manera general en las fuentes internacionales, con una regla compartida, tanto por el Convenio 169 como por la Declaración de la ONU y la Declaración Americana, que señala que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo procesos de consulta con los pueblos indígenas cuando se haya de tomar una medida que pueda afectar sus derechos. Estas tres fuentes también contienen artículos particulares que enuncian algunos casos concretos de posibles afectaciones que requieren de manera obligatoria una consulta y, en pocos casos, un consentimiento.

Como regla general, el Convenio 169 establece en su artículo 6o. la obligación de consultar a los pueblos y comunidades indígenas cada vez que se prevean “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” También contempla algunos casos concretos. En su artículo 15, precisa que la consulta es obligatoria en el caso de proyectos de explotación de los recursos naturales presentes en las tierras y el subsuelo donde viven pueblos indígenas, y, en su artículo 17, en el caso de que sea revisada “a nivel normativo la capacidad de los pueblos y de sus miembros de enajenar sus tierras o transmitir los derechos sobre la misma a una persona que no pertenezca a la comunidad”. Además, en su artículo 28, el Convenio establece la obligación de consulta en el caso de

---

<sup>6</sup> “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”. (Tesis aislada, Décima Época, Primera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, página 735, tesis 1a. CCXXXV/2013 (10a.), localización 2004169).

que el Estado no pueda “procurar que se enseñe a los niños de los pueblos indígenas a leer y escribir en su idioma [...] para determinar qué medidas pueden alcanzar ese objetivo.” Finalmente, en su artículo 16 —de igual manera que el artículo 10 de la Declaración ONU—, obliga no sólo a la consulta sino al consentimiento en el caso de la necesidad de un desplazamiento de población.

Junto con la regla general anteriormente enunciada, la Declaración ONU contempla dos casos concretos en los que es obligatoria la consulta. En su artículo 32, reitera la obligación establecida por el artículo 15 del Convenio 169, sobre todo en el caso de la extracción de recursos naturales, y, en comparación con el Convenio, amplía la obligación de consulta al caso de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, en su artículo 30. A los casos anteriores, la Declaración Americana añade dos más. En su artículo XXVIII, obliga el Estado a la consulta antes de adoptar medidas de protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, mientras que en su artículo XVIII, señala que estos últimos no pueden ser objeto de programas de investigación o esterilización sin su consentimiento.

Ahora bien, más que en las fuentes normativas, es en las jurisprudenciales que se encuentran los mayores desarrollos con respecto al objeto de la consulta. En este sentido, los criterios de la Corte IDH han evolucionado hasta llegar a la elaboración del estándar de los impactos significativos. El caso de obligada referencia en la materia es el del Pueblo Saramaka contra Surinam. En concreto, la Corte IDH considera que debe consultarse a los pueblos y comunidades indígenas cuando sea amenazado el acceso a los recursos naturales del territorio que ocupan tradicionalmente, ya que cualquier limitación a dicho acceso significa comprometer su subsistencia cultural y económica. No obstante, la Corte indica al mismo tiempo que no toda actividad de exploración o explotación de los recursos naturales afecta de igual manera y en grado relevante el derecho de los pueblos al uso y goce de estos recursos: habrá actividades que les afecten en mayor o menor grado, y algunas que simplemente no les afecten, dependiendo de lo anterior la obligación o no de una consulta.

De esta manera, en el mencionado precedente, la Corte IDH fija el punto de partida sobre cuándo existe la obligación de consultar a los pueblos indígenas: cuando se haya de aprobar una medida que afecta potencialmente sus derechos territoriales en forma tal que amenace su subsistencia

económica o cultural. Con este criterio —reiterado en otros de sus precedentes—, la Corte reconoce la existencia de afectaciones indirectas a los derechos territoriales de los pueblos, con base en una prueba de proporcionalidad que analiza si una determinada afectación es o no convencional, es decir, ajustada o no a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así puede considerarse si una posible afectación implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.

La SCJN ha seguido esta misma línea. Un primer avance importante hacia el estándar de los impactos significativos se dio con la sentencia dictada en el caso del amparo en revisión 198/2015, en la que es reconocida la utilidad del criterio desarrollado por la Corte IDH. En relación con este último, han sido identificados como impactos significativos: *i*) la pérdida de territorios y tierra tradicional; *ii*) el desalojo; *iii*) el posible reasentamiento; *iv*) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; *v*) la destrucción y contaminación del ambiente; *vi*) la desorganización social y comunitaria; e *vii*) impactos negativos sanitarios. Un año después, en 2016, la SCJN adoptó definitivamente el estándar de los impactos significativos al desarrollarlo en un criterio aislado,<sup>7</sup> en el que propone una lista abierta de casos en los que existe una potencial afectación que debe ser consultada. A su vez, la SCJN ha sido enfática en señalar, por un lado, que el listado queda abierto y, por el otro, que las autoridades deben atender al caso concreto para analizar si el acto impugnado puede impactar en forma significativa las condiciones de vida, lo que sólo puede hacerse mediante un análisis casuístico.

Finalmente, en parte resultado de esta jurisprudencia, el Protocolo contiene un listado de casos —cercano al de la SCJN— en los que se entiende que existen impactos significativos, limitando la posibilidad de que éstos se relacionen con “actividades de extracción de recursos” (dejando fuera otros proyectos de gran escala no extractivos). Para cada caso, el protocolo propone elaborar una matriz de impactos positivos y negativos, de medidas de mitigación y de acuerdos, para así delimitar el objeto de la consulta e identificar tanto las comunidades potencialmente afectadas

---

<sup>7</sup> “Pueblos y comunidades indígenas. En su derecho a ser consultados, el estándar de impacto significativo constituye elemento esencial para que proceda.” (Tesis aislada, Décima Época, Segunda Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 31, junio de 2016, Tomo II, página 1213, tesis 2a. XXVII/2016 (10a.), localización 2011957).

como las instancias gubernamentales implicadas. Este último punto es el que trataremos a continuación.

## V. AUTORIDADES OBLIGADAS

En este apartado, analizaremos cuáles son las autoridades gubernamentales obligadas a llevar a cabo los procesos de consulta. Cuando exista algo mencionado al respecto, nos ocuparemos también del papel que en estos procesos corresponde a otros actores, como son organizaciones sociales, representantes de los pueblos afectados, así como empresas involucradas en los proyectos de desarrollo.

La Declaración ONU, en sus artículos 17, 19 y 30, refiere que es obligación de los Estados celebrar las consultas con los pueblos indígenas, al igual que la Declaración Americana en sus artículos XVIII, XX, XXIII y XXIX. El Convenio 169, por su lado, se refiere a los gobiernos a lo largo de su texto, entendidos como los representantes de los Estados.

El artículo 2o. de la Constitución señala que la obligación de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes de desarrollo corresponde a la federación, a los estados y los municipios. Esta participación de los tres niveles de gobierno se ve reflejada en el diseño del Protocolo, con la previsión de una serie de órganos encargados de la consulta que han de ser conformados, de manera conjunta, por autoridades federales, estatales y municipales.

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH refiere en todos sus precedentes que la obligación de llevar a cabo procesos de consulta corresponde al Estado. Un pronunciamiento importante con respecto al papel de las empresas en los procesos de consulta se encuentra en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarakayu contra Ecuador, cuyo precedente señala que la consulta no es un deber que pueda delegarse a una empresa privada o a terceros y, mucho menos, a la empresa interesada en la realización del proyecto en cuestión.

A nivel nacional, la SCJN ha sostenido criterios que se complementan y de los que se desprende, fundamentalmente, que todas las autoridades que emitan medidas que pueden causar un impacto significativo, o relacionarse con un proyecto de desarrollo a gran escala, están obligadas, en el ámbito de sus competencias, a llevar a cabo procesos de consulta. Además, la SCJN ha reconocido que la principal autoridad competente para llevar

a cabo estos procesos es el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) (antes CDI).<sup>8</sup>

Debe tomarse en consideración que, en la mayoría de los casos, una medida o un proyecto objeto de consulta no involucra únicamente a una instancia, sino a varias dependencias, cada una en el ámbito de sus competencias, por lo que se trata a menudo de unos complejos andamiajes jurídicos. Este desafío busca ser atendido por el Protocolo al identificar, además de las comunidades indígenas, cuatro instancias dentro de todo proceso de consulta: *i)* la Autoridad Responsable, *ii)* el Órgano Técnico, *iii)* el Órgano Garante y *iv)* el Comité Técnico Asesor.

La figura de la autoridad responsable reúne las dependencias de gobierno involucradas en la medida o el proyecto objeto de la consulta. La identificación de estas dependencias debe hacerse conforme al derecho administrativo, tomando en cuenta los actos que han de celebrar para la adopción de la medida o la realización del proyecto (autorizaciones, permisos, concesiones, contratos, etcétera).

El Órgano Técnico es aquél a cargo de la atención a las comunidades para brindarles asistencia en el proceso de consulta. A nivel federal, corresponde fungir como tal al INPI, mientras que, a nivel estatal, existen dependencias especializadas en materias de pueblos indígenas, que son las que han de participar en dicho órgano. Por lo general, el INPI actúa en coordinación con sus correlativos locales. En el caso que se trate de una medida legislativa, ambas cámaras del Congreso de la Unión cuentan con una Comisión de Asuntos Indígenas, al igual que la mayoría de las legislaturas de los estados.

El Órgano Garante opera como un veedor que observa el proceso de consulta. Además de vigilarlo, da fe de su legalidad y puede fungir como mediador en los conflictos que surjan entre las partes. El protocolo indica que este papel puede ser asumido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos o la comisión estatal correspondiente, así como la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación. Dependiendo de

---

<sup>8</sup> Es razonable pensar que los pronunciamientos de la SCJN en torno al papel de la extinta CDI se entiendan ahora referidos al INPI, no sólo por tratarse de la misma institución, sino porque la ley del nuevo Instituto establece entre sus atribuciones la de “ser el órgano técnico en los procesos de consulta previa, libre e informada, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas en el ámbito federal, susceptibles de afectar los derechos de los pueblos.”

la magnitud del proyecto, pueden participar en este órgano algunos representantes de organismos internacionales.

Finalmente, el Comité Técnico Asesor de la consulta está integrado por personas, instituciones u organizaciones cuya asesoría resulte de utilidad. Para su conformación, este comité debe mantener un equilibrio entre miembros de los pueblos indígenas, del sector académico, de organizaciones no gubernamentales y de las instituciones del Estado. La principal misión de este comité es velar por el principio de adecuación cultural, uno de los principios que rigen el derecho a la consulta y que revisaremos en el siguiente apartado.

## VI. PRINCIPIOS

Existen principios que deben orientar la actuación de la autoridad responsable al implementar una consulta, y que constituyen los ejes rectores sobre los que debe descansar su proceso. Estos principios están reconocidos en las fuentes internacionales (Yáñez y Silva, 2014), pero se han ido configurando y modulando en el quehacer jurisdiccional de la Corte IDH y de la SCJN. Debido a la relativa falta de consenso en la materia, proponemos aquí la siguiente tipología: toda consulta debe ser *i)* previa, *ii)* libre de injerencias y de buena fe, *iii)* informada, *iv)* culturalmente adecuada y *v)* con miras a llegar a un acuerdo.

De esta forma, nuestra manera de agrupar y entender los principios del derecho a la consulta difiere de otras interpretaciones doctrinales. Por ejemplo, se distingue de la propuesta de Morris *et al.* (2009) por agrupar la libertad de injerencias y la buena fe en un solo principio y, en cambio, separar la finalidad de la obtención del acuerdo como principio aparte, dado que, si bien este último objetivo se deriva de la buena fe, consideramos que el consentimiento representa la cuestión más problemática del derecho a la consulta —como lo plantearemos en nuestras conclusiones—, lo que hace que amerite un tratamiento sustantivo. Nuestra propuesta también se justifica por el hecho de que los precedentes de la Corte IDH y de la SCJN se refieren a la libertad al hablar de la buena fe, y porque la finalidad de llegar a un acuerdo es consecuencia de esta última.

Aclarado lo anterior, revisaremos ahora los principios de la consulta siguiendo las fuentes de su derecho. Este ejercicio permitirá al lector tener una visión transversal sobre cada uno de estos principios, advertir —si las

hay— algunas diferencias de tratamiento y, así, poder evaluar la pertinencia de nuestra propuesta.

### 1. *Previa*

Para que un proceso de consulta sea previo, debe llevarse a cabo en la fase exploratoria o de planificación del proyecto o de la medida, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución y explotación. Como lo señalan Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019, p. 13), varios organismos han expresado que las comunidades deben participar lo antes posible, incluso en la realización de los estudios de impacto ambiental. Este principio cobra especial relevancia si se toma en consideración que muchas de las medidas o proyectos que afectan a los pueblos indígenas se deciden antes de establecer contacto con las comunidades directamente afectadas. Así, en el caso de grandes proyectos de desarrollo, es común que los permisos, concesiones y manifestaciones de impacto ambiental se emitan antes de que exista comunicación alguna con los pueblos y comunidades.

La Declaración ONU reconoce el carácter previo de la consulta en su artículo 19 de manera general, la Declaración Americana en su artículo XXIII y el Convenio 169 en su artículo 15.

Sin embargo, en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH ha señalado que la consulta no debe ser necesariamente previa a todos y cada uno de los actos administrativos y legislativos que hacen jurídicamente viable un proyecto determinado, sino que las comunidades deben ser consultadas “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.” Este criterio fue reiterado por la Corte en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (2012), al explicar que el propósito de este principio es que “el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.” En este sentido, el carácter previo de la consulta tiene una íntima relación con su calidad de informada, ya que de nada serviría conocer los posibles beneficios y riesgos a posteriori. Finalmente, en el caso de las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras, la Corte señaló que “estos procesos de diálogo

y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas o tribales puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.

Por su lado, la SCJN, al resolver los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, señaló que toda consulta debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución, “ya que el aviso oportuno a los pueblos les proporciona tiempo para la discusión dentro de las comunidades, permitiéndoles brindar una respuesta adecuada a las partes involucradas”. Un posicionamiento aún más reciente y claro es el plasmado en las sentencias dictadas por la Primera Sala en los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, en las que la SCJN estableció un estándar o conjunto de requisitos que una consulta debe cumplir para que pueda considerarse como previa, a saber: 1) que se realice lo antes posible, entendiendo que sea en las primeras etapas del proyecto; 2) con un tiempo adecuado para la discusión, es decir, con suficiente antelación para que ésta resulte efectiva y significativa; y, 3) antes de tomar la medida o realizar el proyecto, es decir, antes de cualquier acto de ejecución.

## *2. Libre de injerencias y de buena fe*

La libertad como principio rector de todo proceso de consulta es una proyección al ámbito colectivo de la ausencia de vicios en el consentimiento que rige toda manifestación de voluntad en derecho. Se entiende que la voluntad expresada por un sujeto colectivo —en este caso, los pueblos y comunidades indígenas— debe otorgarse también en ausencia de estos vicios, es decir, en libertad. Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019) advierten que un requisito fundamental consiste en asegurar condiciones de seguridad y transparencia para la realización de la consulta, lo que implica que sus procedimientos se lleven a cabo sin coerción, intimidación, ni manipulación. La buena fe, señalan, tiene como objetivo establecer un diálogo genuino, para lo cual debe propiciarse una atmósfera de respeto y reconocimiento mutuo que permita llegar a acuerdos comunes.

La Declaración ONU reconoce el principio de libertad y buena fe de la consulta en su artículo 19, y la Declaración Americana en su artículo

XXIII. Asimismo, el Convenio 169 reconoce el principio de libertad en su artículo 16 y el de buena fe en su artículo 6o.

A lo largo de sus sentencias, la Corte IDH se refiere a los principios de libertad y buena fe al citar los supuestos en los que conforme al Convenio 169, debe ser instrumentada una consulta previa, libre e informada. En el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, la Corte señaló que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En este sentido, es inherente a toda consulta la construcción colectiva de un clima de confianza mutua, la buena fe exigiendo la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúan con su aquiescencia. Por lo que se refiere a la buena fe, en el mismo caso, la Corte IDH ha señalado que es incompatible con intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea mediante la corrupción de dirigencias sociales, el fomento de liderazgos paralelos o el inicio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades.

Al resolver el amparo en revisión 198/2015, la SCJN se refirió a la buena fe como un principio relacionado con la libertad de injerencias y actos coercitivos por parte del Estado o de terceros. Para cumplir con este principio, señaló que las consultas “deben llevarse a cabo fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada, por lo que el proceso requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes”. Este criterio se encuentra reiterado en las sentencias dictadas en los amparos en revisión 499/2015, 500/2015 y 921/2015.

Finalmente, el Protocolo entiende la buena fe como “la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta y llegar a los acuerdos necesarios con los pueblos indígenas sin que se les pretenda engañar o brindar información sesgada o parcial.” Lo último nos conduce entonces al siguiente principio de la consulta: su carácter informado.

### 3. *Informada*

Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019) explican la necesidad de que la consulta sea informada, refiriendo que es frecuente en este tipo de procesos que haya una cantidad importante de información y que esta última, además, sea difícil de comprender, debido a lenguajes técnicos ininteligibles o formatos poco entendibles desde las culturas indígenas. Por tal motivo, una consulta informada no puede reducirse a una etapa consistente en una mera entrega de información por parte del Estado, sino que requiere que sean explicados, cuando menos, los siguientes aspectos: *i)* la naturaleza, envergadura, ritmo y alcance del proyecto; *ii)* sus razones u objetivos; *iii)* los lugares que se verán afectados; *iv)* la evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental; *v)* el personal que intervendrá en la ejecución del proyecto, especificando si se generan empleos o no para los miembros de la comunidad, qué instituciones del Estado participan en el proyecto y, de ser el caso, qué empresas, y *vi)* las etapas de ejecución del proyecto.

Por su parte, Morris *et al.* (2009, p. 40) señalan que el Estado debe asegurarse que los miembros de las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos del proyecto, a fin que estén en posibilidad de juzgar si lo aceptan o no. Para que un pueblo o comunidad indígena pueda decidir si acepta o no un proyecto o una medida, más aún, para que pueda deliberar sobre los términos y condiciones de un eventual acuerdo con el Estado, debe de conocer en forma clara, certera, completa y ordenada los aspectos e implicaciones del objeto de la consulta. Los pueblos y comunidades deben conocer esta información para poder negociar qué aspectos de la medida o proyecto aceptan, cuáles rechazan y cuáles prefieren modificar.

La Declaración ONU reconoce el carácter informado de la consulta en su artículo 19, la Declaración Americana en su artículo XXIII y el Convenio 169 en su artículo 16.

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH señaló que el principio de una consulta informada “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”, y que el Estado, asimismo, “debe asegurarse que los miembros del pueblo... tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarro-

llo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. Esta postura ha sido reiterada por la Corte IDH al resolver el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarakayu contra Ecuador.

En las sentencias dictadas en los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, la SCJN señala cuáles son los estándares mínimos con que debe cumplir un proceso de consulta. Al ocuparse del carácter informado de la consulta, retoma el criterio de la Corte IDH al establecer que dicho proceso “exige la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, incluyendo posibles riesgos ambientales y de salubridad para las comunidades... así como mantener una comunicación constante con las mismas”. Además, en esas sentencias, la SCJN advierte que “el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que toda la información sea comprensible” y que esta última debe ser “proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos”.

Si enumeramos en forma de prueba o estándar los requisitos que las sentencias de la SCJN señala como necesarios para que una consulta sea informada, tendríamos que ésta debe: *i*) contener información precisa, *ii*) incluir la naturaleza y consecuencias del proyecto, en especial las ambientales y sanitarias, *iii*) ser difundida por el Estado entre las comunidades, *iv*) incluir canales de comunicación entre el Estado y las comunidades, *v*) abarcar la realización de los estudios correspondientes en coordinación con las comunidades, a fin de evaluar los impactos ambientales, sociales y culturales del proyecto, e *vi*) incluir los resultados de esos estudios en la etapa de ejecución del proyecto.

En todo caso, si existiera en alguna medida o proyecto una incompatibilidad entre el principio previo de la consulta y su carácter informado, este problema podría resolverse con la posibilidad —avalada por la SCJN— de que las autorizaciones o permisos sean expedidos en forma condicionada a que se cumplan determinados requisitos, como la conclusión del proceso de consulta y la llegada a un acuerdo antes de iniciar con la ejecución de la actividad autorizada (posibilidad permitida, sea dicho de paso, por la actual legislación ambiental).

#### 4. Culturalmente adecuada

Morris *et al.* (2009, p. 41) señalan que la validez de un proceso de consulta no requiere únicamente que el Estado proporcione información, sino

que ésta sea transmitida en una forma que sea culturalmente adecuada, es decir, tomando en cuenta los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas. En este mismo sentido, Gutiérrez Rivas y del Pozo Martínez (2019, p. 14) explican que el principio de adecuación cultural implica que los gobiernos, al implementar proceso de consulta, deben: *i)* respetar los procedimientos que utilizan los pueblos y comunidades para tomar sus propias decisiones, *ii)* tomar en consideración qué instituciones o personas son sus autoridades, y *iii)* tener presente cuáles son sus estructuras sociales y cuáles son los mecanismos tradicionales de deliberación con los que cuentan.

El Convenio 169 reconoce el principio de adecuación cultural en su artículo 60., mientras que la Declaración ONU se refiere indirectamente a esta necesidad en su artículo 19.

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH señaló que el Estado tiene la obligación de consultar activamente con las comunidades potencialmente afectadas según sus costumbres y tradiciones. La corte ha reiterado este criterio en el caso de las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras, para que la consulta tome en consideración los valores, costumbres y formas de organización de las comunidades consultadas.

En las sentencias dictadas en los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, la Segunda Sala de la SCJN ha seguido el criterio de la Corte IDH, al afirmar que las decisiones tomadas por las comunidades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres deben tenerse por válidas y han de ser respetadas. Sus miembros tienen plena libertad de elegir las formas de decisión internas a la comunidad, así como las personas, grupos o instituciones que han de ostentar su representación ante el Estado. Por lo tanto, los gobiernos no pueden objetar la forma en que las comunidades tomen sus decisiones (salvo que violen los derechos fundamentales y políticos individuales). Por último, la adecuación cultural implica que las autoridades utilicen medios idóneos para las comunidades indígenas, de tal manera que la falta de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación no signifique un menoscabo en el goce del derecho a la consulta.

Además, la Primera Sala de la SCJN, al resolver los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, fijó dos condiciones con respecto a la adecuación cultural: *a)* la consulta debe realizarse de acuerdo con las

costumbres y tradiciones de los pueblos y comunidades indígenas, en el respecto de sus propios métodos para la toma de decisiones, y *b*) la representación de los pueblos debe definirse de conformidad con sus propias tradiciones. De esta manera, el principio de la adecuación cultural implica que el proceso de consulta se ajuste a la cultura, el idioma y las dinámicas organizativas de las comunidades consultadas, y que se realice con sus instancias representativas y de conformidad con sus sistemas normativos. En este aspecto, señala con acierto la Primera Sala, cabe recordar que los pueblos indígenas son titulares del derecho a la libre determinación y que, en ejercicio de este derecho, gozan de autonomía para elegir —de acuerdo a sus procedimientos y prácticas— a sus propias autoridades y representantes para el ejercicio de sus derechos políticos. Así entendida, la adecuación cultural es indisoluble del respeto a las instancias representativas de los pueblos indígenas.

### *5. Con miras a llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento*

El último principio que rige los procesos de consulta —según la agrupación que proponemos— es la necesidad de que se lleven a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades afectados. Este es, sin duda, el aspecto más polémico del derecho a la consulta.

La Declaración ONU no establece que sea obligación de los Estados obtener el consentimiento en un proceso de consulta, pero sí señala en su artículo 19 que su finalidad radica en obtener el consentimiento. Esta idea del consentimiento solo como finalidad está también contenida en su artículo 32. De acuerdo con la Declaración ONU, se requiere consentimiento sólo en el caso de un desplazamiento de población, tal como está previsto en su artículo 10. Asimismo, el artículo 28 plantea que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación del daño en caso de que hayan sido privados de sus tierras, territorios y recursos sin su consentimiento.

Como regla general, la Declaración Americana no señala que la obtención del consentimiento previo sea una obligación del Estado, sino únicamente que las consultas deben llevarse a cabo con esta finalidad, en sus artículos XXIII, XVIII y XIX. El artículo XIII, en el mismo sentido que el 28 de la Declaración ONU, obliga a los Estados a una reparación del daño en el caso de una privación de bienes sin un consentimiento pre-

vio. Además, el artículo XVIII establece que los Estados deben prohibir y prevenir la esterilización forzada de personas indígenas, es decir, sin su consentimiento.

Al igual que la Declaración ONU y la Declaración Americana, el Convenio 169 tampoco establece como regla general que sea obligación de los Estados obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, sino como finalidad de la consulta (artículo 6o.), salvo en el caso de un desplazamiento (artículo 16).

A nivel nacional, la ley del INPI afirma en su artículo 6 que uno de los principios rectores del Instituto consiste en “garantizar el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado a pueblos y comunidades indígenas”. No obstante, dicha ley no señala expresamente que la obtención del consentimiento sea obligación del Estado, ni prevé mecanismos concretos para hacer efectiva esta garantía, por lo que carece de fuerza. Por su parte, el Protocolo estipula que el consentimiento es un requisito indispensable en los siguientes casos, cuando el proyecto implique: *i)* el traslado de población; *ii)* el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en los territorios de los pueblos indígenas; *iii)* planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor sobre dichos territorios; y, *iv)* actividades de extracción de recursos naturales que tengan impactos significativos.

En la jurisprudencia, sin embargo, los problemas de interpretación sobre el principio del consentimiento se hacen patentes. En la sentencia dictada en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarakayu, la Corte IDH señaló que la obtención del consentimiento no es una obligación del Estado, sino la finalidad de todo proceso de consulta, siguiendo así el criterio dominante entre las fuentes internacionales. Ahora bien, en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH también señaló en qué caso sí es necesario obtener el consentimiento: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio... el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los pueblos, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo.”

Esta postura está sustentada en la interpretación que había hecho Rodolfo Stavenhagen (2003) como Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, al señalar que, cuando se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos

indígenas, es probable que éstos tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos, como suele ser con la pérdida de territorios, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia del pueblo o de la comunidad como tal, así como la destrucción y contaminación de su ambiente. En vista de estos efectos, es esencial que los Estados obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades, para así lograr la protección de sus derechos humanos (ACNUDH, 2011). De esta manera, existe una ambigüedad en la jurisprudencia de la Corte IDH entre consulta y consentimiento.

Esta contradicción también se encuentra entre las sentencias de la SCJN. Por un lado, su Segunda Sala, al resolver los amparos en revisión 198/2015, 499/2015 y 500/2015, interpreta el artículo 2o. constitucional y señala que el ordenamiento mexicano no reconoce a favor de las comunidades indígenas la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan, sino el derecho, entendido como posibilidad, de acceder a las formas de propiedad sobre la tierra. Por eso, dice la Segunda Sala, no puede considerarse necesaria la obtención de su consentimiento para la realización de algún proyecto de desarrollo o la ejecución de una medida. Sin embargo, por otro lado, la Primera Sala, al resolver los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, establece que, si bien el consentimiento como regla general no es una obligación sino una finalidad, tratándose de proyectos de gran escala, “el Estado debe no sólo consultar sino también obtener el consentimiento previo, libre e informado”, siguiendo el criterio de la Corte IDH.

Para determinar cuándo se trata de un proyecto a gran escala, la Primera Sala se basa en el criterio de la CIDH (2015), al referir que deben tomarse en cuenta: *i)* la magnitud o dimensión del proyecto, y *ii)* el impacto humano o social que tendrá. A su vez, para evaluar la magnitud del proyecto, se debe considerar el volumen y la intensidad del tipo de actividad, mientras que, en cuanto al impacto humano y social, los derechos en juego y la gravedad de los impactos advertidos. Tal como señalamos anteriormente, estos impactos pueden medirse según los parámetros de la legislación ambiental vigente. De esta manera, la ambigüedad sigue latente: mientras que la mitad de la SCJN considera que no deben ser consultados los pueblos y comunidades indígenas, la otra mitad considera que sí es obligación del Estado si se trata de una gran escala.

## VII. CONCLUSIONES

La cuestión del consentimiento siempre fue y sigue siendo el punto de discusión y controversia del derecho a la consulta. Mientras que las fuentes normativas del derecho la tratan en regla general como finalidad de la consulta, y no como obligación de los Estados (salvo en algunos casos determinados, como el desplazamiento), las jurisprudenciales tienden a interpretarla en un sentido más garantista, particularmente en el caso de proyectos de desarrollo a gran escala, así como la explotación de hidrocarburos y de minerales, como lo ha señalado la Corte IDH. Por su lado, la doctrina apunta hacia el deber ser del derecho a la consulta, donde el consentimiento debería ser una obligación del Estado en regla general, y la consulta un medio de participación de los pueblos indígenas en los asuntos públicos, de tal manera que los gobiernos deberían ajustarse a la decisión tomada libremente por las comunidades consultadas e, incluso, de ser el caso, cancelar la medida o el proyecto si ese fuera el resultado del proceso de consulta.

En efecto, la pregunta implícita en la cuestión del consentimiento es el poder de veto de las comunidades consultadas: ¿pueden los pueblos indígenas vetar un proyecto o una medida por efecto de su derecho a la consulta? Ésta siempre ha sido la inquietud de los gobiernos y de las empresas, que han abogado, en consecuencia, desde los inicios mismos de este derecho, por una concepción limitada de la consulta, que se agota en un derecho de carácter facultativo y no vinculante. Por el contrario, los pueblos indígenas, a través de procesos de lucha, y por medio de sus organizaciones sociales y de sus autoridades tradicionales, han defendido el carácter vinculante de la consulta, considerando el consentimiento como una obligación del Estado con ellos, y otorgándose de facto un poder de veto sobre la política nacional dentro de sus territorios (Rosembert, Velázquez y Middledrop, 2016).

No obstante, la propia OIT señala que las disposiciones del Convenio 169 no implican que las comunidades tengan poder de veto. En la Guía de Aplicación del Convenio 169, dicho organismo establece a propósito del artículo 7o. de dicho tratado que “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país” (OIT, 2009, p. 14). Aunque este posicionamiento no se refiere al artículo 6o. del Convenio 169, es claro que, desde esta

perspectiva, si los pueblos no pueden vetar las políticas de desarrollo, no pueden oponerse a un proyecto que forme parte de ellas. Pese a lo anterior, se mantiene cierta ambigüedad pues no existe en las fuentes del derecho a la consulta, ni en su interpretación, un estándar claro sobre cuáles deben ser los efectos de la consulta. Sucede lo mismo con el derecho que tiene el Estado sobre los recursos del subsuelo y que se encuentran en el territorio de un pueblo indígena: el ejercicio de este derecho no puede comprometer la subsistencia de este pueblo, mientras que este último no puede vetar el derecho del Estado sobre dichos recursos.

Si el derecho a la consulta es ambiguo sobre la cuestión del consentimiento, es porque esta controversia, más que jurídica, es ante todo política. Al fin y al cabo, se trata de un asunto que trasciende el derecho para plasmarse en la conflictiva historia de los procesos de construcción del Estado nacional y el lugar que en ellos ocupan los pueblos indígenas. Hoy en día, un punto ágil de esta conflictividad, sin duda, se expresa en las disputas que protagonizan las comunidades indígenas en varias regiones del país por defender y ejercer la consulta. En gran medida, de estos procesos de contienda política, así como de su exitosa judicialización, dependerá la evolución de este derecho en sentidos favorables a la obligación del consentimiento.

## VIII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUDH (2011). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*. México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 18 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/DerechoConsulta\\_PI.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoConsulta_PI.pdf).
- AMELLER, V. et al. (2012). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer.
- AZAMAR, A. y RODRÍGUEZ, C. (coords.) (2020). *Conflictos sociales por megaproyectos extractivos, de infraestructura y energéticos en la Cuarta Transformación*. México: Fundación Rosa Luxemburgo.
- CDI (2011). *Informe final de la consulta sobre el anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas*. México: Co-

- misión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Cámara de Diputados y Senado de la República, LXI Legislatura. Recuperado el 2 de septiembre de 2020, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37019/informe\\_final\\_de\\_la\\_consulta\\_sobre\\_el\\_anteproyecto.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37019/informe_final_de_la_consulta_sobre_el_anteproyecto.pdf).
- CDI (2013). *Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 30 de agosto de 2020, disponible en: [https://transparencia.energia.gob.mx/transparencia\\_focalizada/archivos/Protocolo\\_Consulta\\_Previa.pdf](https://transparencia.energia.gob.mx/transparencia_focalizada/archivos/Protocolo_Consulta_Previa.pdf).
- CIDH (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 20 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. San José: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 21 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.iwgia.org/images/publications/0746\\_CIDH\\_Industrias\\_extractivas.pdf](https://www.iwgia.org/images/publications/0746_CIDH_Industrias_extractivas.pdf).
- CORTE IDH (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 3 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
- CORTE IDH (2012). *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 5 de agosto de 2020, disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).
- CORTE IDH (2015a). *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 6 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

to de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf).

CORTE IDH (2015b). *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 10 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_305\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf).

GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (2018). *Derechos de los indígenas*. México: UNAM-INEHRM.

GUTIÉRREZ RIVAS, R. y DEL POZO MARTÍNEZ, E. (2019). *De la consulta a la libre determinación de los pueblos: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México*. México: UNAM-DPLF-Fundar.

MORRIS, M. et al. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

OEA (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. San José: Organización de los Estados Americanos. Recuperado el 4 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

OIT (1989). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 4 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf).

OIT (2009). *Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

ONU (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 21 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).

ROSEMBERT, A., VELÁZQUEZ, I. y MIDDLEDROP, N. (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- SCJN (2012). Amparo en Revisión 781/2011. Acuerdo de la Segunda Sala, 14 de marzo de 2012. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2013). Amparo en Revisión 631/2012. Acuerdo de la Primera Sala, 8 de mayo de 2013. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2015). Amparos en Revisión 198/2015, 499/2015 y 500/2015. Acuerdo de la Segunda Sala, 4 de noviembre de 2015. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2017). Amparo en Revisión 921/2016. Acuerdo de la Segunda Sala, 2017. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018a). Amparo en Revisión 365/2018. Acuerdo de la Segunda Sala, 5 de septiembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018b). Amparo en Revisión 213/2018. Acuerdo de la Primera Sala, 14 de noviembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018c). Amparos en Revisión 600/2018 y 601/2018. Acuerdo de la Primera Sala, 21 de noviembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- STAVENHAGEN, R. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 12 de agosto de 2020, disponible: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf>.
- YÁÑEZ, N. y SILVA, H. (2014). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional. En *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Santiago de Chile: IWGIA, Observatorio Ciudadano. Recuperado el 29 de agosto de 2020, disponible en: [https://www.iwgia.org/images/publications/0705\\_Informe19\\_ObservatorioCiudadano-CONSULTA.pdf](https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadano-CONSULTA.pdf).



## COMENTARIOS LEGISLATIVOS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Patología de las elecciones actuales: consecuencia de algunas prácticas inveteradas\*

### *Pathology of current elections: consequence of some inveterate practices*

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA\*\*

**RESUMEN:** Este artículo analiza la problemática electoral en torno a la desconfianza en las elecciones en México, y sus consecuencias. En este sentido se ofrece una solución desde la responsabilidad política que permita transitar de un sistema de persecución penal a uno de responsabilidad política de los ilícitos electorales. El diseño constitucional actual no es viable para lograr este cometido, por lo que el artículo propone que sea el poder judicial el que investigue las conductas ilícitas en la materia, a semejanza de la investigación de violaciones del voto público (artículo 97 constitucional), ya desaparecido, por el cual los fraudes pueden ser investigados por jueces o magistra-

**ABSTRACT:** This article analyzes the electoral problems around mistrust in the elections in Mexico, and its consequences. In this sense, a solution is offered from the concept of political responsibility that allows to transition from a criminal prosecution system to one of political responsibility in electoral crimes. The current constitutional frame is not viable to achieve this task. The article proposes that the judicial power investigates illicit conduct in the matter. This due to a historical and constitutional reason. The prosecution of offenses to the public vote were established in the article 97 of the Constitution and then abolished. The idea is to recover that constitutional system

---

\* Dedico este ensayo a la memoria de D. Carlos Velásquez, hombre cabal e íntegro, fundador de la organización 100 por Oaxaca.

\*\* Doctor en derecho por la UNAM; M A por la UCLA; doctorando en historia por la UNAM. Profesor de la Facultad de Derecho en la División de Estudios de Posgrado (desde 1984). Miembro fundador del Sistema Nacional de Investigadores (1983), en 2012 se le otorgó Nivel III. Miembro alterno como representante de México ante la Comisión de Venecia de 2010 a 2016. ORCID: 0000-0002-0894-3471. Correo: [oropeza1953@gmail.com](mailto:oropeza1953@gmail.com).

dos electorales y le dictaría la sentencia privando del cargo al alto funcionario e inhabilitándole.

**Palabras clave:** Responsabilidad política, fraude electoral, democracia, elecciones.

*for which the fraud can be investigated by judges or electoral magistrates and would dictate the sentence removing the perpetrators of his position.*

**Keywords:** Political responsibility, electoral fraud, democracy, elections.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *“Delitos oficiales” y ataques al voto público en la legislación mexicana*. III. *¿Responsabilidad política o responsabilidad penal? Hacia una solución integral*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN

La democracia no es una meta inmutable, no es un polo al que se arriba y se planta una bandera de conquista, una vez lograda se tiene que mantener luchando. Cada elección es una oportunidad para lograrla o perderla. La elección de 2021 puede mostrar las mismas patologías que han azotado la democracia de nuestro país, desde su historia más temprana.

El engaño en las elecciones siempre es de mala fe y produce un perjuicio trascendente, no sólo a los derechos políticos, sino a la forma de gobierno de todo el país. La finalidad en el fraude electoral es la de provocar una afectación en los resultados de una elección, alterando la intención original de los electores. (López Pintor, R., 2017). Las autoridades que lo encubren y los partidos o candidatos que lo solapan son responsables ante la Constitución y las leyes electorales.

Desde la Ley Orgánica Electoral de 1857, se contempló un catálogo de delitos para criminalizar actividades encaminadas a distorsionar la libertad electoral, tales como el cohecho, soborno, fraude o violencia; pero la creación de tipos penales específicos, que sólo atienden las consecuencias de quienes comenten los ilícitos, previó la nulidad de la elección afectada, estableciendo con ello una sanción política hacia los electores.

La penalización de estos actos electorales que afectan los derechos políticos de los ciudadanos ha sido una medida con reducidos efectos en garantizar la libertad electoral, que es un valor constitucional muy apreciado en nuestro sistema democrático. La Constitución de 1857 contempló en

su primer artículo a los derechos como base de las instituciones sociales. A partir de ese año, los derechos tendrían que sostenerse o, como se desprende del debate en el Congreso Constituyente, “defenderse”, por lo que la mejor garantía de defensa hacia los derechos humanos en el siglo XIX, además del juicio de amparo, fue el establecimiento de la violación grave a los derechos humanos como causal de responsabilidad política. Desde los orígenes del juicio político a través de la ley del 31 de enero de 1870, expedida por Benito Juárez en uso de facultades extraordinarias, se determinó en su primer artículo que cuando una autoridad hubiese violado gravemente los derechos humanos, como parte integrante de la Constitución incurriría, además, en una causal de responsabilidad por la que podría ser removido e inhabilitado de su cargo, puesto que implicaría una violación constitucional.

En este sentido, el propio Juárez no consideró al código penal como idóneo para castigar las conductas que atentaran contra las prerrogativas del ciudadano a que se refiere el artículo 35 constitucional (votar y ser votado); así como contra el sistema democrático y republicano de gobierno establecido en los artículos 40 y 41 del texto fundamental.

Igualmente, desde la Constitución de 1857 se contempló en su primer artículo que los derechos del hombre serían la “base de las instituciones sociales”. A partir de su vigencia, el juicio de amparo no fue extraño a la protección de los derechos políticos y la jurisprudencia de 1869 lo hizo procedente en los amparos De la Pena y De la Portilla relativos a la expulsión de dos diputados constituyentes del Congreso del Estado de Morelos. Además, se estableció como causal de responsabilidad política a los “ataques contra la libertad electoral”, en la citada ley de 1870.

En el primer artículo de dicha ley se determinó que la violación grave a los derechos humanos sería una violación a la propia Constitución, por lo que podría proceder, a juicio del Congreso de la Unión, decretarse la suspensión de la autoridad en el desempeño de su cargo, así como la inhabilitación para desempeñar otros, previa sentencia de un juicio político, sostenido por el Congreso; es decir, fincar responsabilidad política.

## II. “DELITOS OFICIALES” Y ATAQUES AL VOTO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La Constitución consideró a la responsabilidad política bajo el rubro de “Delitos Oficiales”, sin ser propiamente “delitos”, y facultando al Congreso de la Unión para investigar y declarar, en su caso, la culpabilidad por mayoría de votos del funcionario por infracción a la Constitución y leyes federales, por mayoría absoluta de votos. No determinaba delitos por estar prohibido que el Congreso juzgara penalmente de sustanciar juicios por comisión (*bills of attainder*).

Como el Congreso definía la culpabilidad, el funcionario condenado era separado del cargo, y no suspendido como durante el régimen de la Constitución de 1824, y sometido inmediatamente a la jurisdicción de la Suprema Corte para la aplicación de la sanción respectiva aprobada por votación de mayoría absoluta. Este es el modelo que debemos seguir.

El 3 de noviembre de 1870 es aprobada, finalmente, la primera ley del congreso sobre “Delitos Oficiales” de los altos funcionarios de la Federación, que consideró como tales a las siguientes infracciones electorales:

- a) Ataque a las instituciones democráticas (no convocando a elecciones, por ejemplo);
- b) Ataque a la forma de gobierno republicano, representativo y federal (bloqueando una distritación electoral con base en censos actualizados, o no llevar a cabo un censo poblacional para redistribuir la distritación);
- c) Ataque a la libertad del sufragio (ejerciendo presión sobre el electorado);
- d) Usurpación de atribuciones (violentando el sistema federal y la división de poderes);
- e) Violación de las garantías individuales (deteniendo a los electores sin causa. Amparo Gerardo de Busto, 1849) y
- f) Infracciones a la constitución y leyes federales en puntos de gravedad (no respetando la equidad en la contienda electoral. Violación al artículo 134 constitucional).

Es decir, la responsabilidad política comenzó a regularse en nuestro país para sancionar las infracciones electorales, como violaciones graves

a la Constitución, porque eran las únicas que afectaban doblemente la ley fundamental: tanto los derechos humanos (no sólo los políticos sino la libertad de expresión, asociación y otros derechos como el derecho a participar en las actividades políticas), así como la forma de gobierno.

De esta manera, la criminalización de los delitos electorales se torna en causal de responsabilidad política, con resultados más palpables: la nulidad de las elecciones y la suspensión de los derechos políticos del imputado, así como la remoción de su cargo. Adicionalmente, podría proceder la aplicación de una pena prevista en la legislación secundaria, pero el régimen constitucional de 1857 y su ley reglamentaria de 1870, prefería sancionar a la autoridad infractora con la remoción y la inhabilitación, así como con la suspensión de sus derechos políticos, más que con penas privativas de libertad.

La propia Constitución de ese año previó en el artículo 103 que el presidente y los demás funcionarios públicos previstos, que serían responsables políticamente de cualquier violación expresa a la Constitución *por ataques a la libertad electoral*, por lo que la “pena” aplicable sería la separación inmediata de su cargo. El procedimiento marcado en el artículo 105 de la propia Constitución expresaba que, ante una declaración condenatoria, la Suprema Corte declarararía dicha pena, además de las previstas en las leyes.

Pero el grave inconveniente de persistir en esta perspectiva es que el ámbito penal se enfoca sólo al castigo de los operadores inmediatos del delito, pero no es eficaz en culpar y sancionar a los que planean y maquinan el fraude en las elecciones, beneficiándose del mismo, desde las superiores esferas del poder.

Las estadísticas penales en materia electoral son magras, por lo que considero que la vertiente de responsabilidad política y su sanción para la remoción del cargo y/o la suspensión de los derechos políticos de los inculcados, deberían ser las medidas idóneas; además de considerar, en su caso, la anulación de la elección correspondiente. Por supuesto, en este caso, no todos los actos ilícitos conducen a la anulación de una elección, ya que tendrían que ser graves y de una proporción que afecte a la elección en su globalidad.

La legislación constitucional de las entidades federativas contempló también reglas estrictas sobre el sufragio, no sólo como repetición de la regulación federal, sino con conceptos propios. En materia de fraude electoral, los Estados han observado un expediente claro al respecto. El Con-

greso del Estado de Aguascalientes anuló la reelección de Jesús Gómez de Portugal como gobernador ante la prueba de imposición de funcionarios de casillas, nombrando a Ignacio T. Chávez, gobernador interino.

El celo de los Estados para respetar los derechos políticos se observa en la disposición de la Constitución de Jalisco del 24 de noviembre de 1857, que consagró a los derechos políticos como preeminentes en el marco de los derechos humanos. (González Oropeza, M., 2016)

A pesar de los altos fines de las elecciones, la lucha de facciones, intereses y partidos políticos provocaron la división de la sociedad y múltiples acusaciones de fraude electoral, así como en ocasiones violencia física, tal como se reporta desde 1871, por lo menos, con la elección de Benito Juárez contra Porfirio Díaz. La violencia ha reportado diversas muertes tanto en las elecciones municipales como en las de candidatos presidenciales.<sup>1</sup>

Las prácticas fraudulentas están acompañadas de actos violentos. En la elección de 2021 hubo noventa homicidios que afectaron a casi todos los partidos políticos.

Los delitos se concentraron en alrededor de diez Estados (*El Financiero*, 19 de junio de 2018). Incluso algunos funcionarios electorales fueron objeto de estas agresiones y amenazas. No hubo esclarecimientos ni detenciones de los culpables y, paradójicamente, la Secretaría de Gobernación no intervino, argumentando que correspondía a la procuración de justicia local perseguir estos delitos. Sin embargo, si se presume que la delincuencia organizada está involucrada, o es una materia de impacto

---

<sup>1</sup> En la elección de 1928, tanto los candidatos Francisco R. Serrano como Arnulfo R. Gómez fueron ejecutados, el primero en Huitzilac el 3 de octubre de 1927 y el segundo en Teocelo el 4 de noviembre del mismo año; así como el propio presidente electo, Alvaro Obregón, el 7 de julio de 1928 en San Ángel, Ciudad de México. Posteriormente, Luis Donald Colosio, el 23 de marzo de 1994 en Tijuana, Baja California. La inconformidad violenta de candidatos que han perdido la contienda presidencial también presenta rebeliones y sublevaciones, como la de Juan Andreu Almázan desde La Habana, Cuba, ante su derrota en la elección del 7 de julio de 1940. Las serias imputaciones de fraude han sido elemento común en las elecciones en México, aunque sean falsas o verdaderas; sin embargo, su reiteración en la historia electoral del país demerita su veracidad y alcances. Al efecto, es interesante la publicación de Alfonso Macedo Aguilar compilando los *Documentos importantes relacionados con las elecciones verificadas en Toluca, México, en el año de 1826* (Instituto Estatal Electoral. Facsímil de la primera edición de 1826. Imprenta Martín Rivera), donde se informa la valoración de actos fraudulentos ("*seducción del electorado*") durante la elección de diputados constituyentes del Estado de México en 1826 por autoridad judicial, dando cuenta de meros indicios y verdades de oídas, entre las logias escocesa y Yorkina, representada por Melchor Múzquiz y Vicente Guerrero.

nacional, correspondería a las autoridades federales. (*Excélsior*: 9 de junio de 2018)

La mera persecución de delitos electorales o la anulación, multa o nulidad de una elección, como resultado de violaciones, fraudes o usurpaciones no son sanciones eficaces para quienes violentan los valores fundamentales de una elección. Desde 1857, tanto los gobernadores como el presidente de la República habían sido responsables por violación expresa a la Constitución y leyes federales, de manera sobresaliente, por ataques a la *libertad electoral* como lo prescribió el artículo 103 de dicho texto fundamental. Los “delitos oficiales” eran sustanciados por el Congreso como jurado de acusación y la Suprema Corte como jurado de sentencia (Artículo 105 de la Constitución de 1857). El Congreso determinaba la culpabilidad del servidor y la Corte dictaba la pena correspondiente.

Con la reforma constitucional de 1917, el artículo 108 determina la responsabilidad política a los gobernadores por violaciones a la Constitución y leyes federales, sólo calificándolas como “graves” por el artículo 110, pero dando al veredicto del Congreso una naturaleza “declarativa”, a efecto de que la Legislatura local pronunciara la sanción, de acuerdo con sus atribuciones. Este sistema justificado en la década de los 80 del siglo pasado, puede no ser idóneo en la actualidad, por las relaciones de control que el Ejecutivo local pudiera ejercer sobre las legislaturas de sus Estados.

La impunidad política de los presidentes de la República destruye la democracia, y ésta se sustenta en la doble responsabilidad de los gobernadores de los Estados.

Este complejo procedimiento en el juicio político no ha permitido fincar responsabilidad a los Ejecutivos locales por ninguna violación grave a la Constitución y leyes federales, como serían los ataques a la libertad electoral, y tan sólo han permitido la anulación de las elecciones donde el fraude ha sido comprobado y los culpables no han recibido ninguna sanción acorde a la gravedad de sus acciones. Al final, sólo el elector paga las consecuencias del fraude electoral al anularse la elección.

### III. ¿RESPONSABILIDAD POLÍTICA O RESPONSABILIDAD PENAL? HACIA UNA SOLUCIÓN INTEGRAL

En el pasado reciente, los conflictos electorales generaban sanciones políticas más que jurídicas: responsabilidades y destituciones, así como inha-

bilitaciones; eran las sanciones comunes para castigar fraudes electorales y usurpaciones del poder político. El juicio político mexicano cobra su gran dimensión de control constitucional, cuando se refiere a violaciones a los derechos humanos, a la división de poderes y a la forma de gobierno. Las elecciones implican tanto protección a los derechos fundamentales, como al respeto en la integración de los poderes de gobierno y el orden constitucional, así como la salvaguarda de la forma republicana de gobierno, que exige la formación de un gobierno representativo, electo democráticamente.

Si bien la responsabilidad política ha sido objeto de manipulación cuando los partidos políticos se enfrentan en luchas y debates estériles desde los orígenes electorales de nuestro país, lo anterior ha sido porque los procedimientos de responsabilidad política confiados al Congreso o Legislaturas no están exentos de conflictos de interés por lo que su diseño no garantiza imparcialidad.

Como se aprecia, la responsabilidad política estuvo ligada a infracciones electorales desde sus orígenes, en su vertiente tanto de derechos políticos como de forma de gobierno. Sin embargo, los conflictos electorales también generaron otras facultades constitucionales, pues su naturaleza electoral de conflicto político a menudo se transformaba en un hecho de armas. Por ello, el 11 de mayo de 1872 el presidente Benito Juárez presentó un proyecto de ley sobre estado de guerra otorgándole al Congreso, entonces unicameral, facultades para resolver los conflictos políticos internos de los estados derivados de problemas electorales. El tema fue debatido prolijamente en las sesiones del 5 y 7 de octubre del referido año, de donde surgió la conclusión de que el Senado sería competente.

No obstante, la facultad que se otorgaría al Senado para conocer de los conflictos políticos fue cuestionada, a partir de la sesión del 27 de octubre de 1873. El diputado José Fernández planteó el 30 de octubre del mismo año, que todo conflicto político implicaba un problema de legitimidad que afectaba la elección de las autoridades en conflicto.

Aunque la facultad senatorial para resolver los conflictos políticos fue aprobada en la sesión del Congreso el 9 de abril de 1874 y por la mayoría de las Legislaturas de los estados el 16 de septiembre de 1875, nunca se dilucidó en definitiva si esta facultad se aplicaría a los problemas de legitimidad.

Ante esta indefinición, la calificación de las elecciones se ha convertido en un acto jurisdiccional dejando a un lado la intervención de órganos políticos gracias a las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, las infracciones en materia electoral debieran proseguir con esta tendencia, no para conocer sólo de delitos, cuyos efectos son limitados por sancionar sólo a los agentes menores, sino incluso para instrumentar la nueva responsabilidad política a quienes violenten la Constitución en los fraudes electorales. La propuesta necesita de una explicación que doy a continuación.

Tanto revuelo causaron los interminables debates del siglo XX sobre las credenciales de diputados y senadores de la Legislatura XXVI que, un senador por el Estado de Morelos, el distinguido jurista José Diego Fernández, citando como ejemplo la elección de Fernando Iglesias Calderón, como senador por el Distrito Federal, a instancias de una organización política denominada “Confederación Cívica Independiente”, vislumbró por vez primera en los inicios de la tiranía de Victoriano Huerta, la necesidad de reformar la deslumbrante Constitución de 1857. A través de ella se incluyó la facultad de la Suprema Corte para investigar las violaciones al voto público, impresionante facultad ya desaparecida.

En otra discusión, el 6 de mayo de 1913 el diputado Estrada impugnó la credencial del presunto diputado Francisco Canale, porque le faltaba el requisito de vecindad en el Estado de Morelos, ya que era originario de Sinaloa. La vecindad se había basado en un título de propiedad privado que fue muy impugnado.

De tal manera, entre las reformas propuestas y publicadas en 1914 (*Diario de Jurisprudencia*, 1991, p.583-592), en homenaje a Francisco I. Madero, se propuso en el artículo 60 la siguiente redacción:

Cada Cámara califica las elecciones de sus miembros. Las credenciales objetadas conforme a la ley electoral se remitirán con las protestas y objeciones al juez de distrito del lugar en que se hizo la elección, para que averigüe la verdad de los hechos con que se funden las protestas u objeciones, dentro del término de quince días de recibido el expediente, y emita su dictamen sobre la validez de la credencial. En vista de la averiguación, la Cámara resolverá lo que estime conveniente (Palavicini, F., 1953).

En nuestra opinión, esta propuesta constituye el antecedente más inmediato del párrafo tercero del artículo 97 de la Constitución de 1917 (ya abrogado), según Hilario Medina y Teófilo Olea y Leyva, el esclare-

cimiento de hechos y la interpretación de la ley electoral debería hacerse objetivamente, de manera parecida a un proceso judicial, tal como lo había señalado Pablo Lozada; por ello, Diego Fernández propuso que se encomendase a los jueces de distrito los que, fuera del alcance de la influencia de alguna autoridad local o federal y de los partidos políticos involucrados, desarrollara imparcialmente la investigación de las elecciones afectadas por objeciones como la vecindad o residencia, por ejemplo.

De tal manera, que el papel encomendado a la Suprema Corte por el artículo 97 constitucional, no se refería propiamente a la investigación de hechos en general, sino a las violaciones a la prerrogativa del ciudadano, que es el voto público; por ello, el proyecto aludió:

La reforma faculta tanto a las Cámaras como al mismo Poder Ejecutivo, para excitar a la Suprema Corte a que comisione a uno o algunos de sus miembros, o a un magistrado de circuito, o a un juez de distrito, o a una comisión nombrada por ello para abrir la averiguación correspondiente, únicamente para esclarecer el hecho que se desea conocer. (García Naranjo, N., 1956, p. 74)

Por otra parte, en el ánimo de los abogados que participaron en la XXVI Legislatura, estaba la interpretación y el debate que suscitó el conflicto armado de José F. Gómez en Juchitán contra el gobierno del Estado de Oaxaca, con base en el actual artículo 119 constitucional. Efectivamente, pues el auxilio federal se refiere a la intervención de todos los poderes de la Federación para reestablecer el orden constitucional quebrantado en un Estado.

El 27 de noviembre de 1911, fue conocida la excitativa en el pleno de la Suprema Corte de los ministros Chapital y Bulle Goyri que propusieron como facultad de la Corte el intervenir en el conflicto de Oaxaca, por lo que “el auxilio que (la Corte) puede dar es el de su opinión”. El asunto ocupó varios días en la prensa, aunque la propuesta de Chapital fue desechada finalmente el 2 de diciembre de 1911 (García Naranjo, N., 1956, p. 74).

En abril de 2008 la función de investigación sobre violaciones graves al voto público de la Suprema Corte fue abrogada a pesar de que las infracciones electorales pudieran derivar en violaciones graves a los derechos humanos y a la forma de gobierno, materias que podrían descubrir res-

ponsabilidades políticas de servidores públicos, por implicar ataques a la libertad electoral de los ciudadanos. Dicha reforma confundió la nulidad declarada por los tribunales electorales, con la responsabilidad política por los actos inconstitucionales de una autoridad.

Actualmente no hay ninguna autoridad electoral que descubra y finque responsabilidad por esta falta, descrita desde 1870 por el decreto de Benito Juárez en materia de responsabilidad política; ya que los tribunales electorales sólo pueden inaplicar leyes inconstitucionales cuando se juzgan casos concretos o bien anular los resultados de las elecciones cuando incurran en infracciones graves y generalizadas en los procesos electorales.

Desde 1871, en todas las elecciones presidenciales de México se ha alegado fraude y no hay una instancia imparcial para investigar los hechos y, en su caso, proceder a fincar la responsabilidad política que corresponda. Sólo importa saber si los fraudes pueden provocar la nulidad de la elección. Si bien en un proceso electoral viciado resulta importante anularlo, lo más importante es retirar la confianza popular de la autoridad que provoca ese vicio. Los ataques a la libertad electoral constituyen, sin lugar a duda, una violación a la Constitución.

La Comisión de Venecia del Consejo de Europa, a la cual pertenece México como miembro desde 2010, aprobó el 5 de diciembre de 2013 el “Reporte sobre el abuso de recursos administrativos en los procesos electorales” (Study 585/2010) CDL-AD (2013) 033, donde se considera grave la violación al principio de neutralidad que las autoridades deben observar durante los procesos electorales. Este principio está definido en el artículo 134 de la Constitución de México

La infracción a la libertad electoral puede o no provocar la nulidad de una elección, así como implicar o no la comisión de delitos electorales y la violación administrativa a las leyes electorales; por lo que se pretendería investigar y sancionar la infracción por parte de la autoridad al principio constitucional de neutralidad e imparcialidad que la Constitución le requiere en la celebración de elecciones libres.

Sin embargo, la tradición histórica por la cual los jueces conducían las averiguaciones, incluso en los procesos penales para que se hiciera cargo de las fases de instrucción en los juicios correspondientes, fue práctica común durante el siglo XIX, por lo que los promotores fiscales y el procurador general estuvieron adscritos a los poderes judiciales correspondientes; de tal suerte que los hechos fueran averiguados con total imparcialidad

para que posteriormente otro juez distinto al de instrucción, se encargará de aplicar la norma y la sanción correspondiente.

Este procedimiento que tuvo mayor efectividad en los procesos penales sirvió de paradigma en los juicios políticos, los cuales, si bien no aplicaban sanciones privativas de la libertad, sí aplicaban sanciones de índole política como lo son la remoción del cargo y la inhabilitación para ocupar nuevos cargos públicos. En los procedimientos para privar a un servidor público de su cargo y derechos políticos de ser votado en elecciones populares tenía que garantizarse el debido proceso legal mediante una fase de instrucción imparcial sobre los hechos imputados, así como una determinación objetiva de la culpabilidad de dicho servidor público; para que, posteriormente, un juez pudiera aplicar la sanción política respectiva.

La Suprema Corte de Justicia no ha sido ajena al procedimiento de responsabilidad política ni a los procesos electorales pues los ministros integrantes de la misma fueron electos popularmente hasta 1928 y, además correspondía a la Suprema Corte de Justicia conocer de las causas imputadas al Presidente de la República y a los gobernadores de los estados sobre acusaciones “por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hagan las elecciones de presidente, senadores y diputados”, según los dispusieron los artículos 38, 39, 40 y 137 fracción quinta de la Constitución Federal de 1824 y que también se prescribió en el artículo 105 de la Constitución de 1857. Ante la supresión del Senado, la Suprema Corte de Justicia tendría el carácter de jurado de sentencia para aplicar la sanción prevista en la ley correspondiente ante la condena del gran jurado en que se erigía la Cámara de Diputados.

Porfirio Díaz fue un maestro consumado en el despojo de atribuciones hacia los demás poderes. De la misma manera modificó la sustitución presidencial en 1882, que la Constitución de 1857 había conferido al presidente de la Suprema Corte y por la cual Benito Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada y José María Iglesias habían ascendido a la primera magistratura del país, prorrogándose en sus funciones.

“Fraude electoral” fue un término del arte que fraguó Porfirio Díaz desde la elección presidencial de 1871 contra Benito Juárez y que también utilizó Sebastián Lerdo de Tejada, cuando vio la oportunidad de suceder al Benemérito, enfermo y desprestigiado por el largo desempeño de su gestión. La reelección de 1904 conjugó además la manipulación del período presidencial, a propuesta del diputado Alonso Rodríguez Miramón, ampliándola de cuatro a seis años, por lo que la siguiente reelección de 1910

marcó no sólo la perpetuación de Díaz, sino el inicio de la Revolución Mexicana. Todavía tendremos mucho que discutir sobre las alegaciones de “fraude electoral”.

#### IV. CONCLUSIONES

La sanción a las elecciones debe meditarse ampliamente. En el momento actual, la responsabilidad penal es parcialmente procedente para los agentes menores, porque está seriamente afectada de ineficiencia y corrupción en la grave tarea de persecución de los delitos.

Por otra parte, el partidismo que impera en las prácticas parlamentarias tampoco ha permitido que prospere la responsabilidad política hacia los poderes ejecutivos. Ningún presidente ni gobernador de algún Estado ha sido removido de su cargo, como resultado de un juicio político, en los doscientos años de existencia de las instituciones republicanas.

Desde 1917, el presidente de la República y varios gobernadores de los Estados son impunes a cualquier intento por fincar responsabilidad política; en esta materia, los actos parlamentarios están plenamente identificados con parcialidad y conflictos de interés.

Por lo anterior, debiera pensarse en un diseño constitucional más idóneo al actual, donde la investigación de los hechos presuntamente infractores de las elecciones, fueran investigados por actores imparciales como lo son, de inicio, los jueces constitucionales o electorales y no representantes de partidos políticos interesados; tal como el constituyente ideó para la investigación de violaciones al voto público.

Siendo las infracciones electorales, violaciones constitucionales, no hay servidores más ideales que los jueces constitucionales. En ellos descansa el control constitucional de las leyes electorales, tanto federales como locales. Así mismo, en los tribunales descansa actualmente la calificación electoral de todos los servidores públicos. ¿Por qué no podrían determinar la responsabilidad derivada de infracciones electorales y, por tanto, identificar la violación constitucional de los ataques a la libertad electoral?

El resultado de su investigación, de naturaleza judicial, sometido al debido proceso legal y con total imparcialidad y neutralidad, debería conducir a la consignación de hechos y actores culpables ante la Suprema Corte que discutiría la sanción aplicable en términos de la suspensión e inhabi-

litación en el cargo que, como pena, conllevaría también la suspensión de los derechos políticos del servidor inculgado.

De esta manera, rescataríamos la verdadera responsabilidad política sugerida por Benito Juárez desde 1870. La incriminación de delitos o la anulación de resultados electorales subsistirían como medidas cuyo interés jurídico protegido persiguen diferentes finalidades; sin embargo, la responsabilidad política de los servidores, incluido el presidente, expresidentes, gobernadores y exgobernadores sería efectiva para sancionar los actos fraudulentos al nivel de su jerarquía.

## V. FUENTES CONSULTADAS

*Diario de Jurisprudencia*. (1911). México.

GONZÁLEZ OROPEZA, M. (2016). *Digesto Constitucional Mexicano*. Evolución Constitucional del Estado de Jalisco. Suprema Corte de Justicia.

LÓPEZ PINTOR, R. (2017). *Fraude electoral*. Diccionario Electoral. Tomo I. A-K. THOMPSON, José y GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel (coords.), IIDH-Tribunal Electoral-CAPEL. 3a. ed., San José, C. R.

PALAVICINI, Félix F. (1953). *Los Diputados*. Tipografía "El Faro". 1913. Reeditado en 1876 por el Fondo para la historia de las ideas revolucionarias en México. Moheno, Querido. Mi actuación política después de la decena trágica. Ediciones Botas. 1939. García Naranjo, Nemesio. José María Lozano en la tribuna parlamentaria. Editorial Jus.



## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y RODRIGO LARA, B. (coords.), *COVI-19 y libertad religiosa*, Madrid, Iustel, 2021, 535 pp.

Jorge ADAME GODDARD\*

¿Son justas las restricciones al culto público establecidas por causa de la pandemia del COVID-19? Esta es la cuestión que trata el interesante y sugerente libro coordinado por Javier Martínez-Torrón y Belén Rodrigo Lara, titulado *COVID-19 y libertad religiosa*. Dado el temor que ha generado la pandemia entre la población y los dirigentes políticos, se puede afirmar, sin reflexionar, que las restricciones fueron legítimas y necesarias, para salvaguardar, en lo posible, la salud pública. Pero ese libro, que es una recopilación de diferentes trabajos acerca de las medidas que se han tomado en varios países de Europa y América, hace ver que el asunto amerita reflexión, pues lo que está en juego, no es únicamente la salud del pueblo, sino también la salud de los regímenes democráticos analizados, que han manifestado diversos síntomas de absolutismo y de violación de los derechos fundamentales del ser humano.

El libro contiene dos trabajos que ofrecen una perspectiva general sobre el tema, nueve que se ocupan de lo ocurrido en otros tantos países de Europa, incluido el Estado Vaticano, y otros siete que se refieren a países americanos; el trabajo sobre las restricciones en México, escrito por Alberto Patiño, conocido estudioso del tema de la libertad religiosa, está muy bien documentado.

Como lo anuncia el título del libro, la perspectiva común de los autores es evaluar si las medidas de cualquier tipo, administrativas, reglamentarias o legales, que restringieron de diversa manera el culto público, dictadas

---

\* Investigador Titular, nivel C, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ORCID 0000-0002-0945, correo electrónico [adame@unam.mx](mailto:adame@unam.mx).

por razón de la pandemia, contradicen o no el derecho de libertad religiosa, tal como está reconocido y protegido por las constituciones nacionales y por los tratados internacionales de derechos humanos.

Con el fin de presentar esa perspectiva, voy a analizar brevemente lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (nueva York 1966) en su artículo 18 sobre las restricciones a la libertad religiosa, dado que ese artículo es la fuente de donde deriva el régimen de la libertad religiosa en otros tratados internacionales.

La libertad de tener una religión no tiene limitación alguna, pero sí la de manifestar esa religión, la cual puede estar sujeta (artículo 18-3) “únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Las limitaciones admitidas deben cumplir dos condiciones, según lo prescrito en ese párrafo: la primera es que sean “prescritas por la ley”, de modo que no valen las establecidas en un reglamento ni las dictadas por cualquier instancia administrativa, judicial o cuasi judicial, que no tengan fundamento en una ley. La otra condición es que tales limitaciones sean “necesarias para proteger” los bienes enumerados, de modo que no se pueden aplicar limitaciones para incrementar esos bienes, ni aquellas que, siendo convenientes, no son realmente necesarias.

Para tener más elementos de juicio sobre cómo podrían aplicarse correctamente esas limitaciones, conviene considerar que el Pacto establece (artículo 4-1 y 2) que el derecho de libertad religiosa es uno de los derechos cuya vigencia los Estados no pueden suspender ni siquiera en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”. Y también afirma (artículo 5-1) que ninguna disposición del tratado puede interpretarse en el sentido de permitir o dar derecho a un Estado, grupo o individuo para suspender los derechos humanos o para restringirlos “en mayor medida” que la prevista por los tratados.

Teniendo en mente esos criterios de juicio, resulta muy claro que la mayor parte de las restricciones que ordenaron imperativamente los Estados, a nivel federal, estatal o municipal, son violatorias del derecho de libertad religiosa, tal como está regulado en los tratados de derechos humanos.

Los autores del libro ofrecen una descripción detallada de las medidas concretas tomadas en distintos países. Por ejemplo, en Los Ángeles, California, el pastor de la *Grace Community Church*, obedeció las medidas dictadas por el Departamento de Salud Pública del Condado, pero,

después de veinte semanas, pareció a la comunidad que las medidas resultaban exageradas y que hacían más daño que bien, porque, entre otras cosas, privaban a los fieles del apoyo recíproco que necesitaban, por lo que el pastor declaró, el 24 de julio de 2020, que ya no obedecerían esas medidas, y la comunidad volvió a reunirse. Se generó un conflicto judicial. El condado ganó el juicio en primera instancia, y en el tribunal de apelaciones del estado; pero la comunidad se negó a obedecer, y seguía reuniéndose, diciendo, entre otros argumentos, que sus reuniones eran mucho menos peligrosas a la salud que lo que las manifestaciones populares en apoyo a los derechos ciudadanos de los afroamericanos (*Blacks Life Matter*). El caso ha llegado a la Suprema Corte de Justicia, que tiene que evaluar si las medidas van en contra del derecho de libertad religiosa, de acuerdo con lo que prescribe la Primera Enmienda Constitucional. Es posible que la decisión de la Corte llegue a fijar la política que se seguirá en el futuro respecto de esta materia.

En México, cada estado y muchos municipios han dictado medidas al respecto. En la Ciudad de México, cuando se decidió terminar el confinamiento inicial y transitar hacia la “nueva normalidad”, se permitió que las actividades comerciales en mercados, supermercados y tiendas de autoservicio pudieran reanudarse al 30% de su capacidad, pero las celebraciones de culto en el interior de los templos seguían suspendidas; luego se llevó a cabo la reapertura de los templos al culto público, con asistencia reducida, pero se ordenó expresamente que las misas no debían de durar más de 30 minutos, y el mismo decreto permitía la apertura al público de salas de cine, sin poner límite temporal a la duración de las películas.

Al principio del confinamiento, el gobierno de Chihuahua ordenó la suspensión de actos de culto o reuniones en templos o iglesias, que considera que son actividades similares a las realizadas en otros espacios como cines, teatros, museos, bares, centros nocturnos, salones de eventos, balnearios y otros. En Sonora, el gobierno del estado emitió un decreto en el que ordenó la suspensión de reuniones de culto, y también la celebración de bautizos, bodas y primeras comuniones, como si el gobierno pudiera regular acerca de los sacramentos. El municipio de Allende, Coahuila, ordenó la suspensión de todo culto religioso en su territorio, sin distinguir si es culto privado o público.

En el municipio de Irapuato, el ayuntamiento dispuso el 20 de marzo la suspensión de actividades en espacios públicos, incluidos los templos y las actividades de culto; en el mes de junio, el obispo celebraba una

Misa, con asistencia reducida de fieles y cumplimiento de las correspondientes medidas sanitarias, con motivo de la fiesta del Sagrado Corazón, y las autoridades municipales, acompañadas de elementos de la fuerza pública, irrumpieron en la celebración para evitar que continuara. También en el estado de Guanajuato, el municipio de San Miguel Allende ordenó, al principio del confinamiento, la suspensión de actividades en los templos, pero permitió que los bares y restaurantes siguieran operando al cincuenta por ciento de su capacidad.

El libro también da cuenta de casos de diálogo y entendimiento entre los gobernantes civiles y los religiosos, en los que las iglesias deciden, por sí mismas, reducir la asistencia a sus celebraciones y aplicar medidas sanitarias adecuadas, como sucedió en el estado de Colima, o en el de Jalisco, en cierto momento, que son ejemplos de cómo deben afrontarse este tipo de emergencias. Sobre esta posibilidad de diálogo y entendimiento entre los dirigentes civiles y religiosos, es particularmente interesante el trabajo que ofrece el libro acerca de las restricciones que se hicieron en el Estado Vaticano, en el cual no se impusieron medidas de carácter político administrativo, sino las medidas que propuso el papa como cabeza de la Iglesia Católica, de modo que las restricciones se fundan en el derecho canónico.

Como lo sugieren los trabajos de Javier Martínez Torrón y Barry W. Bussey en este libro, el juicio sobre la justicia de estas restricciones debe hacerse, no solo desde la perspectiva de la protección del derecho de libertad religiosa, sino también desde el principio de separación de las iglesias y el Estado y respeto recíproco de su respectiva autonomía.

El libro coordinado por Javier Martínez Torrón y Belén Rodrigo ofrece mucha información detallada sobre este tema, así como reflexiones interesantes y juicios acertados acerca de la justicia de las restricciones, desde una perspectiva, no solo de denuncia, sino sobre todo de búsqueda de diálogo para afrontar el problema conjuntamente entre las iglesias y los gobernantes civiles.

Contiene estudios especiales sobre la situación en Alemania, España, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, y lo que se ha hecho en el pequeño estado vaticano, y sobre la posición que ha tomado la Santa Sede. Hay también estudios de la situación en diversos países de América, que son, además del trabajo sobre México ya comentado, estudios sobre la situación en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Estado Unidos, Perú y Uruguay. 



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

ALBERT, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, 338 pp.

Jaime OLAIZ GONZÁLEZ\*

Durante los últimos treinta años, el estudio del cambio constitucional ha ocupado un lugar preponderante en la articulación de la teoría constitucional contemporánea. Desde el primer volumen de *We the People* publicado en 1991 (Ackerman, B., 1991) hasta *The Cycles of Constitutional Time* de 2020 (Balkin, J., 2020), podemos encontrar una doctrina muy vasta sobre el cambio constitucional y sus efectos dentro del derecho y la política constitucionales.

*Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* se inscribe en esta dilatada tradición doctrinal de la teoría constitucional, con un carácter original, profundo, provocador y revelador que merecen especial atención y reconocimiento.

Richard Albert nos propone una taxonomía de la enmienda constitucional con una profundidad y detalle tales, que su libro es en realidad un tratado sobre la teoría general de las enmiendas constitucionales y al mismo tiempo, un extenso estudio de constitucionalismo comparado sobre reformas constitucionales.

A partir de la pregunta central ¿qué es una enmienda y en qué condiciones habremos de reconocer su validez?, *Constitutional Amendments* emprende un *tour de force* para descubrir la esencia de las enmiendas constitucionales, sus distintas formas y funciones, su carácter rígido o flexible y

---

\* Profesor investigador de Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. ORCID: 0000-0002-5723-8947 Correo electrónico: [jolaiz@up.edu.mx](mailto:jolaiz@up.edu.mx).

su operación creadora o transformativa. En cada uno de los capítulos que integran la obra, se aprecia el carácter autoritativo de las expresiones del profesor Albert, así como su vasto conocimiento del estado del arte sobre enmiendas constitucionales alrededor del mundo. Es particularmente notable la claridad con la que nos explica la teoría de la estructura básica de la Constitución de la India, como la teoría de los momentos constitucionales de Bruce Ackerman, las complejidades procedimentales para implementar reformas constitucionales en Canadá o Francia, o las contribuciones doctrinarias de la experiencia colombiana sobre la teoría de la sustitución. Cada uno de los casos de constitucionalismo comparado que el autor incorpora a su obra están tratados con solvencia y profundidad.

Es pertinente pues, ubicar la obra del profesor Albert, dentro de la teoría dominante sobre el cambio constitucional:

Desde mi perspectiva, hasta la aparición de *Constitutional Amendments*, las tendencias más influyentes en la materia fluctuaban: 1) por un lado, entre el historicismo constitucional de las tesis de Bruce Ackerman o Akhil Amar; 2) por el procedimentalismo en torno a la mutabilidad constitucional representado por los trabajos de Lutz, Ferejohn, Ginsburg y Elkins, o 3) por el textualismo y constructivismo constitucionales de Sanford Levinson y Jack Balkin, principalmente. El rasgo común entre estas aproximaciones epistemológicas al cambio constitucional es su tratamiento consecuencialista del tema. Salvo algunas excepciones entre ellos, es raro encontrar en estas posturas doctrinales en torno al cambio constitucional un abordaje centrado en la esencia, en el concepto, clasificación, estructura y operación del cambio constitucional en general y de las enmiendas constitucionales en lo específico. De ahí la originalidad del trabajo de Richard Albert, que se adscribe a una aproximación más sustantiva o material del cambio constitucional.

Así, se aprecia un tránsito de las doctrinas formalistas en torno a las preguntas relativas a *cómo* se lleva a cabo el cambio constitucional y *quiénes* son los agentes legitimados para hacerlo —propias del procedimentalismo—, hacia nuevas discusiones alrededor del *qué*, del contenido del cambio y sus efectos. Estas últimas pueden referirse como corrientes *sustantivistas*. Dentro de ellas, encontramos los influyentes trabajos de Rosalind Dixon, David Landau, Richard Albert y Yaniv Roznai.

La aparición de estas corrientes obedece al incremento de la intensidad con la que el constitucionalismo comparado y el diálogo jurisprudencial

han atendido la dinámica del cambio constitucional y sus problemas. En específico, la *enmienda constitucional* se reivindica como el vehículo por excelencia para articular el cambio constitucional y es el objeto en el que los expositores de estas corrientes centran sus análisis.

De ahí la importancia para delimitar con claridad las posibilidades, alcances y justificaciones de las enmiendas constitucionales no sólo como mecanismo de transformación sino como expresión de los principios y valores que una comunidad política considera de especial relevancia para el proceso social y la redefinición de su identidad.

Albert postula una aproximación alternativa al estricto procedimentalismo o a la estrechez del textualismo, al articular una teoría sobre las alteraciones constitucionales basadas en su contenido. Esta doctrina orientada en los contenidos de las enmiendas permite distinguir con mayor claridad aquellos cambios que comportan modificaciones ordinarias al texto constitucional cuyo único rasgo relevante es el seguimiento del procedimiento formal de alteración constitucional, de aquellas transformaciones constitucionales más sustanciales y que alteran de forma significativa al texto y su operación (Albert, R., 2019, p. 78). A las primeras, las clasifica como *enmiendas constitucionales* y a las segundas como *desmembramientos constitucionales*,

[Se] trata de cambios transformativos con consecuencias mucho mayores que las que producen las enmiendas. Violentan a la Constitución existente, ya sea al reconfigurar su identidad, o al rechazar o reformar un derecho fundamental, o al destruir y reconstruir un pilar estructural de la Constitución (Albert, R., 2019, p. 78).

Así, el profesor Albert establece dos categorías dentro del cambio constitucional: 1) las enmiendas, y 2) los desmembramientos. Cada una de ellas caracterizada por su normalidad o excepcionalidad, respectivamente.

Es importante comprender los distintos grados de alteración constitucional que se desprenden de la teoría de Albert: en un nivel básico, nos encontramos con las enmiendas constitucionales tradicionales que no alteran el contenido fundamental de la Constitución vigente y no significan una modificación a temas sustanciales del arreglo constitucional. En un nivel intermedio, aparecen los desmembramientos constitucionales que, como hemos visto, transforman con gran radicalidad algunos dispositivos que resultan fundamentales dentro de la Constitución, pero al mismo tiempo

esta última subsiste, aunque en virtud del desmembramiento, dentro de un orden constitucional completamente diferente al ámbito que fue modificado por aquel. Y finalmente, en el extremo del cambio constitucional, está la posibilidad residual de la sustitución de una Constitución por otra, en la que la nueva refleje una serie de principios y valores radicalmente opuestos a los de la Constitución que reemplazó.

El rasgo distintivo de la teoría de Albert es que introduce la categoría de los desmembramientos constitucionales para superar la estrecha dicotomía entre meras enmiendas a la Constitución o el remplazo definitivo de esta última, como las únicas alternativas para la creación y diseño constitucionales.

Como explica Albert, no debe sorprendernos encontrar enmiendas constitucionales, que siguieron el procedimiento formal de alteración constitucional y que se consideran incorporadas válidamente a la continuidad de la Constitución vigente, pero que su objeto y alcances son de tal entidad, que en realidad son mucho más que una enmienda y, en consecuencia, nos encontramos más bien frente a genuinos desmembramientos constitucionales (Albert, R., 2019, p. 78).

La propuesta central de Albert sobre los desmembramientos constitucionales como una categoría intermedia entre las enmiendas ordinarias y una nueva Constitución, no por ser plausible deja de ser problemática, porque en la práctica podemos cuestionarnos ¿quién y cómo se califica si un cambio constitucional es una enmienda o un desmembramiento? o ¿cuáles son los parámetros para establecer esta diferencia de forma autoritativa? Y esto se agrava en casos como el de México, en que no existen ni facultades ni procedimientos que autoricen el escrutinio de las reformas o adiciones a la Constitución.

Por otra parte, también es importante poner en la mesa las distintas rutas que caracterizan la articulación de las enmiendas constitucionales. Albert reconoce seis posibilidades a partir de la combinación de dos elementos (Albert, R., 2019, pp. 176 y 177): 1) Por un lado, el número de agentes legitimados para presentar formalmente propuestas de enmienda constitucional. En este caso pueden ser uno sólo (exclusivo) o varios (múltiple); y 2) por otro, la existencia de un sólo proceso general para realizar una enmienda constitucional, aplicable a todos los temas indistintamente; o, por el contrario, el establecimiento de procedimientos diferenciados de enmienda constitucional con base en su objeto.

Dentro de esta última categoría, Albert distingue entre procedimientos comprensivos, restringidos y excluyentes. De éstos resultan seis posibles rutas de enmienda formal, de las que a su vez se desprende, por ejemplo, que las vías exclusivas tenderán más a la rigidez del cambio constitucional que las vías múltiples, que no depositan el control exclusivo del procedimiento de enmienda en un sólo participante. A mayor número de participantes legitimados, menor la posibilidad de estasis. De vuelta, en las combinaciones que comportan una vía exclusiva de enmienda constitucional, la parálisis es una variable frecuente.

En el mismo contexto, el carácter comprensivo hace más factible la frecuencia del cambio constitucional, en contraste con los tipos restringido o excluyente, cuya onerosidad en el procedimiento o el carácter inmutable de algunos de sus dispositivos, hace más difícil el cambio constitucional.

La eficiencia de cada una de estas combinaciones está condicionada por el contexto cultural y constitucional que caracteriza a una comunidad política determinada. Así, es muy factible que el carácter comprensivo sea más idóneo dentro de ecosistemas constitucionales más institucionalizados y democráticos, mientras que las combinaciones de tipo restrictivo o excluyente resulten más convenientes dentro de sistemas que persiguen la maximización de la estabilidad y perdurabilidad de la Constitución.

En adición a esta clasificación, Albert describe tres tipos de cultura relativa a la enmienda constitucional: 1) aceleración, 2) redirección, y 3) incapacitación. Para el caso de México, interesa particularmente la cultura de aceleración que, en palabras de Albert, “[considera] las enmiendas formales como un ejercicio apropiado e incluso hasta esperado, de gobierno, con la consecuencia (obvia) de que es bastante natural que las enmiendas se lleven a cabo. Esto resulta en una cultura en la que la frecuencia de las enmiendas es relativamente acelerada en comparación con otras jurisdicciones” (Albert, R., 2019, p. 112).

A partir de estas clarificaciones en torno a la enmienda constitucional como vehículo principal para la transformación constitucional, se abordan los distintos mecanismos a partir de los que las enmiendas se pueden predicar de forma particular. Estos mecanismos han conformado una práctica recurrente del constitucionalismo global que de forma incremental ha ido ocupando un lugar central en las discusiones sobre el diseño constitucional contemporáneo.

Al analizar las distintas estrategias de enmienda constitucional: 1) por adición, 2) por desagregación, 3) por integración, y 4) invisible, el profesor Albert aborda la peculiar dinámica de cambio constitucional en México para ilustrar las complejidades del modelo integrativo y de la incorporación. Al describir lo que bien denomina *enmiendo-manía* o *reformanía*, desmenuza la práctica de las reformas constitucionales en el texto de 1917 y evidencia la incoherencia, desorden y contradicciones que subsisten en nuestra ley fundamental y lo resume en estos términos:

[La] extraordinaria extensión de la Constitución mexicana es solamente un síntoma de lo que realmente le aqueja: los partidos políticos han utilizado la Constitución tanto como código como plataforma política, empleando frecuentemente las enmiendas formales para realizar cambios que sería más apropiado formular en leyes secundarias. Las fuerzas del constitucionalismo político han presionado a los partidos al codificar sus programas y acuerdos políticos en la Constitución para reflejar la autenticidad y autoridad de sus planes, al mismo tiempo de proporcionarles durabilidad (Albert, R., 2019, p. 252).

Su diagnóstico es certero y simplemente me atrevería a complementarlo al considerar que la técnica de reforma constitucional que prevalece en México —conforme a sus mismos postulados— arroja un modelo híbrido que contiene rasgos tanto del modelo invisible como del integrador. La exploración de este carácter distintivo (o no) de la técnica de enmienda constitucional en México amerita futuras investigaciones sobre la arquitectura del cambio constitucional en nuestro país.

A diferencia de la intensidad con que se ha discutido el cambio constitucional dentro del constitucionalismo comparado o en la experiencia estadounidense, en México este tema ha adquirido mayor relevancia en la última década a partir de destacados trabajos de Jorge Carpizo, María Amparo Casar e Ignacio Marván, José María Serna, Xisca Pou y Andrea Pozas, por señalar algunos. No hay lugar a dudas que debemos continuar con la conversación iniciada por ellos para descifrar las complejas claves de nuestra dinámica de cambio constitucional y encontrar algunas vías de refinamiento del mecanismo previsto en el artículo 135 de la Constitución, como la transición de nuestro actual esquema de carácter *comprehensivo con vía múltiple* a uno *restringido con vía múltiple*, en lo que en otros espacios se ha descrito como *constitutional escalator* (Roznai, Y., 2017,

pp. 164-168). Otra faceta interesante de la conversación habrá de abordar las interesantes doctrinas de la estructura básica y de la sustitución, y la actitud de nuestro máximo tribunal frente a ellas.

Sobre esto último, también es importante señalar que la reserva del profesor Albert sobre las bondades de la doctrina de la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales funciona muy bien en sistemas políticos cuyos agentes operan en rangos de moderación institucional y democrática. El problema surge al querer aplicar esa misma reserva en contextos de regresión o erosión democrática en que las élites en turno instrumentan las enmiendas constitucionales a partir de sus mayorías parlamentarias. En esos casos, el rol del poder judicial resulta fundamental para preservar a la democracia y a la Constitución. Con esto no abogo por una suerte de *juristocracia* como la han denominado Carlos Bernal o el propio Richard Albert, pero sí reivindico la posibilidad de que, con un carácter residual, la Corte pueda calificar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales en una lógica de excepcionalidad semejante al conocido “rómpase en caso de incendio”.

*Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* es una contribución indispensable para el estudio de la teoría y práctica constitucionales. Por lo que aquí se ha comentado, no exagero al decir que su calidad e influencia le han conferido un nivel canónico dentro de la doctrina contemporánea. El profesor Albert encabeza una nueva generación de estudiosos del cambio constitucional y de las constituciones, que está articulando una nueva gramática en esta disciplina y que ya orienta las estrategias de transformación contemporáneas para reconciliar la promesa siempre vigente de la Constitución con las expectativas y demandas de las comunidades políticas en las que rige.

Decía Santiago Ramón y Cajal que no hay temas agotados, sino hombres agotados en los temas. Obras como *Constitutional Amendments* son de aquellas que en su continuo descubrimiento y discusión, no habrán de permitir agotarnos en el tema.

## BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B. (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

*Cuestiones Constitucionales*, Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN: 2448-4881

- ALBERT, R. (2019). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. New York: Oxford University Press.
- BALKIN, J. (2020). *The Cycles of Constitutional Time*. New York: Oxford University Press.
- ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

LÜBBE-WOLFF, Gertrude, *¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?*, trad. de Jorge L. León Vásquez, Lima, Palestra, 2019.

Armando SALAS CRUZ\*

Esta es una obra corta, de esas en las que en sus páginas —aparentemente sencillas— se entretajan reflexiones profundas que se han ido afinando durante largos años. En nuestro caso, Gertrude Lübbe-Wolff ejerció el cargo de jueza en el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) durante poco más de doce años.<sup>1</sup> La estructura de las reflexiones, además, tiene el marcado rigor y claridad de quien nunca se ha alejado del ámbito universitario, pues la autora es profesora de derecho constitucional en la Universidad de Bielefeld desde 1992. Que sea un texto breve se debe a que en su origen fue un discurso que la profesora Lübbe-Wolff pronunció en el Instituto Europeo de Estudios Jurídicos de la Universidad de Osnabrück, en el mismo año en que concluyó su encargo en la magistratura constitucional.<sup>2</sup>

En este interesante trabajo compuesto de tres apartados,<sup>3</sup> la autora nos introduce en la labor cotidiana del TCF a través de la invitación que

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Secretario en la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México. ORCID: 0000-0001-7765-5329. Correo: [armando.salasc@te.gob.mx](mailto:armando.salasc@te.gob.mx).

<sup>1</sup> Del 10 de abril de 2002 al 2 de junio de 2014.

<sup>2</sup> Quizá, por esa razón, recuerda de alguna forma a las lecciones jubilaires de los catedráticos de derecho de las Universidades españolas, en el sentido de ser una muy apretada exposición de las conclusiones a las que han llegado en su vida académica. En este rubro, sólo a manera de ejemplo, Nieto García, Alejandro, (2001), *Las limitaciones del conocimiento jurídico. Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>3</sup> Son los siguientes: I. *El significado central del recurso de amparo constitucional para la posición del Tribunal Constitucional Federal*; II. *La manera de trabajar del*

nos hace la “magistrada R del Segundo Senado”<sup>4</sup> para seguir sus pasos por los pasillos, oficinas y órganos de decisión de este alto tribunal. Conforme va transcurriendo la jornada laboral, y los días de sesión, la voz de la “magistrada R” explica desde la experiencia, pero también con el profundo conocimiento del significado de lo que implica la jurisdicción constitucional, los principales aspectos del funcionamiento interno del Tribunal de Karlsruhe. Esto, con el fin de que nos hagamos “una idea de lo que allí ocurre” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 27).

Mi objetivo en las líneas siguientes es destacar, mediante siete proposiciones y una nota final, algunos puntos relevantes que la obra toca y con ello acercar su rico contenido a quien tiene algún tipo de interés o simplemente curiosidad por la forma de trabajo de un Tribunal Constitucional que, como afirma Lübbe-Wolff en su prólogo, “ha funcionado generalmente, en los hechos, sin polarizar en gran medida o sin agudizar las polarizaciones existentes, sino por el contrario ha integrado; ha adoptado decisiones pacificadoras...” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 11).

1. *Sobre su integración y la normativa en que enmarca su actuar.* Para efectos de la exposición, debo hacer unas prevenciones mínimas. Lo que en nuestro contexto conocemos como «Salas» de la Suprema Corte de Justicia de México (Primera Sala y Segunda Sala), en el TCF se les denomina “Senados” y de igual forma son dos: el Primer Senado y el Segundo Senado. Cada uno está integrado por ocho jueces, de los que uno de ellos ejerce de presidente respectivamente. Ahora bien, los principales instrumentos normativos en los que el TCF enmarca su actuación son la Ley Fundamental de Bonn o Constitución Federal de Alemania, la Ley del Tribunal Constitucional Federal y el Reglamento del Tribunal Constitucional Federal.

2. *La relevancia del recurso de amparo constitucional.* El recurso de amparo constitucional es la columna que vertebra la maquinaria del TCF, a pesar de la importancia de los demás procesos constitucionales de los que conoce dicho tribunal.<sup>5</sup> Por esa razón la antigua magistrada constitucional parte de la premisa fundamental consistente en que el recurso de

---

*Tribunal*, y III. ¿Una jurisdicción constitucional fuerte es compatible con la democracia? Asimismo, se incluyen un prólogo que hace Lübbe-Wolff a la edición en español y una presentación por parte del director de la colección en la que se publica.

<sup>4</sup> Una especie de figura impersonal que generaliza la experiencia que vive cualquiera de los integrantes durante su encargo.

<sup>5</sup> Conflictos entre órganos, controversias entre la Federación y los Estados federados, control de normas abstracto y concreto, proceso de prohibición de partidos políticos.

amparo constitucional tiene un significado muy especial para la posición y el modo de funcionamiento del TCF. Cuantitativamente es indudable, si se toma en cuenta que, desde que inició sus labores en 1951 hasta 2013, del 100% de los diversos recursos promovidos el 96.54% corresponde a recursos de amparo constitucional. De ahí que las descripciones que hace Lübbe-Wolff, en cuanto al modo de funcionamiento interno del TCF, estén enfocadas precisamente en el diseño del recurso de amparo constitucional y, asimismo, en la manera en que se trabaja para que pueda llegar a ser debatido y resuelto por alguno de los dos Senados.

3. *El diseño del recurso de amparo constitucional es parte del prestigio del que disfruta el TCF.* La idea que puede deducirse junto con Lübbe-Wolff es que el diseño sencillo y accesible —de bajo umbral— del recurso de amparo constitucional es lo que ha permitido que el TCF sea percibido como un tribunal “que está ahí para cualquiera” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 22) y que sus fallos inciden directamente en los ciudadanos que han solicitado su ayuda. Se caracteriza por los elementos siguientes: 1) cualquiera puede formularlo aseverando haber sido lesionado en sus derechos fundamentales o en sus derechos equivalentes a los derechos fundamentales; 2) no se exige que esté representado por un abogado, aunque en ciertas ocasiones puede resultar obligatorio; y 3) el proceso es gratuito. Aunque no debe olvidarse que están establecidos ciertos requisitos de admisibilidad del recurso, mismos que la jurisprudencia constitucional ha ido precisando o endureciendo: el plazo del recurso debe respetarse; el agotamiento de la vía judicial; la necesidad de que esté fundamentado; ciertas exigencias en cuanto a la calidad de la argumentación jurídica; y además se requiere la aceptación para una decisión.

4. *La incidencia de los asistentes científicos en el trabajo del TCF.* Los asistentes científicos son quienes “apoyan a los jueces en su trabajo”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 29). Esta definición mínima, en principio, permite advertir que la incidencia de dichos asistentes depende, en definitiva, del estilo de trabajo que cada juez establece en su equipo, aunque lo cierto es que ese apoyo implica actividades jurisdiccionales o sustanciales. El número de asistentes científicos ha aumentado hasta llegar, en nuestros días, a cuatro por cada juez. El perfil general que describe la autora es que se trata de gente joven alrededor de los treinta años, que provienen principalmente del Poder Judicial o del ámbito universitario, ya que la mayoría de los magistrados, a la vez, son profesores universitarios y es común

que recluten a quienes son los asistentes de su cátedra, y ocasionalmente también provienen de la administración o de los ministerios (Secretarías de Estado). Un rasgo de interés es que se trata de un cargo que no tiene vocación de permanencia, en cambio, está en constante rotación, pues solo duran dos o tres años en el TCF y luego regresan a sus instituciones de origen u otros campos de trabajo.

Aquí aparece una semejanza importante con el caso mexicano, no en la rotación, sino en el acceso al cargo. Los «secretarios de estudio y cuenta» de la Suprema Corte de Justicia de México, equivalentes de los referidos asistentes científicos, también son elegidos y designados directamente por los ministros. Es decir, los jueces constitucionales alemanes y mexicanos cuentan con una potestad amplia y discrecional en la conformación de su círculo de ayudantes jurisdiccionales. Lübbe-Wolff no entra en detalles en cuanto a estos aspectos, pero ya que se destaca el papel del asistente científico por las actividades que desempeña (entre otras, estudio y preparación de los asuntos, así como la elaboración de propuestas de resoluciones, dictámenes y votos) hubiera sido deseable conocer una razón mínima acerca de la instauración institucional y conveniencia de dicha práctica en el TCF.

5. *La manera de trabajar los “asuntos pequeños”. Las Cámaras de los Senados y su orientación al consenso.* En la organización jurídica del TCF, la resolución de las llamadas «grandes decisiones» se reserva a la competencia de los Senados. En ese sentido, para hacer frente al creciente número de asuntos en los que se convierte en innecesaria la intervención del Senado (por tratarse en su mayoría de inadmisiones del recurso de amparo constitucional), se crearon las denominadas «Cámaras», cada una compuesta por tres magistrados del Senado. En la actualidad cada Senado tiene tres Cámaras, a las que se dio competencia para decidir “[...] sobre las solicitudes de las Cortes de los *Länder* (*Richtervorlage*), cuando estas son inadmisibles; y, en términos generales, sobre las inadmisiones (*Nichtannahme*) y estimaciones del recurso constitucional de amparo en casos claros y decidibles, con apoyo en la jurisprudencia existente del Senado” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 28). Con ello, comparativamente y por mucho, las Cámaras son las que deciden en la mayoría de los procesos ante el TCF. Nuestra autora precisa que en 2018 las Cámaras emitieron 5600 resoluciones, mientras los Senados solo 33.

La dinámica para que la Cámara llegue a una decisión es bastante interesante desde la perspectiva comparativa. Como regla general, la decisión

no se toma en una sesión, sino que se hace en el procedimiento de circulación. El juez ponente remite sucesivamente a los otros dos jueces de la Cámara el voto y el proyecto de resolución firmados por él. Si los otros dos jueces, al examinar la propuesta, la aprueban y firman, entonces la decisión habrá sido adoptada y corresponderá al último de los jueces que haya examinado la propuesta, colocar, al mismo tiempo, la fecha de su firma como la fecha de la resolución.

La cuestión esencial radica en que la Cámara solo puede decidir por unanimidad, según lo establece su normativa legal. De esa necesidad, por tanto, “se deriva una presión muy fuerte para encontrar el consenso”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 39). Esto hace que los miembros de la sección se esmeren en que el asunto pueda ser resuelto en esta instancia, sin la necesidad de llevar el asunto al Senado. Lo normal, nos señala Lübbe-Wolff, sería que quien tenga una objeción importante frente a la propuesta de resolución vaya —con el expediente bajo el brazo— en búsqueda del ponente “para hablar del asunto abiertamente” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 39).

6. *El Senado como centro de la deliberación.* El Senado es el lugar donde se debaten y resuelven los asuntos de trascendencia. Dos son los rasgos que caracterizan la toma de decisiones: la deliberación en secreto y la forma en que se elabora la resolución. En efecto, en los Senados del TCF se toma bastante en serio la regla de que las discusiones son secretas, es decir: “nadie, aparte de los magistrados, participa; ni siquiera los asistentes científicos que han intervenido en la preparación del voto y generalmente también en el proyecto de resolución”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 40). Para Lübbe-Wolff, el carácter confidencial de las deliberaciones es un rasgo positivo, ya que resguarda a los jueces de la presión política. En las antípodas, como se sabe, se encuentra el modelo adoptado por la Suprema Corte de Justicia de México, cuyo Pleno sesiona en público e inclusive son sesiones transmitidas en directo por televisión e Internet.

En cuanto a la forma en que se elabora la resolución, la autora alemana distingue dos fases de deliberación. En la primera fase, la denominada «deliberación especializada», los esfuerzos se dirigen hacia la construcción de la primera postura que los demás miembros del colegiado adoptarán en cuanto al asunto que ha sido preparado por el juez ponente. Él es el encargado de distribuir con anticipación suficiente —diez días antes de la sesión— la propuesta de solución (voto) que ha preparado, así como los materiales relevantes que sustentan sus argumentos. Ya en la sala de deli-

beraciones, el ponente resume su voto. Enseguida todos los demás miembros emiten una primera valoración en el orden que rige en cada Senado, en el caso del Segundo Senado, va del más joven en el cargo y termina con el presidente. Luego sigue una respuesta del ponente y después se da inicio al debate. Como se dijo con anterioridad, tal debate se orienta a obtener un consenso, “...siempre están los esfuerzos por llegar a una solución que pueda ser asumida por todos” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 46). No obstante, la deliberación especializada puede terminar en desacuerdo.

La fase siguiente, la “deliberación de lectura”, en pocas palabras consiste en trasladar el resultado de la fase previa en el papel y llegar a un documento consolidado por consenso. En consecuencia, el ponente debe elaborar un proyecto de resolución sobre la base de la «deliberación especializada» y distribuirlo a los otros miembros del Senado tanto de manera impresa como también en archivo Word. Los miembros del Senado, con frecuencia, harán llegar sus propuestas de modificación, “... que pueden ir desde simples correcciones de errores de tipeo, pasando por el estilo y retoques en los fundamentos individuales de la decisión, hasta propuestas de modificación del tenor, recortes abundantes, ampliaciones y sustituciones a lo largo de las páginas o reconstrucciones amplias del texto completo” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 47).

De lo anterior, el ponente deberá redactar una versión denominada *consolidada* del proyecto de resolución, en la que se harán destacar las propuestas de modificación que fueron aceptadas e introducidas en el texto (en modo en control de cambios) y las que no fueron aceptadas por el ponente (en notas a pie de página). Este será el documento, entonces, sobre el que girará la «deliberación de lectura», que consiste en el examen “... página por página y nota a pie por nota a pie, y sobre todo se debate sobre las propuestas de modificación aún controvertidas” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 48). Aquí es donde puede advertirse un punto álgido en la deliberación, según la dilatada experiencia de Lübbe-Wolff: “La pugna por la composición concreta del texto puede ser ardua, laboriosa y dolorosa”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 48). En definitiva, porque la forma de mirar las cosas de cada juez no es idéntica al del otro.

7. *La propia dinámica de búsqueda de consenso por convencimiento es la que desincentiva la emisión de votos particulares.* Los votos particulares son infrecuentes en las decisiones del TCF. Los jueces del TCF lo utilizan de manera excepcional, como último recurso para hacer valer disensos, en

cambio, redoblan esfuerzos en llegar a soluciones plausibles para todos, convencer a su compañero y, al mismo tiempo, dejarse convencer por los otros, siempre con argumentos jurídicos. Luego, la exteriorización de una sola voz consensuada del tribunal ha contribuido a pacificar los conflictos más sentidos en la sociedad alemana.

*Nota final. Acerca de la traducción publicada.* Por último, he de señalar que el texto al que se ha hecho referencia en las líneas anteriores es el más reciente número de la colección que Palestra, editorial peruana, dedica en específico a la doctrina alemana desde el 2017, la denominada «Biblioteca de autores alemanes». Hasta el momento lleva tres publicaciones, contando la que ahora nos ocupa, bajo la dirección del profesor Jorge L. León Vásquez. De hecho, es él quien se ha encargado de la traducción del alemán al español.

Si bien es cierto en las revistas especializadas han aparecido de vez en cuando traducciones a nuestra lengua de algunos de los textos de Lübbecke-Wolff,<sup>6</sup> hasta el momento no se había hecho en formato libro. Así que, con lo que se ha podido adelantar hasta aquí, es un acierto la elección que se hizo desde la dirección de la Biblioteca de Autores Alemanes de traer al espacio iberoamericano un trabajo significativo en el que se exponen los engranajes internos más relevantes del TCF. Una maquinaria que tiene en la deliberación orientada hacia el consenso, el fuego que la aviva y mueve en todo momento.

C

<sup>6</sup> En fecha reciente, Lübbecke-Wolff, G. (2019). “El concepto de democracia de la Constitución de Weimar”, *Historia Constitucional*, España, núm. 20, pp. 253-274. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17811/hc.v0i20.606>.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid, Universidad de Valladolid-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 347 pp.

Graciela SANDOVAL VARGAS\*  
Arturo ZÁRATE CASTILLO\*\*

El uso del Internet y de las redes sociales se considera hoy en día, como un presupuesto de la libertad de comunicación y, en consecuencia, de una sociedad democrática. Sin embargo, esas mismas herramientas digitales, dejadas a la ley del más fuerte, son una fuente de abusos que amenazan el sistema democrático. Con esta paradoja, Óscar Sánchez Muñoz introduce su obra, misma que tiene por objeto abordar los problemas surgidos con el empleo de las nuevas formas de comunicación digital en un contexto muy concreto, es el de las competiciones electorales.

Para el autor, el ecosistema digital creado por las compañías tecnológicas ha hecho que sea más fácil para diversos actores, distorsionar el debate preelectoral en una escala y con una sofisticación hasta ahora desconocidas. Esta distorsión mina la confianza de los ciudadanos en el proceso electoral, en la medida que atacan dos principios básicos en los que se asienta la integridad de dicho proceso: la igualdad de oportunidades entre competidores electorales y la libertad de los electores para formar su decisión tras un proceso de comunicación público, libre y abierto, exento

---

\* Profesora por la Escuela Nacional de Maestros, licenciada en derecho por la UNAM, doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, núm. ORCID 0000-0002-9088-158X. Correo: [graciela.sandoval@inaei.org.mx](mailto:graciela.sandoval@inaei.org.mx).

\*\* Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana, LL.M. por The George Washington University Law School, núm. ORCID 0000-0003-3810-4203. Correo: [arturo.z.c@hotmail.com](mailto:arturo.z.c@hotmail.com).

de influencias indebidas. Sánchez Muñoz señala que existe un consenso generalizado de que el marco normativo resulta insuficiente para afrontar los nuevos desafíos de las campañas electorales debido, ante todo, a que éste fue diseñado para campañas electorales que se desarrollan en medios tradicionales, como radio, prensa o televisión, pero no para el Internet.

En el primer capítulo de la obra se hace una descripción de los fenómenos que están enturbiando los procesos electorales y se da una explicación del funcionamiento de las nuevas técnicas de campaña digital. En este sentido, se señala que la desinformación se caracteriza por ofrecernos una parte de la verdad seleccionada, sesgada, descontextualizada y convertida en un arma para conseguir un fin, con la intención de impedir ver el cuadro completo de la realidad. La misma no es fenómeno nuevo, aclara el autor. Sin embargo, la desinformación de hoy resulta alarmante por su potencial de distorsión del debate y capacidad destructiva, debido a su propagación viral a través de las redes sociales.

Así, el autor denuncia que redes de *bots* y ejércitos de *trolls* son utilizados como “arma electoral” para llevar a cabo las operaciones más sucias de las campañas: ataques y acoso personal a candidatos, líderes políticos, activistas o periodistas, propagación de odios y temores entre la población, fabricación de falsos consensos sobre temas de interés general, amplificación de mensajes simples y emotivos pero, sobre todo, sirven para difundir desinformación masiva con fines ideológicos, geoestratégicos y económicos.

Por otra parte, el autor señala un nuevo paradigma en la comunicación política: la microsegmentación. Anteriormente, las herramientas de análisis de los electores se basaban en el *area based training*: dirigir mensajes electorales a grupos de personas según su ubicación geográfica, presumiendo que vivir en un área determinada suponía compartir ciertas características sociales y por lo tanto ciertas ideas. Ahora el nuevo modelo se basa en una técnica de comunicación personalizada en la cual se recolecta una enorme cantidad de datos (conocidos como *big data*) de los electores, los cuales se analizan mediante mecanismos automatizados que pueden involucrar el uso de inteligencia artificial, con el fin de mostrar contenidos personalizados en sus redes sociales. Dichos mensajes tocan temas importantes a sus destinatarios, por lo que se trata de publicidad que busca incidir en la conducta del receptor.

Si bien la microsegmentación puede mejorar la comunicación política entre los partidos y los electores, Sánchez Muñoz nos advierte de serios

problemas éticos del uso del *big data*. El primero es el origen de los datos: ¿hay consentimiento de los titulares de los datos? Si existe el consentimiento ¿los titulares son plenamente conscientes de las implicaciones de éste? El segundo es el uso de los datos: se elaboran perfiles psicológicos o ideológicos para enviar mensajes que simulan noticias o contenidos compartidos por otros usuarios, lo que forma parte de una estrategia organizada de desinformación. De esta forma, la desinformación basada en el manejo de *big data*, alcanza un máximo nivel de efectividad para impulsar a votar en un sentido determinado.

El autor plantea la pregunta de si las campañas digitales de desinformación pueden influir de manera significativa en los resultados electorales o incluso alterar los mismos. La respuesta es materia de discusión y quizá nunca pueda probarse de manera científica señala Sánchez Muñoz. Lo que sí está puesto en evidencia es su capacidad para distorsionar el debate público, así como para generar desconfianza hasta en los ciudadanos mejor informados.

Desde el punto de vista de control de gasto electoral, al ser muy difícil rastrear la autoría de los mensajes de desinformación que circulan en campañas, se facilita que se violen las normas sobre financiamiento electoral o que se produzcan supuestos de licitud por lo menos dudosos. Otras veces, los contenidos publicitarios que se difunden en redes sociales no están identificados como tales y por lo tanto no se declara el gasto correspondiente. La actividad de monitorear estos mensajes por parte de la autoridad electoral es muy difícil, ya que sólo los reciben determinados grupos de usuarios y no el público en general, por lo que las infracciones se vuelven indetectables. El problema aquí, señala el autor, es el de falta de transparencia.

En el capítulo II el autor expresa que, ante el fenómeno digital de la desinformación, se pone en riesgo el principio de igualdad de oportunidades en las competencias electorales, ya que el marco normativo está diseñado para regular medios de comunicación analógicos. El principio de igualdad es entendido en la obra como un mandato de optimización de la visibilidad de los distintos competidores ante el electorado, evitando que alguno de ellos pueda sacar una ventaja abusiva de su superioridad fáctica en alguno de los siguientes ámbitos: político, económico y mediático.

El principio de igualdad de oportunidades nos explica Sánchez Muñoz, tiene dos dimensiones, una negativa y otra positiva. Por la primera, se impide por completo o se introducen restricciones a la actuación de los

distintos sujetos participantes en la competición, como puede ser el tope máximo de gastos electorales o la prohibición de publicidad electoral de pago en la televisión. Por la segunda, se otorgan prestaciones públicas a las que acceden los distintos competidores en función de criterios equitativos, como pueden ser las subvenciones de gastos electorales.

El capítulo tercero de la obra busca dar una respuesta a la pregunta sobre qué se puede hacer desde el punto normativo ante la amenaza anteriormente descrita, aunque se aclara que el reto no es solo jurídico, sino también ético.

El autor rechaza como antídoto de la desinformación, el garantizar al máximo la libertad de expresión en las redes sociales. No es dable presumir que el libre flujo de información garantice por sí mismo que las informaciones veraces prevalezcan sobre las falsas o manipuladas. Para el autor, la evidencia empírica demuestra que el ecosistema actual de la información potencia el impacto de la desinformación y no al contrario.

Por otra parte, si se deja exclusivamente en manos de las propias compañías tecnológicas la regulación del contenido en redes sociales, se estarían aplicando normas que no tendrían un origen democrático, así como mecanismos automatizados poco transparentes.

Por lo tanto, aunque la autorregulación de las compañías tecnológicas pueda ser necesaria, por ejemplo, con la eliminación de cuentas falsas, la misma no provocará un cambio profundo en su modelo de negocio, basadas en la economía de la atención y en la recopilación masiva de datos, lo cual entra en conflicto con los derechos de los individuos. Ante este panorama, el autor propone la corregulación, lo que equivaldría a una autorregulación supervisada por parte de las autoridades públicas. Al respecto, pone como ejemplo los códigos de conducta elaborados por las propias empresas, pero con mecanismos de revisión de cumplimiento por parte de organismos estatales.

En todo caso, el autor no acepta que las empresas tecnológicas puedan autodefinirse como meros intermediarios neutrales y que, por lo tanto, declinen cualquier responsabilidad sobre los contenidos difundidos por otros en sus plataformas. Las redes sociales se parecen más bien a un editor de contenidos, ya que por medio de algoritmos personalizan el contenido a mostrar al usuario, decidiendo por tanto que se ve o que no se ve en ellas, y este hecho es el que permite hacerlas responsables jurídicamente.

Para el autor es justificado, en una sociedad democrática, imponer medidas restrictivas a la libertad de información en redes sociales, debido a la

distorsión que provocan en el debate. Lo anterior en aras de proteger la libertad y pluralidad de la comunicación política en los procesos electorales.

El autor aclara que es necesario que las leyes que prevean estas restricciones, definan de manera muy cuidadosa el supuesto de hecho, no basándose únicamente en la falsedad de la información difundida, sino en la existencia de un peligro de distorsión del debate público por la presencia de una estrategia de desinformación masiva y organizada que deberá verificarse en cada caso mediante el cumplimiento de ciertos elementos fácticos verificables, como la presencia de una difusión masiva y viral a través de medios automatizados (por ejemplo, redes de *bots*) o mediante la utilización de técnicas de microsegmentación, teniendo en cuenta además otros elementos, como por ejemplo la opacidad en cuanto a la verdadera autoría de los mensajes o, en el supuesto concreto de las comunicaciones electorales, la finalidad de eludir el cumplimiento de las normas sobre financiación.

El autor luego analiza las leyes vigentes sobre la materia, resaltando los casos de Alemania, Francia y de la Unión Europea.

Así, se da cuenta que en Alemania en 2017 se aprobó la Ley federal para el mejoramiento de la aplicación de la ley en las redes sociales (la NetzDG por su abreviatura en alemán). La norma entró en vigor el 1o. de enero de 2018, no está dirigida a definir ilícitos en la red, sino a mejorar la efectividad de las leyes que contemplan los supuestos de ilicitud ya existentes, como es el discurso de odio, entre otros.

La NetzDG obliga a las redes sociales con más de 2 millones de usuarios a tratar las denuncias de éstos sobre contenidos ilegales y obliga a retirar los contenidos manifiestamente ilegales en un plazo de 24 horas (en los demás casos el plazo se prolonga hasta 7 días), previéndose multas de hasta 50 millones de euros en caso de incumplimiento. Asimismo, las compañías gestoras de redes sociales están obligadas a establecer un sistema de tratamiento de las denuncias sujeto a una monitorización interna mensual y a elaborar un informe semestral público sobre las denuncias recibidas si estas son más de 100.

Los autores de contenidos retirados no tienen derecho a ser oídos antes de la decisión de supresión, tan solo pueden solicitar la revisión de la decisión de remoción *a posteriori* ante algún organismo de autorregulación acreditado ante la autoridad administrativa.

Por su parte, los Länder alemanes aprobaron el Tratado interestatal sobre medios (MStV por sus siglas en alemán). Con esta norma, las compa-

ñas tecnológicas dejan de ser meras plataformas neutrales y se ven obligadas a adoptar medidas sobre los contenidos (como puede ser la retirada de estos) cuando el autor no sea identificable o eluda frecuentemente las medidas tomadas contra él.

Respecto a las iniciativas en la Unión Europea, el autor afirma que se enmarcan en un enfoque basado en la autorregulación de las compañías tecnológicas, complementada con otras medidas positivas, como el refuerzo de la alfabetización digital, así como la promoción del periodismo de calidad. Se ha puesto el acento en preservar el derecho fundamental de la libertad de expresión, desconfiando de medidas de regulación de contenidos que pueden acabar convirtiéndose en una forma de censura. Aquí se destaca el Informe de la Comisión de Venecia. Este grupo es el principal organismo consultivo del Consejo de Europa en materia de legislación electoral. La Comisión ha recopilado los principios y recomendaciones establecidos por el Consejo sobre la materia y aboga por un modelo regulatorio basado principalmente en la corresponsabilidad de los actores públicos y privados.

En Francia se aprobó en noviembre de 2018 la Ley de lucha contra la manipulación de la información. La norma se centra específicamente en los periodos electorales, de manera que el autor la califica como una legislación especial electoral.

La ley introduce una acción judicial “ultrarrápida” para solicitar el cese de la difusión de información *on line*, a solicitud del ministerio público, candidatos, partidos o movimientos políticos o de cualquier persona que tenga un interés legítimo para actuar.

Además, la ley francesa establece un propio supuesto de hecho específico que detona el retiro de contenidos: la “manipulación informativa”, el cual se verifica cuando se acumulan tres requisitos en una nota:

- 1) Que se trate de alegaciones inexactas o engañosas.
- 2) Que se afecte a un hecho susceptible de alterar la sinceridad de las elecciones.
- 3) Que sea difundida de manera deliberada, artificial, automatizada o masiva.

La ley establece, además, la obligación de las compañías tecnológicas de suprimir contenidos ilícitos que sean puestos de su conocimiento, de proporcionar a los usuarios un mecanismo de denuncia de contenidos ilícitos.

bitos, así como de informar a la autoridad de cualquier actividad de desinformación que llegue a su conocimiento. Así también, tienen el deber de proporcionar información leal, clara y transparente sobre aquellos contenidos que sean difundidos a cambio de una contraprestación económica, informando sobre la persona que ha efectuado el pago y el importe recibido cuando la cantidad supere cierto umbral.

Por último, las infracciones a la ley son consideradas delitos electorales y las sanciones pueden llegar a los 75 mil euros de multa y penas de un año de prisión, previéndose además sanciones penales a las personas jurídicas responsables.

El autor hace una evaluación general de la normativa expuesta y señala como su principal deficiencia, que se centra en publicidad visible, pero no en la publicidad invisible, camuflada en campañas supuestamente espontáneas en las redes sociales (*astroturfing*) o en campañas basadas en el envío de mensajes individualizados (microsegmentación) que simulan ser contenidos compartidos por otros usuarios. El reto para el legislador, por tanto, estriba en poder distinguir entre contenidos auténticos y simulados. Estos últimos son contenidos promocionales que, aunque no implican un costo directo en propaganda, si implican costos indirectos en el diseño de comunicaciones, consultoría de datos previa para saber a quién enviar mensajes, así como técnicas de propagación, ya sea por mano de obra humana o por robots.

En el ámbito de protección de datos personales, el autor destaca el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), norma de referencia en la Unión Europea, aplicable desde el 25 de mayo de 2018. Conforme a esta norma, la información utilizada en análisis de *big data* puede ser considerada como datos personales y, por lo tanto, sujeta a regulación legal. El consentimiento individual para el tratamiento de datos debe ser expreso, además de ser específico por cada tratamiento de datos. El responsable del tratamiento debe estar, por tanto, en condiciones de demostrar que para cada uno de los millones de datos personales que maneja se ha obtenido un consentimiento específico para ese tratamiento. Además, los datos personales no podrán usarse ulteriormente para finalidades incompatibles con aquellas para las que originalmente hubieran sido recogidos.

El cuarto capítulo el autor lo dedica a la legislación española. Al respecto, señala que el referéndum independentista de Cataluña de octubre de 2017 constituyó el punto de inflexión en donde la sociedad en España comprendió el problema de la desinformación en redes sociales. El autor

da cuenta de diversos estudios e informaciones que ponen en evidencia una intensa actividad de difusión de desinformación, con la presencia activa de *trolls* profesionales y redes de *bots*, lo cual influyó en la movilización de un buen número de personas.

La regulación española de campañas políticas está centrada básicamente en la comunicación en medios tradicionales, en particular la televisión, y presta atención muy escasa a las campañas en la esfera digital. De allí que, para el autor, se trata de una legislación obsoleta que precisa de una urgente actualización en cuatro aspectos que, aunque no son totalmente novedosos, han adquirido una especial trascendencia en las campañas *on line*:

- 1) Nuevos actores. La participación, junto con los partidos y candidatos, cada vez con más protagonismo, de una serie de otros sujetos que envían mensajes al electorado con el fin de influir en su decisión, a través de campañas paralelas a las oficiales.
- 2) Nuevas formas de comunicación. Diversidad de formas y de contenidos de los mensajes, los cuales desbordan las categorías previamente establecidas de propaganda o información electoral.
- 3) Campañas permanentes. Extensión temporal de las actividades comunicativas preelectorales, que ya no se circunscriben a un periodo de tiempo delimitado.
- 4) Transparencia del financiamiento. Todos estos cambios afectan de modo transversal a la cuestión de financiación electoral.

Respecto de los nuevos actores, el autor analiza el tema partiendo de que el artículo 50.5 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) prohíbe que las personas jurídicas (distintas a los competidores locales) puedan realizar campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la STS 3415/2016 de 6 de julio, ha realizado una interpretación restrictiva del artículo 50.5 LOREG, en aplicación del principio *favor libertatis*, por lo que ha entendido que la prohibición solo aplica a aquellas actividades dirigidas a pedir el voto. Por lo tanto, quedan fuera de la prohibición aquellos actos no directamente encaminados a captar votos, como pueden ser los que buscan orientar o influir en la votación.

Para el autor, esta interpretación ha dado pie a que las campañas paralelas por parte de los nuevos actores en la era digital no solo estén plenamente legalizadas, sino que además se encuentren completamente desreguladas, pues lo único que les está prohibido es llamar directamente al voto a favor de uno de los competidores electorales.

Ante esta situación, lo que propone el autor es permitir y regular que los terceros (personas físicas o morales) puedan contratar publicidad electoral, pero sin limitar la misma a la petición directa del voto. Además, propone que se identifique a estos terceros y se transparenten los gastos en que incurren.

El autor sugiere también que se consideren como publicidad electoral los “mensajes con relevancia electoral” difundidos a través de redes sociales mediante campañas organizadas que utilicen tropas cibernéticas (voluntarias o pagadas) o técnicas automatizadas (*bots*) para su amplificación, aun sin mediar contraprestación económica directa a las plataformas.

¿Qué entiende el autor por mensajes con relevancia electoral? Se tratará de cualquier comunicación de contenido político en el que se mencione directa o indirectamente a algún competidor electoral, o que contenga un posicionamiento político que sea identificable como favorable o contrario a alguno de ellos. Esto incluiría también llamados expresos a votar o a no votar por un competidor electoral, así como llamamientos a favor de la abstención o del voto en blanco.

Por lo que hace a la autoridad electoral española, la Junta Electoral Central (JEC), el autor propone que se dote a la misma de una estructura administrativa permanente, compuesta de personal técnico especializado en medios digitales. Además, sugiere que se le otorguen facultades para requerir información no solo a entidades bancarias y a competidores electorales, sino también a compañías tecnológicas y otros actores, además de que pueda realizar investigaciones con competencias similares a las que dispone la Agencia Tributaria. Así también, propone que la JEC pueda entablar procesos de corregulación, monitorizando los contenidos compartidos en redes y plataformas, así como para la elaboración de Códigos de Ética en conjunto con las compañías tecnológicas, cuyo cumplimiento pueda supervisar.

Al final del cuarto capítulo, el autor da cuenta de una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 79/2019 de 29 de mayo, la cual declaró inconstitucional el artículo 58.1 BIS de la LOREG. Dicho precepto establece que la recopilación de datos personales relativos a las opiniones po-

líticas, realizada por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales, se encuentra amparada en el interés público, pero únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

El autor señala que el artículo impugnado se pretendió fundamentar en el RGPD. Aunque dicho Reglamento prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas, admite como excepciones los supuestos en que la recopilación resulte necesaria por razones de un interés público esencial, el cual debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos, debiendo establecerse medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado (artículo 9.2.g RGPD).

Esta habilitación basada en el interés público, puede servir para que las leyes nacionales autoricen el tratamiento de datos sobre opiniones políticas a los partidos políticos si el funcionamiento del sistema democrático así lo exige, siempre y cuando se ofrezcan garantías adecuadas (considerando 56 del RGPD).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que el 58.1 BIS no se adecuaba a lo establecido en el RGPD, ya que:

- 1) No establecía el fin público esencial necesario para justificar el tratamiento, pues la mera referencia al interés público resultaba insuficiente.
- 2) No establecía una limitación pormenorizada de la injerencia autorizada, pues el único límite contemplado era que el tratamiento se llevara a cabo en el ejercicio de las actividades electorales propias de los partidos.
- 3) El artículo no señalaba cuáles eran las garantías adecuadas, las cuales debían de estar contenidas en ley.

El autor termina su obra con una serie de conclusiones, a modo de resumen. En definitiva, Sánchez Muñoz considera que la respuesta democrática a la desinformación debe ser multinivel, con medidas adoptados en los planos internacional y nacional; multidimensional, al abordar las distintas facetas del problema, tanto técnicas como jurídicas; y, por último, multidireccional, al combinar normas coercitivas con la autorregulación.

Que el derecho tiene que responder ante los cambios sociales no hay duda, de allí la pertinencia y utilidad de la obra, que aborda los cambios en

la publicidad electoral que se han dado en los años más recientes. Sobre todo, teniendo en cuenta que el uso de los medios digitales ha sido impulsado, aun mas, por una pandemia que nos ha obligado al uso de sistemas remotos.

C