

# CUESTIONES Constitucionales

ISSN: 2448-4881

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 47, Julio-Diciembre de 2022

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dra. Mónica González Contró  
*Directora*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato  
*Secretario académico*

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

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

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

*Editora responsable*

Rosa María González Olivares

*Cuidado de la edición:* Jaime García Díaz, Rosa María González Olivares y Roberto Zavaleta Cornejo

*Formación en computadora:* Jaime García Díaz, Rosa María González Olivares y 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-IIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIJ); Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); Pedro de Vega (España, Universidad Complutense de Madrid); Francisco Venegas Trejo (México, UNAM); Giuseppe de Vergottini (Italia, Universidad de Bolonia); Gustavo Zagrebelsky (Italia, Universidad de Turín).

### CONSEJO ASESOR

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

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 47, julio-diciembre de 2022, 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: 25 de noviembre 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

Editorial. . . . .	XI
--------------------	----

### ARTÍCULOS DOCTRINALES

Preceptos de la Justicia Transicional reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana . . . . .	3
---	---

*Precepts of Transitional Justice recognized by Colombian constitutional jurisprudence*

María Stephania APONTE GARCÍA  
Jairo Vladimir LLANO FRANCO

La Constitución de la República de Texas de 1836. . . . .	37
---	----

*The Constitution of the Republic of Texas of 1836*

Jaime CÁRDENAS GRACIA

La paridad de género en los poderes de la Unión en México: de la norma a la realidad . . . . .	67
--	----

*Gender parity in the branches of government in Mexico: from the norm to reality*

Ana Elena FIERRO FERRÁEZ  
Adriana Nichte Ha BURGOS ROJO

Waldron y la dignidad como estatus en el debate constitucional chileno . . . . .	103
--	-----

*Waldron and dignity as status in the Chilean constitutional debate*

Sergio GAMONAL C.

El control de la constitucionalidad de la ley en México . . . . .	127
<i>Constitutionality control of the Law in Mexico</i>	
Carla HUERTA OCHOA	
¿El recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias) . . . . .	157
<i>The Chilean writ of protection as an opportunity for legal mobilization? Beyond courts (and their decisions)</i>	
Domingo LOVERA PARMO	
Anita PERRICONE	
La Constitución de la cuarta transformación . . . . .	187
<i>The Constitution of the fourth transformation</i>	
Carlos ELIZONDO MAYER-SIERRA	
Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país . . . . .	219
<i>Protection of nature from the ecocentric paradigm: analysis of sentences of the Constitutional Court of Colombia and other courts of this country</i>	
Viridiana MOLINARES HASSAN	
Daniela DÍAZ MARRIAGA	
Desalación de agua y justicia energética. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible . . . . .	243
<i>Water desalination and energy justice. The 2030 Agenda for Sustainable Development</i>	
César NAVA ESCUDERO	
Test del margen legislativo proporcionado. Entre la función y el contenido de la legislación dentro de los marcos constitucionales actuales . . . . .	273



<i>Test of the proportionate legislative deference. Between the function and the content of legislation within the current constitutional framework</i>	
Marcela Inés PEREDO ROJAS Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS	
El discurso del ámbito jurídico constitucional desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho . . . . .	317
<i>The discourse of the constitutional legal field from the perspective of the communicational theory of law</i>	
Vladimir PITA SIMÓN	
Retos de la justicia constitucional en México. . . . .	335
<i>Challenges of constitutional justice in Mexico</i>	
Enrique RABELL GARCÍA	
La constitucionalización de la persona: un marco de la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos . . . . .	367
<i>Constitutionalizing the person: a framework for the rule of law and human rights connection</i>	
Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA	
A responsabilidade civil decorrente da prática do <i>bullying</i> e do <i>cyberbullying</i> no ambiente escolar. . . . .	397
<i>The civil responsibility arising from the practice of bullying and cyberbullying in the school environment</i>	
João Gabriel YAEGASHI Cleber SANFELICI OTERO Solange Franci RAIMUNDO YAEGASHI Nilson ALVES FERREIRA	

## COMENTARIO LEGISLATIVO

- A cuatro años de la reglamentación del artículo 112 de la Constitución Política de Colombia y la promulgación de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición . . . . . 425
- Four years after the regulation of article 112 of the Political Constitution of Colombia and the promulgation of Law 1909 or Statute of the Opposition*
- Joaquín NARRO LOBO

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

- A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o caso *Herzog vs. Brasil* . . . . . 437
- The Inter-American Court of Human Rights and the case Herzog vs. Brazil*
- Adolfo MAMORU NISHIYAMA  
Rafael de LAZARI

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- VIERA, Oscar Vilhena (2018). *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras . . . . . 457
- Renato GUGLIANO HERANI  
Claudia ROSENBERG ARATANGY
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2020). *Crítica del constitucionalismo feminista*. Barcelona: Atelier. 246 pp. . . . . 469
- Alberto PATIÑO REYES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## EDITORIAL

Este ejemplar que tiene ante sí el lector, el número 47, aparece a los 23 años de existencia de *Cuestiones Constitucionales*, tiempo en el cual hemos tratado de mostrar las preocupaciones constitucionales del momento. Mucho ha cambiado el panorama desde entonces, y mucho es también lo que estamos viendo que se transforma, por lo que seguimos comprometidos en dar cuenta de los diversos vaivenes constitucionales.

En este número se publican catorce artículos, así como comentarios legislativos, jurisprudenciales y reseñas bibliográficas.

En cuanto a los artículos, productos académicos de serias investigaciones, en esta ocasión son reflejo principalmente de temas relacionados con la materia de derechos humanos, aunque también encontramos algunos relacionados con temas inherentes a la teoría constitucional y al control constitucional.

Diversos son los temas que se abordan en relación con los derechos humanos. En dos artículos, por ejemplo, encontramos expuestas reflexiones en torno a la dimensión de la persona humana, ya sea abordándose desde lo que significa que se le haya llevado a la Constitución, y que no es otra cosa que el respeto que debe tener el Estado hacia ella, mediante las características de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad, progresividad, imprescriptibilidad e intangibilidad, o bien entrando a la dignidad de la persona en materia laboral a la luz del debate constitucional en Chile, buscando precisar su contenido mínimo.

La paridad de género, otra preocupación más de derechos humanos, es analizada en su aplicación por los poderes federales, quedando de manifiesto la distancia existente entre lo que dice la norma constitucional y la realidad, sobre todo en cuanto a la disparidad salarial, los techos de cristal y el ejercicio efectivo del poder.

El medio ambiente fue objeto de dos artículos. Uno relacionado con la escasez del agua, razón por la cual se ha optado por desalar el agua de mar, pero poniéndose énfasis en que se haga mediante energías justas y no las convencionales que tienen un alto costo socio-ambiental, y otro sobre la protección de la naturaleza en Colombia, en donde se exponen preocupaciones relacionadas con las categorías de eco-justicia y eco-democracia, como parte del paradigma eco-céntrico, pero en competencia con el paradigma antropocéntrico, todo ello analizado en el marco de sentencias emitidas al respecto.

En otro artículo se abordan las conductas de *bullying* y *ciberbullying* en el escenario educativo nacional, haciéndose referencia a los derechos de la personalidad y a la responsabilidad civil. En uno más, relacionado con la protección de los derechos humanos, se analiza el recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal debido a los bajos costos de activación.

En cuanto a la teoría de la Constitución, en este número de *Cuestiones Constitucionales* encontrará el lector cuatro interesantes artículos. Uno está relacionado con la Constitución de la República de Texas de 1836, teniéndose presente la incorporación previa de Texas a Estados Unidos, pero contextualizándose cultural e históricamente. En otro artículo se da respuesta a la pregunta de por qué en los dos años y medio del actual gobierno no se han realizado reformas constitucionales que impacten el régimen político, analizándose las que sí han tenido lugar. Los límites del legislador, como garante de la constitucionalidad de la ley, son analizados en otro artículo, en el que se reconoce que la creación de la ley debe sujetarse al objeto de su regulación y no a la simple subjetividad. Por último, en un artículo más se analiza el discurso constitucional desde la teoría comunicacional del derecho, señalándose que la argumentación y la ideología son elementos fundamentales del proceso comunicativo del mundo jurídico, donde la retórica se convierte en algo que afecta lo constitucional.

Por lo que se refiere al control constitucional, en este número aparece publicado un artículo que aborda este tema, el cual sostiene que es el medio jurídico más importante de salvaguarda del Estado de derecho, enfocándose en la explicación de este sistema desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucional y del derecho vigente, de los medios, del parámetro de control de la constitucionalidad de la ley, así como de los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad. También se

encontrará un artículo sobre los retos de la justicia constitucional en México, en el cual surge la interrogante de si podrá cumplirse, ya que existen limitaciones que impiden una justicia plena, por lo que se proponen vías para ampliar el alcance de la justicia constitucional.

También en este número el lector podrá leer algunas reflexiones sobre la justicia transicional en la jurisprudencia en Colombia, a la luz de la recepción de los precedentes de tribunales internacionales, señalándose que esta justicia se ha ido consolidando mediante las políticas del Estado que llevan por objetivo la obtención de una paz duradera y estable que beneficie no sólo al país, sino también a la región latinoamericana.

Como complemento a los anteriores artículos de investigación, el lector encontrará otras tantas reflexiones en torno a la ley que desarrolla el contenido de la Constitución colombiana sobre el estatuto de oposición en Colombia, así como la explicación de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Brasil respecto de la muerte de un periodista, y, finalmente, la recensión sobre obras relacionadas con la transición democrática y la crítica al constitucionalismo feminista.

Con la aparición de este número 47 una vez más se da cuenta de las *Cuestiones Constitucionales* de nuestro tiempo.



## ARTÍCULOS DOCTRINALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Preceptos de la Justicia Transicional reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana

### *Precepts of Transitional Justice recognized by Colombian constitutional jurisprudence*

*Recepción:* 8 de junio de 2021

*Aceptación:* 23 de agosto de 2021

María Stephania APONTE GARCÍA \*

Jairo Vladimir LLANO FRANCO \*\*

**RESUMEN:** El artículo analiza los precedentes de justicia transicional en los tribunales internacionales y su impacto en Colombia, considerando el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. Se analiza la construcción de una implementación ajustada a las necesidades encaminadas al fin del conflicto armado y su viabilidad en el marco constitucional, como una respuesta a las víctimas y del cumplimiento efectivo de sus derechos. La justicia transicional se ha ido consolidando desde las distintas políticas de Estado, apuntalado para la obtención de una paz duradera y estable que beneficia no solamente al país sino también a la región latinoamericana, sin desconocer

**ABSTRACT:** *The article analyzes the precedents of transitional justice of the International Courts as antecedent of the Colombian model, through which the jurisprudential precedent of the Constitutional Court is supported. Glimpsing as a result, the construction of its own model adjusted to the needs aimed at ending the armed conflict and its viability within the constitutional framework, as a response to the victims of the armed conflict in Colombia, the effective fulfillment of their rights, the model of Transitional justice has been consolidated from the different State policies, going through the retributive justice model to restorative justice, in order to provide*

---

\* Maestra en derecho constitucional y abogada de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cali; investigadora externa de la Universidad Libre de Colombia; docente en la Unidad Central del Valle del Cauca. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2642-2896>, Cali; [maponte@uceva.edu.co](mailto:maponte@uceva.edu.co).

\*\* PhD en derecho por la Universidad Externado de Colombia; especialista en antropología jurídica por la Universidad del Cauca; antropólogo; investigador senior en Minciencias; profesor en la Universidad Libre de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>, Cali; [jairo.vladimir1@unilibre.edu.co](mailto:jairo.vladimir1@unilibre.edu.co).

las dificultades que surgen cotidianamente en el proceso de realización plenamente de la justicia transicional en el complejo contexto colombiano.

*guarantees of reparation, truth, justice and non-repetition, underpinned by obtaining a lasting and stable peace.*

**Palabras clave:** justicia transicional, tribunales internacionales, Corte Constitucional, Jurisdicción Especial para la Paz, conflicto armado colombiano.

**Keywords:** *transitional justice, international courts, Constitutional Court, Special Jurisdiction for Peace, colombian armed conflict.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Hacia el concepto de la justicia transicional.* III. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional y justicia transicional.* IV. *Proyecciones de la justicia transicional en el contexto colombiano.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con la pretensión de terminar el conflicto armado interno que ha tenido Colombia por varias décadas del siglo XX, se logró el acuerdo de paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la más antigua de Latinoamérica y con una organización militar significativa; este acuerdo fue firmado en el Teatro Colón de Bogotá en 2016, proponiéndose un proceso de justicia transicional acorde a lo acontecido en uno de los conflictos más extensos en el tiempo de la región y que se encuentra en implementación, debido a que las transiciones se realizan de forma paulatina. El terminar un conflicto que ha dejado, de forma directa, millones de víctimas por el desplazamiento, heridos y muertes en combate, extorsiones, amenazas; y de forma indirecta, a la población en general, inestabilidad social e institucional, será un avance esencial no solamente para la convivencia en el país suramericano sino para la región latinoamericana.

Desde el inicio del proceso, que llevaría primero al acuerdo de paz, y en un segundo momento su implementación por medio de un proceso de justicia transicional, una de las instituciones estatales reconocida por su perspectiva democrática e incluyente a nivel nacional e internacional, la



Corte Constitucional colombiana, sería la que asumiría este desafío que la convertiría en protagonista y determinante desde el horizonte constitucional. Desde esta perspectiva surge el problema de investigación, qué es analizar el reconocimiento de la justicia transicional por parte de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Lo interesante para la ciencia jurídica es que una Corte que hace parte de la cúspide de la justicia ordinaria sea la encargada de permitir constitucionalmente no solamente el reconocimiento sino también la forma en que debe llevarse a cabo el proceso transicional en lo respectivo a su estructura, actuaciones, fines de una justicia especial que difiere ostensiblemente de la percepción dominante del derecho estatal, específicamente el penal, que ha sido el implementado para los distintos actores armados, donde la sanción carcelaria era la constante con ciertas excepciones en las amnistías que se han llevado a cabo en el país.

Precisamente, es llamativo que se realice ruptura con un modelo soporado en la sanción penal para dar paso a una propuesta transicional donde lo central sea exponer de forma detallada los acontecimientos sucedidos durante el transcurso del conflicto armado (verdad), reconocer los errores que realizaron los distintos actores armados (perdón) y reponer los daños ocasionados a las víctimas del conflicto (reparación). La vinculación de la justicia transicional al contexto colombiano con la pretensión de salir de décadas de confrontación armada, se convierte en una posibilidad debido a que se concibe como un modelo que permite la transición de una situación de vulneración de derechos a un contexto de garantías de justicia, reparación y no repetición, teniendo central importancia para los ciudadanos la restauración de las víctimas que han surgido en el transcurso del conflicto; al compaginarse esta justicia especial con la realidad colombiana, ha derivado en la conformación de un modelo en el que se ha desarrollado un marco sociojurídico con decisiones jurisprudenciales e incluso propiciándose una ligera reforma constitucional.

El artículo en la primera parte abordará la concepción de la justicia transicional, desarrollando las bases para entender el origen del modelo aplicado en Colombia, vislumbrando sus fines y objetivos, basados en la producción académica internacional, mediante la cual se ha creado un marco de estudio, referencia y análisis de la cual también las cortes colombianas se han nutrido para la construcción de su jurisprudencia. Posteriormente, se desarrollará el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional,

bajo la línea que ha delimitado el ejercicio de la justicia transicional en el modelo colombiano, los elementos legitimadores con los que se aceptó la reforma constitucional, centralizando su postura en propiciar las garantías necesarias para la reparación integral de las víctimas, concordante con el cumplimiento efectivo de los fines del Estado y vislumbrado la paz como un derecho fundamental.

En la siguiente y última parte del artículo, se exponen las proyecciones de la justicia transicional para el contexto colombiano como la utilización de mecanismos que permiten la funcionalidad del sistema, su centralidad en las víctimas como eje fundamental y sustentador de los elementos de reparación, justicia, verdad y no repetición, con fundamento y acogimiento de los estándares internacionales, pretendiendo una respuesta institucional centrada en la consolidación de una paz duradera y estable, por medio de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas; la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SI-VJRNR), en la que se conjugan y armonizan la justicia transicional con la justicia restaurativa.

Es indudable que pese a la implementación de los acuerdos, éstos no se han llevado a cabo plenamente; el respaldo de instituciones de reconocimiento como la Corte Constitucional no ha sido suficiente para que el gobierno del presidente Duque logre el cumplimiento esperado, esto se puede demostrar con más de un centenar de exguerrilleros asesinados que eran parte del proceso de paz, otra minoría que ha vuelto a los grupos armados vinculándose a las llamadas disidencias que surgieron por no creer en el acuerdo, las esporádicas confrontaciones con los distintos grupos armados en distintas regiones rurales del país que llevan a situaciones de desplazamiento, los cultivos ilícitos se mantienen, entre otras características que determinan un riesgo para lograr la terminación del conflicto de forma definitiva y que cuestiona lo avanzado en la implementación de la justicia transicional.

## II. HACIA EL CONCEPTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Después de lograr los acuerdos entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, llega lo más complejo que es su implementación, y como caracteriza los

procesos donde participa la comunidad internacional para desmontar un conflicto armado interno se acude a la aplicación de justicia transicional: “Los mecanismos de justicia transicional se han convertido en instrumentos cada vez más comunes para facilitar las transiciones políticas, especialmente en sociedades ampliamente afectadas por fenómenos de violencia masiva” (Acosta e Idárraga, 2020: 57). En principio se debe concebir la justicia transicional en constante construcción, debido a que los conflictos armados difieren en actores armados, historia, intereses y contexto socio-cultural, el punto de encuentro está en la pretensión de terminar con las confrontaciones armadas: “La justicia transicional se entiende como el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos” (Zyl, 2011: 47).

La justicia transicional se ha llevado a cabo en periodos sociales, políticos, económicos y culturales con el fin de buscar la reconciliación nacional y el tránsito a la paz, sin embargo, es de resaltar que cada implementación tiene sus propios desarrollos en tiempo y espacio: “La idea de justicia transicional puede definirse como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores o de un conflicto armado interno” (Ambos, Zuluaga y Cortés, 2018: 26), la justicia transicional es una respuesta a las vulneraciones de derechos cometidos con anterioridad, a fin de mediar en la no incursión de la impunidad. Pese a las diferencias y deliberaciones sobre la justicia transicional, se puede apreciar un consenso en su definición, “...a pesar que las definiciones varían, todas las perspectivas ven la justicia transicional como un intento de enfrentar un pasado de violencia en sociedades que están pasando o intentan pasar por alguna forma de transición política” (Sánchez, 2017: 29).

Este tipo especial de justicia enmarca la necesidad de garantizar la efectividad de derechos, y comprende un conglomerado de procedimientos alternativos para intentar darle finalidad al conflicto, “...excepcionalidad de la justicia transicional, ese *quantum* de priorización de unos valores sobre otros (justicia distributiva para asegurar la paz a cambio de justicia punitiva), sólo se justifica en circunstancias estrictas... peso otorgado a la paz como derecho” (Arango, 2020: 28), la pretensión es que al aplicar la justicia transicional para garantizar el derecho a la paz y el mismo Estado de derecho que con el conflicto armado queda afectado en sus cimientos: “La justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cer-

cana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas... está dirigido a preservar un Estado de derecho mínimo identificado principalmente con... la paz” (Teitel, 2011: 136).

La percepción de la justicia transicional no se limita a deliberaciones exclusivamente teóricas; precisamente, el contexto colombiano que se ha caracterizado por la reproducción del conflicto armado y por constantes procesos de paz con diferentes actores armados, siempre con la intención de que la confrontación termine, lleva a que la Corte Constitucional definiera esta justicia especial:

Puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes (Sentencia C-052 de 2012, del 8 de febrero).

Esta apreciación del derecho constitucional por medio de la Corte colombiana sobre la justicia transicional se encuentra relacionada con el derecho internacional público de donde también se propone una percepción de esta justicia especial: “La justicia transicional es un fenómeno suprajurídico, que no se expresa en un marco normativo internacional, sino que opera como la causa eficiente para flexibilizar ciertas obligaciones internacionales de los Estados... tiene en materia derechos humanos” (Fajardo, 2017: 175). Para que la justicia transicional se lleve a cabo plenamente, se crean instituciones responsables del proceso de implementación, con el fin de exponer los hechos que sucedieron de forma detallada en el transcurso del conflicto, solamente con el objetivo de lograr la reconciliación de los ciudadanos: “...justicia transicional abarca... mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos... a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos a la justicia, logrando la reconciliación” (Forer, 2015: 19).

En el proceso de la aplicación de la justicia transicional la concepción de víctima es indispensable, eso lleva a una deliberación que disciplina de las ciencias sociales como la antropología han realizado, percibiendo que la determinación de víctima o su opuesto, el victimario depende de las

relaciones y el contexto sociocultural, “...la categoría víctima/victimario exige pensarla como cambiante y ambigua, por cuanto su contenido de sentido se define según el campo de relaciones sociales en el que se aplica... desde la antropología acarrea múltiples tensiones entre objetividad y subjetividad” (Guglielmucci, 2017: 86). Este postulado expone cómo la víctima se determina desde la perspectiva que se observe, en el contexto colombiano es común que dependiendo de lo económico y lo ideológico se reseñe que es una víctima, por ejemplo, desde el gobierno las principales víctimas serían aquellas que fueron afectadas por las acciones guerrilleras, mientras la responsabilidad gubernamental se percibe como mínima, percepción que es contraria a lo percibido por los exguerrilleros que consideran principalmente víctimas aquellas personas que fueron impactadas por las acciones de las fuerzas armadas estatales durante el conflicto armado interno.

Desde los tratados internacionales, la definición de víctima se remonta a 1985 por parte de la Asamblea General de la ONU, “...víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones... en los Estados Miembros” (Cuya, 2017: 42). Desde organizaciones internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja —CICR—, la noción de víctima se encuentra relacionada con las confrontaciones armadas o de la guerra,

...las víctimas son obviamente la preocupación primaria del DIH. Así pues, las víctimas pueden definirse como las personas que sufren porque resultan afectadas por un conflicto armado; se las denomina “víctimas de la guerra”. Esta definición también puede referirse a una población entera que padezca los efectos de un conflicto armado (Zegveld, 2003).

La Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia asiste al bloque de constitucionalidad al definir la víctima en el conflicto armado interno de acuerdo a los tratados internacionales de derechos, como lo propuesto por las Naciones Unidas, “...la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 4034, del 29 de noviembre de 1985... víctimas no sólo incluye a quienes han sufrido el daño específico, sino que se extiende hasta incluir a la familia inmediata” (Sentencia 1094 de 2007, del 14 de diciembre). A partir del acuerdo entre el gobierno y las FARC, se

creó el capítulo 5 de las víctimas del conflicto, allí se plasma una especie de definición de víctima desde el daño ocurrido en el transcurso del tiempo en que se desarrolló el conflicto:

El conflicto armado, que tiene múltiples causas, ha ocasionado un sufrimiento y un daño a la población sin igual en nuestra historia. Son millones los colombianos y colombianas víctimas de desplazamiento forzado, cientos de miles los muertos, decenas de miles los desaparecidos de toda índole y un amplio número de familias, colectivos y poblaciones afectadas a lo largo y ancho del territorio (Acuerdo final, 2016: 126).

La pretensión de superar los conflictos armados internos lleva que las víctimas adquieren un papel preponderante, son ellas el objeto de protección de la justicia transicional: “En su sentido más práctico, la justicia transicional hace mención a los elementos de verdad, justicia y reparación que han sido parte de todos los procesos de superación de regímenes anteriores” (Castillo, 2018: 344). Señalándose como tres pilares esenciales bajo los cuales se cimientan los procesos y mecanismos que consoliden la paz y las garantías de no repetición; la centralidad del sistema en las víctimas es fundamental para establecer las medidas bajo las cuales se da respuesta bajo la óptica de la efectividad de principios fundamentales, y por supuesto, en el marco del cumplimiento de los fines del Estado: “Justicia transicional holística, comprehensiva y coherente, en la que se reconozca el carácter de cada intervención como medio y fin... como parte de la noción amplia de justicia, que en definitiva se pretende en el Estado constitucional” (Correa, 2017: 101).

El proceso transicional no solamente reduce los conflictos armados sino que se convierte en impulsora de transformaciones y cambios sociales, plasmándose como mecanismo, sin perder el horizonte que es la terminación del conflicto armado como su principal pretensión, “...la justicia transicional surgió con una finalidad de abordar tan solo una de las dimensiones de esos cambios, la de investigar el legado de atrocidades a gran escala y evitar que estas vuelvan a producirse” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas —ACNUDH—, 2014: 6), lo que concentra la tarea en el conocimiento de las vulneraciones de los derechos humanos, agilizando los procesos de reconocimiento de víctimas, consolidándolas como protagonistas en el cambio dictaminado,

reforzando entonces su relevancia, y a su vez se expande el impacto en la población en general.

Las transformaciones que ocurren en las sociedades y sus Estados a partir de un proceso transicional se encuentra relacionado con su implementación, debido a que se pasa de una situación de confrontación armada a un contexto de convivencia y reducción de la violencia; por supuesto, los ciudadanos son los más beneficiados, pues el, "...éxito depende del grado en que contribuya a la reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial... justicia de transición pretende asegurar al mismo tiempo justicia y paz... abstenerse de una persecución penal" (Calle e Ibarra, 2019: 5).

Los procesos de implementación de la justicia transicional tienen un tiempo significativo, es decir, que su vigencia se encuentra amparado bajo el principio de legalidad extendida, un ejemplo es el caso colombiano donde la Ley 448 de víctimas del 2011, lleva varios años implementándose con un recorrido pendiente: "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras cumplió cuatro años de implementación... proyecto de reparación más generoso, más ambicioso y más complejo que cualquier otro programa de reparación, como concluyó un estudio de la Universidad de Harvard" (Rettberg, 2015: 185), con esta referencia legal se muestra la extensión en el tiempo de la construcción de paz y de nuevos sistemas tanto políticos como judiciales en pro de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, entonces, la justicia transicional no tiene límites de tiempo en sus distintas acciones por configurar la convivencia social.

Para la realización transicional, se requiere imperiosamente un proceso en el que los victimarios hagan una rendición de cuentas por todos aquellos delitos cometidos con ocasión del conflicto, siendo desde los delitos estandarizados por el Estatuto de Roma como los delitos políticos y conexos, que pueden tener un trato diferencial, pero que sin embargo deben incluirse dentro del proceso para su exhaustiva investigación, "...procesos de rendición de cuentas... en relación con crímenes políticos... perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política como las que son propias de las transiciones de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia" (Orozco, 2009: 9). Rendir cuentas no sólo sugiere un compromiso por parte de los victimarios, sino que conlleva un gran desafío, consistente en principio, en determinar la forma en que se debe afrontar las transgresiones, para luego establecer el modelo que se adecue a los parámetros

propios del contexto de aplicación, se puede determinar una especie de niveles de aplicación o implementación de la justicia transicional:

En el primer nivel (inmediato), las medidas transicionales pretenden la judicialización y rendición de cuentas de los responsables y la reparación de los daños causados a las víctimas. En un nivel intermedio, apuntan a dignificar a las víctimas, recuperar la confianza en las normas sociales básicas y establecer o fundar los supuestos mínimos del Estado de derecho. En el nivel mediato, con la transición se busca reconstruir la convivencia social, lograr la reconciliación y democratizar la sociedad (Blanco, Güiza & Santamaría, 2017: 67).

En el proceso transicional, los objetivos y los niveles de aplicación son similares, lo que marca la diferencia son las particularidades propias de cada realidad que conllevan a producir condiciones específicas para la implementación de un modelo de justicia transicional, de allí que, bajo la agrupación de estándares internacionales se ha abocado a la consolidación de parámetros mínimos que deben aplicarse, contentivos en los distintos convenios y tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos y los precedentes de las cortes internacionales.

A pesar de las vicisitudes que se presentan en el desarrollo de los distintos modelos de justicia transicional aplicados en el mundo, se deben imponer unos mínimos estandarizados con el fin de brindar garantías a las víctimas; precisamente, la crítica proviene de que se debe tener en cuenta la realidad de cada contexto donde se implementa la justicia transicional, no solamente limitarse a modelos y estándares, "...concepto ambiguo que sirve tanto para aplicar medidas de justicia degradada como para implementar un populismo punitivo de los derechos humanos... detrimento de una visión de la JT más restaurativa y centrada en las visiones y perspectivas locales" (Benavides, Mateos & Camps, 2018: 123).

No se puede desconocer que dentro de los estándares internacionales de la justicia transicional se puedan establecer el máximo de hechos acontecidos en aras de dilucidar la verdad, propendiendo en la impartición de justicia que conlleven a los reconocimientos debidos para las víctimas, se restablezcan sus derechos, y se brinden las garantías necesarias para la no repetición. Es cierto que los objetivos antes descritos pueden abocarse a su no cumplimiento, pero se hace necesario su establecimiento en aras de acrecentar el alcance, y por supuesto el impacto fructífero en la sociedad.



La justicia transicional se ve abocada a contener elementos regentadores como lo son la verdad, justicia y reparación, por lo que se emplean mecanismos para el cumplimiento de los mencionados fines a través de tribunales internacionales o nacionales, "...como son los tribunales penales internacionales, los tribunales mixtos, las medidas de justicia comunitaria y desde un punto más significativo las comisiones de la verdad y las comisiones de investigación" (Castillo, 2018: 344); entre las instituciones que se crean para avanzar en la implementación transicional se encuentran las comisiones de la verdad que con el transcurrir del tiempo y su implementación en distintos lugares del mundo pueden distinguir varios objetivos:

... cinco objetivos básicos de las comisiones: 1. descubrir, clarificar y formalmente reconocer abusos realizados en el pasado; 2. responder a necesidades específicas de las víctimas; 3. contribuir a la justicia y la responsabilidad; 4. resaltar la responsabilidad institucional del Estado y recomendar reformas, y 5. promover la reconciliación y reducir los conflictos con el pasado (Kerber, 2017: 73).

Precisamente, para el caso colombiano e implementar el acuerdo de paz gobierno-FARC, se crea el SIVJRNR, en el cual se encuentra vinculada la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, donde varios de los objetivos que caracterizan a este tipo de organizaciones se llevan a cabo: "Contribuir al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido para ofrecer una explicación amplia de la complejidad del conflicto; promover reconocimiento sobre la gravedad de lo que nos pasó como sociedad, la dignidad de las víctimas y las responsabilidades" (Comisión de la Verdad, 2018: 10).

Definitivamente, el avance de la implementación de la justicia transicional para el contexto colombiano es innegable, pero al mismo tiempo se debe reconocer los desafíos a que se enfrentan y los obstáculos que han construido diferentes sectores de la sociedad colombiana, que no están de acuerdo con propiciar la convivencia y perciben que la confrontación es la salida viable. Entre lo que tiene a favor el proceso transicional que se lleva a cabo en el país, se encuentra la comunidad internacional, por medio de tribunales y organizaciones de derechos humanos, gobiernos del Norte global, dirigentes reconocidos, entre otros actores que presionan a estos sectores críticos del proceso para que se siga adelantando la implementación que permitirá un espacio de convivencia en la región.

### III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Con la inmersión de la justicia transicional en el complejo conglomerado jurídico colombiano, con la pretensión de finalizar la problemática de confrontación armada vivida en el país entre los siglos XX y XXI, la Corte Constitucional se ha venido pronunciando para consolidar la convivencia y hacer del derecho a la paz (CP, artículo 22) una realidad, y para supervisar que la estructura jurídica que se va creando con la justicia transicional se encuentre dentro del respeto de otros derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional y los tratados internacionales, "... El alcance y significado de este sistema extraordinario de justicia ha sido evaluado en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional" (Ruiz, 2018: 150), configurando una orientación constitucional que impacta el campo jurídico colombiano y se convierte en referencia para procesos transicionales en otros contextos de conflictos armados internos.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia realiza definiciones y deliberaciones sobre la justicia transicional, específicamente de las sentencias referenciadas como control constitucional sobre leyes y decretos, una deliberación interesante es lo que ocurre en la sentencia C-370 de 2006 donde realiza revisión de la Ley de Justicia y Paz 975 del 2005, en una primera aproximación relaciona la paz y el Estado social de derecho, "... la justicia transicional es necesaria para alcanzar la paz como presupuesto indispensable para la consolidación del Estado Social de Derecho" (C-370 de 2006, del 18 de mayo), jurisprudencia que muestra cómo la Corte se acercaba de forma sutil al reconocimiento de la justicia transicional. En sentencia posterior, la Corte realiza un mayor desarrollo vinculando los principios que caracterizan la justicia transicional de verdad, justicia y reparación para las víctimas de los conflictos armados: "La Corte ha relevado la importancia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que tienen un contenido propio y específico dentro de un contexto de justicia transicional" (C-1199 de 2008, del 4 de diciembre).

El control constitucional realizado por la Corte acerca de la Ley 1424 de 2010 sobre justicia transicional, que garantice verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, en esta jurisprudencia se vincula el derecho internacional y determina la relación de la justicia transicional con los estándares de derechos

humanos, ampliando su horizonte sociojurídico, “...instituciones de justicia transicional pueden resultar benéficas para una determinada sociedad, tales mecanismos son normalmente aceptados en el derecho internacional y constitucional comparado como una situación excepcional... reglas contenidas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad” (C-771 de 2011, del 13 de octubre), en las sentencias recientes ya se vinculan perspectivas más consolidadas de la justicia transicional como las apreciaciones que la caracterizan en la academia y en el derecho internacional de los derechos humanos, “...el paso de un régimen dictatorial a uno democrático (o, en síntesis, de la dictadura a la democracia); o (ii) el paso de un momento de conflicto armado a uno de paz” (Sentencia C-007/2018, del 1 de marzo). No se puede desconocer que la influencia internacional ha sido determinante para que los colombianos avancen en la búsqueda de la convivencia en el país y los territorios.

La constitucionalización de los mecanismos de justicia transicional han sido objeto de debate de la mencionada corporación, quien mediante Sentencia C-579 de 2013 viabiliza la reforma constitucional presentada por medio de Acto Legislativo 01 de 2012, denominado el Marco Jurídico para la Paz, “...deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación” (C-579 de 2013, del 28 de agosto), legitimando la preponderancia de los mecanismos de justicia transicional en aras de la consecución de una paz perdurable, y de dicha forma se pudiese ejecutar todos los componentes del sistema con el respeto y ejercicio de plenas garantías.

La Corte Constitucional afina la consolidación de la justicia transicional para el complejo contexto colombiano, reconociendo su conexidad con los lineamientos constitucionales, determina su ámbito de aplicación, comprendiendo la competencia de las autoridades tanto judiciales, como legislativas y administrativas en sus funciones, así como el deber estatal de la imposición de condenas ponderadas sobre los lineamientos internacionales para los victimarios y se establecen mínimos sobre el cumplimiento del derecho de las víctimas, “...condenar a penas adecuadas y proporcionales... solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional... se investiguen... las violaciones de derechos humanos y se

restablezcan los derechos mínimos... la verdad y a la reparación” (Sentencia C-579, 2013)

Entre los objetivos y acciones que distinguen la justicia transicional se encuentran los derechos de las víctimas que en un primer momento debe llevar al reconocimiento de quienes serían consideradas las víctimas en el conflicto armado colombiano, desde la perspectiva del derecho internacional, el constitucional y los actores sociales; generar seguridad a las víctimas por medio de la vinculación de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico interno; la institucionalización de procesos con el fin de buscar la reconciliación; y la inclusión de los individuos y publicidad de los mecanismos con el fin de que la sociedad se sienta partícipe del proceso: “...1) el reconocimiento de las víctimas; 2) el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; 3) la reconciliación, y 4) el fortalecimiento de la democracia” (Sánchez e Ibáñez, 2014: 117). Como también, la fundamentación de su implementación en el ejercicio del cumplimiento de los fines constitucionales en la medida que obedecen a la agrupación de mecanismos que permiten la resolución de las problemáticas surgidas como consecuencia de los flagelos propios del conflicto buscando la reconciliación, con lo cual se fijaron los límites y los alcances, con los que se ha consolidado y robustecido el modelo de justicia transicional colombiano.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que la justicia transicional busca un equilibrio entre la necesidad de justicia, entendido por la justicia retributiva y el requerimiento restaurativo que está entendido entre el conocimiento de los hechos, la reparación y la no repetición, “... lograr el objetivo de una justicia restaurativa... es necesaria la participación de las víctimas... integran el derecho a la justicia del que son titulares las víctimas y que... se encuentra en el centro del SIVJNR” (Sentencia C-538 de 2019, del 13 de noviembre). En consecuencia, busca legitimar el modelo de justicia transicional, alinderándolo con los propósitos constitucionales a fin de responder a las víctimas con el cumplimiento efectivo de sus derechos, con la ejecución de todas las acciones tendientes a su restauración, sacrificando elementos propios de la justicia ordinaria, figuras determinadas por el derecho penal, que en momentos de normalidad tendrían que ejecutarse.

De igual manera, establece límites en su búsqueda por la improcedencia de la impunidad, en concordancia con el bloque de constitucionalidad, sol-

ventando así la posible evasión de responsabilidad frente actos de genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad: “Los mecanismos de justicia transicional se dirigen a restablecer los derechos de las víctimas, alcanzar la reconciliación nacional, fortalecer el Estado de derecho y consolidar el Estado democrático” (Sentencia C-007 de 2018, del 1 de marzo) propendiendo por la consecución y preservación de la paz, afirmando los derechos a la verdad, justicia y reparación.

La Corte Constitucional viabilizó la justicia transicional con la perspectiva de que con ella se cumpliera con los fines de prevención y tutela de los derechos de la sociedad y las víctimas, con el juzgamiento de los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por medio de la utilización de mecanismos de priorización y selección en la implementación de macroprocesos, modificando la forma tradicional de la justicia ordinaria en el conocimiento de caso por caso, en aras de brindar celeridad y efectividad en el alcance de los objetivos propuestos, “...por la estructuración de macroprocesos en los cuales exista una participación masiva de todas las víctimas y que no se estructuren por el azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructuras de criminalidad organizada” (Sentencia. C-579 de 2013, del 13 de agosto).

Los aportes de la jurisprudencia constitucional establecen condiciones para que la condena pueda ser computada, así como sanciones no judiciales y especiales que se pueden interponer en el tránsito de un proceso especial de justicia, con esto se permite que, por ejemplo, la pena establecida en el Código Penal no sea aplicada posibilitando una tipificación inferior, siempre que el perpetuador cumpla ciertos compromisos establecidos en las mismas negociaciones, “...sanciones extrajudiciales, las penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, siempre sin alterar lo establecido en el acuerdo” (Sentencia 050 de 2020, del 12 de febrero), toda vez que no se contraponen con el bloque de constitucionalidad, y busca la dejación de armas y la desmovilización, siendo un mecanismo para la consecución de la paz.

Perspectiva constitucional que también se aboca para legitimar la participación política y la reinserción de los miembros de los grupos armados, y que precisamente se encuentra avalada por la Corte Constitucional, lo cual permite la utilización de los elementos constitutivos de la justicia

restaurativa, alejándose de los componentes de la justicia retributiva, “... la realización de un proceso de paz... exige el distanciamiento temporal de las formas jurídicas tradicionales y el diseño de instrumentos de transición que apunten... a una justicia restaurativa... en contraposición a una eminentemente retributiva” (Sentencia C-577 de 2014, de 6 de agosto).

La consecución de una paz estable y duradera se convierte pues, en un elemento de viabilidad constitucional a lo largo y ancho de la implementación de un sistema de justicia transicional, “...la Corte valida la constitucionalidad de medidas como la suspensión de penas o la aplicación de penas alternativas, extrajudiciales y especiales” (Ruiz, 2018: 159), con límites determinados, en consonancia con la concurrencia de violaciones al derecho internacional humanitario y los derechos humanos.

La Corte Constitucional ha reafirmado su postura frente a la obligatoriedad de garantizar la no repetición, como un derecho de las víctimas, obligación que recae sobre las instituciones estatales, que además de garantizar que los horrores vividos no volverán a suceder, requiere que se realicen cambios estructurales en el Estado, como la reafirmación de los derechos humanos, modificación en las instituciones y democratización y participación de las víctimas y la sociedad en el proceso alternativo “...horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los derechos... verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición... (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)” (Sentencia C-025 de 2018, del 11 de abril). Se establece como composición de la garantía de no repetición todas las acciones tendientes a la no perpetración de hechos que vulneren los derechos de las víctimas, e incluso le da alcance a la protección del colectivo social.

Desde las decisiones de la Corte Constitucional se sostiene que las víctimas deben ser reparadas de forma integral, medidas grupales hasta medidas singulares, y bajo el precepto de que sus derechos deben de ser cumplidos, es decir las víctimas demandan justicia, no puede entenderse bajo un esquema actual una justicia retributiva, pero sí debe entenderse una escala de pena con prerrogativas, una verdad completa contada por los mismos actores, una reparación que parta de los bienes de los victimarios, pero que subsidiariamente sea avalado por el Estado, y una promesa de que no se deben repetir los hechos: “las garantías de no repetición adquieren pleno sentido cuando vienen acompañadas de un proceso de dignificación de

las víctimas... que todo el ajuste a la estructura y al funcionamiento del Estado se efectúa también en función de ellas” (Sentencia C-674 de 2017, del 14 de noviembre).

Los avances jurisprudenciales se han construido en los principios constitucionales en concordancia con los lineamientos del derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho penal internacional, respondiendo, “...a una paulatina definición de los derechos en función de los contextos en los que se tornan relevantes; y (iii) refleja un interés ascendente por concretar los contenidos, titulares y destinatarios de cada uno de los derechos” (Sentencia C-588 de 2019, del 5 de diciembre). Como aspecto de relevancia, la Corte amplió el desarrollo en el alcance de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general gracias al contexto de transición, aunando el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación integral con un sistema de interconexión entre los principios y valores, “...el derecho a la reparación como un derecho complejo... se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia” (Sentencia SU-254 de 2013, del 24 de abril).

Lo interesante es cómo la jurisprudencia constitucional respalda y proyecta la justicia transicional de forma íntegra, “...la verdad contribuye al adecuado juzgamiento —a través del proceso judicial— de quienes incurrieron en conductas penales, y también aporta —y debe entenderse— en términos de reparación y de no repetición” (Sentencia C-007, 2018) con lo cual refleja claramente su objetivo de asegurar las garantías de las víctimas, imponiendo un ejercicio normativo coherente al propósito señalado, de la mano con la institucionalización de los objetivos, en aras de establecer responsables de la ejecución de las acciones tendientes a la protección y guarda de los bienes jurídicos de las víctimas.

#### IV. PROYECCIONES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La justicia transicional implementada en el contexto colombiano para resolver la situación compleja de conflicto armado se ha convertido paulatinamente en una especie de un modelo que se ha forjado bajo los lineamientos de los estándares internacionales, sin desconocer la realidad

propia, lo cual ha marcado visiblemente su constante evolución, que se va reinventando y consolidando en la medida de que sus respuestas son efectivas en el cumplimiento de los fines adoptados, "...se encuentra que a lo largo de los últimos veinte años se han presentado iniciativas para permitir la desmovilización, como políticas de reparación administrativa y judicial, las cuales han sido calificadas como las más amplias e integrales del mundo" (Cepeda & Pérez, 2019), que a pesar de los retos por las condiciones propias, políticas, económicas, sociales, de violencia, entre otras, se ha moldeado en su búsqueda de conseguir una paz duradera y estable.

La puesta en marcha del modelo de justicia transicional se encaminó en la superación de la guerra bajo una transición política mediante mecanismos que permitan entender el origen del conflicto, así como el quebrantamiento del modelo democrático:

Los acontecimientos socio jurídicos que surgirían en el proceso de acuerdo entre el gobierno y las guerrillas de las FARC, llevarían a mostrar la importancia de los principios constitucionales e internacionales para alcanzar la convivencia entre actores que han sido considerados como enemigos, por eso tanto el acuerdo, los documentos que se desprenden de él, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de las instituciones internacionales han sido el soporte para que en el horizonte colombiano la convivencia sea una realidad (Sánchez & Llano, 2019: 235).

Se incluye una nueva concepción institucional a fin de lograr los objetivos, en aras de no perder la credibilidad y el margen de acción, donde todos los mecanismos tendientes a dar fin a la vulneración de derechos, gocen de legitimidad y no caigan en un posible revictimización o den paso a la impunidad y ocultamiento de la verdad. De forma sistemática y armonizada intervienen los distintos estamentos del poder público, con lo cual, participan activamente el Poder Legislativo mediante la creación de normas para la superación del conflicto, el Poder Judicial mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Poder Ejecutivo que se encarga de liderar instituciones estatales que procuren asistir integralmente a las víctimas: "...se ha consolidado ya un escenario de posconflicto, donde se inscribe una serie de iniciativas legislativas y gubernamentales, además de un importante número de resoluciones de la Corte Constitucional, de enorme trascendencia para el futuro de la sociedad y el Estado colombiano" (Ruiz, 2018: 135), lo cual da paso a la legitimación del proceso de



transición conforme a los lineamientos constitucionales, pero a su vez da muestra de la proyección tenida en cuenta dentro de su planificación, pues trae consigo el ejercicio, que aún no termina, de un elocuente y fornido proceso legislativo en concordancia con la ejecución de la política pública asumida por el Estado colombiano.

La proyección de la justicia transicional en el modelo colombiano se basa en la ejecución de todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los fines propuestos, lo que ha conllevado al trabajo armónico en su construcción de dos conceptos de justicia, la justicia transicional y la justicia restaurativa: “Dichos mecanismos se implementan de manera complementaria o alternativa a la justicia ordinaria, con el fin de recomponer las relaciones entre víctima y victimario desde una perspectiva no punitiva basada en el reconocimiento y resarcimiento de los daños” (Saffon & Tacha, 2019: 61), en el ejercicio que comprende la utilización de todos los mecanismos y ejecución de acciones tendientes al cumplimiento efectivo de los derechos de las víctimas, creando espacios que apuntan a garantizar su participación.

Desde la esfera internacional, la justicia transicional debe reparar el daño sufrido por las fuertes transgresiones, y centra a la víctima como eje fundamental de procesos alternativos: “...resarcir el daño de las víctimas y que, adicionalmente, se ha contemplado el derecho y deber a la reparación en el derecho internacional y el marco jurídico colombiano, en contextos de transición” (Acosta & Espitia, 2020: 4); por lo cual, como se ha indicado en líneas precedentes, la justicia restaurativa es un apoyo fundamental, dado que desde el punto de vista finalista, ambos modelos de justicia convergen, “...de forma concomitante, [hacia] la reintegración de los victimarios, la reconstrucción del tejido social, la reconciliación y, especialmente, la reparación de las víctimas y las comunidades afectadas” (Acosta & Espitia, 2020: 3), de lo cual se ha desprendido la implementación de un SIVJRR.

Sistema en el cual se busca impartir las garantías tendientes a la protección efectiva de los derechos de las víctimas, caracterizándose por su esencia integradora de mecanismos para la investigación, clarificación y condena de las vulneraciones acaecidas en el conflicto: “...judiciales y extrajudiciales, tanto para la investigación y sanción de las graves violaciones al DIDH y al DIH como para el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido” (Calle e Ibarra, 2019: 4), lo cual ha sido fundamento para la

utilización de instrumentos como lo son: la conformación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas; la JEP; entidades que son el resultado de las acciones tendientes al cumplimiento del propósito de institucionalizar los mecanismos en aras de la consolidación de las políticas de pacificación y reconciliación nacional.

Dicho sistema se incluyó en la órbita constitucional mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 en concordancia de un marco normativo y con la legitimación otorgada por la Corte Constitucional que ha tejido una estructura jurisprudencial con la cual se ha delimitado los fines y condiciones tendientes a la protección de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, en el entendido de que en cierta forma el modelo de justicia transicional impacta de forma global en el contexto colombiano. El SIVJRNR, en su búsqueda por el establecimiento de la convivencia y garantía de los derechos que en ella convergen, y como en reiteradas ocasiones se ha mencionado, se centra en las víctimas; como un medio restaurador se pretende la revelación de la verdad, para lo cual se instauran condiciones e incentivos, con la finalidad de que los actores en el marco del conflicto armado comparezcan, propiciando la rendición de cuentas, es así que se fundan objetivos generales de los cuales se desprende: “Satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto... Asegurar el esclarecimiento de la verdad... responsabilidades de quienes participaron en el conflicto armado interno de manera directa o indirecta. Garantizar, justicia frente a graves violaciones de los Derechos Humanos” (SIVJRNR y JEP, 2019).

Para su ejecución se ha delimitado cada componente del SIVJRNR, a fin de establecer competencias claras, que permitan la consecución de dichos objetivos, bajo la operación del principio de colaboración armónica y de un Comité de Coordinación Interinstitucional: “Los espacios de conversación entre los mecanismos del SIVJRNR, que podrán producirse en el marco del Comité de Coordinación Interinstitucional del mismo, deberán considerar la participación de las víctimas... Los escenarios y alcances de la reparación integral” (Cooperación Alemana, 2019: 136). Es de resaltar que el SIVJRNR realiza la caracterización de las víctimas acorde a las particularidades propias del territorio y población, brindando especial protección a las mujeres, los niños y las niñas víctimas del conflicto armado, lo cual se traduce en acciones tendientes a garantizar un enfoque

territorial, diferencial y de género, ampliando y masificando el impacto acordes a cada necesidad:

...tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio, cada población, y en especial a la protección, y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. El enfoque de género, se aplicará a todas las fases y procedimientos del sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto (De la Hoz *et al.*, 2019: 147).

Es importante indicar que en el SIVJRNR (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición) participan todas las víctimas del conflicto armado, miembros de grupos guerrilleros, agentes del Estado, integrantes de la fuerza pública, paramilitares desmovilizados, terceros civiles y la sociedad en general. Las víctimas son ciudadanos con derechos, en cumplimiento del principio de reconocimiento, en el cual también se incluye para su garantía de responsabilidad por parte de todos los participantes directos o indirectos en el conflicto y se relacionan con graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

El reconocimiento a las víctimas va armonizado en conjunto con la participación del principio de satisfacción, en cuanto a la efectividad presente en el cumplimiento de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con el uso de medidas restaurativas y reparadoras, en búsqueda de una justicia alejada de las formas propias de las sanciones retributivas del derecho penal, es decir que se orienta a "...la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización" (Acto Legislativo 01 de 2017, del 4 de abril), priorizando el cumplimiento de la dignidad de las víctimas en atención a sus necesidades.

Para el contexto colombiano, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad pretende la obtención de la verdad de los acontecimientos acaecidos como consecuencia del conflicto armado interno, contribuyendo a la revelación de las trasgresiones a los derechos de forma integradora, incluyendo todas las voces posibles que permitan la coherencia en el acercamiento a la certeza como una repuesta a las víctimas y la sociedad en

general, para lo cual se incentiva el reconocimiento voluntario, conllevando a la implementación de herramientas que permiten dicho acercamiento, sin consecuencias legales por lo que allí se debe; este mecanismo se orienta por la alternatividad en su naturaleza: "...una iniciativa de estas tendría que indagar por una serie de daños como el desplazamiento y la desaparición forzada, el asesinato o la tortura —como en otros contextos nacionales— las tendencias de estos crímenes en un periodo particular” (Castillejo, 2017: 313).

La Comisión promueve la aceptación tanto de la responsabilidad individual o colectiva que se haga de forma voluntaria por quienes fueron partícipes de conductas en medio del conflicto, ya sea que su ejecución hubiera participado como autor o partícipe: “Las comisiones de la verdad no buscan una verdad judicial... identificar los patrones de abusos, las causas estructurales de la violencia, representar con justicia los testimonios de las víctimas y construir un relato que sirva de catarsis social” (Colorado & Villa, 2020: 309), con lo cual se garantiza el cumplimiento del derecho a la verdad, enmarcado en la escucha y comprensión sin juzgamiento, en el entendido que cumple con una de las finalidades integrales del sistema, siendo un ente autónomo de carácter público y del orden nacional, que busca cumplir con la identificación de la complejidad propia del conflicto al abarcar un espectro temporal tan amplio como lo es el caso colombiano, comportando un reto magno, que por obvias razones infiere un margen de frustración muy alto, sustento que ha dado paso a la validación de las exigencias para su impulso, de concepciones que median en procura del esclarecimiento de la verdad.

A la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad se le suma, en la coordinación del SIVJRNR, la JEP, que es el mecanismo utilizado para impartir justicia, es el ente judicial, el cual goza de autonomía para investigar, esclarecer, juzgar y sancionar los hechos cometidos durante el transcurso del conflicto armado: “...estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica” (Acto Legislativo 01 de 2017, del 4 de abril), por lo cual es la jurisdicción competente para conocer de los asuntos correspondientes a conductas cometidas en ocasión, causa o relación con el conflicto armado hasta el 1o. de diciembre de 2016, con especial reparo frente a las graves violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario.

La competencia de la JEP estaría en conocer los hechos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran suscrito su voluntad en las negociaciones y concertaciones, asimismo permite que tanto los sujetos estatales como las fuerzas armadas que hicieron parte de las confrontaciones, como otros sujetos partícipes del conflicto que no hicieron parte del grupo armado, pero que hubieran participado activamente en el conflicto, puedan vincularse a este proceso alternativo: "...ex combatientes que hayan suscrito dicho acuerdo de paz, los agentes del Estado y las personas que hayan participado indirectamente en el conflicto armado" (Calle e Ibarra, 2019: 10), a estos actores armados y sociales se les brinda las garantías resultado del acuerdo para llevar a buen término el proceso de paz, pero a su vez adquieren la obligación imperante de contribuir con el esclarecimiento de la verdad total, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, posibilitando el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad y la no repetición, como fundamento de las sanciones a imponer, armonizándose de igual manera con la consolidación de la paz, resulta entonces que la sanción dentro de la JEP cumple una función restaurativa y reparadora del daño, anteponiéndose a las concepción clásica de la función retributiva.

En la estructura que se ha construido de la JEP, reconocida como jurisdicción especial, ha llevado a que sea considerada una institución que tiene relaciones complementarias y de colaboración con otras Altas Cortes para avanzar en sus pretensiones y objetivos transicionales, "...está sometida a la Constitución y debe tener relaciones de colaboración armónica con las otras instituciones del Estado, así como con las otras jurisdicciones; los conflictos de jurisdicción que surjan deben ser definidos por la Corte Constitucional" (Sentencia C-080 de 2018, del 15 de agosto); bajo esa óptica, la JEP asume competencia prevalente frente a las actuaciones penales, administrativas y disciplinarias, por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, entre los objetivos estratégicos de la JEP se encuentran: "...a) contribuir a satisfacer las demandas de rendición de cuentas de la sociedad... b) resolver de manera pronta y objetiva la situación jurídica de quienes comparezcan a la JEP... contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas" (Ramelli, 2020: 18).

La Corte ha enfatizado que en relación con esos sujetos que no hacen parte de la organización al margen de la ley, que tampoco se trata de agen-

tes estatales, pero que son denominados terceros, parte del conflicto de forma indirecta, se pueden incluir dentro del proceso transicional, sin que esto signifique que se supla el derecho al juez natural: "...el sometimiento de los terceros alzados en armas a la JEP no comporta una sustitución del principio de juez natural" (Sentencia C-050 de 2020, del 12 de febrero), toda vez que en ello se conjugan situaciones como el acogimiento voluntario, lo mismo no ocurre para terceros y agentes del Estado que no integran la fuerza pública, a los que sí se les puede estar vulnerando dicho principio. Los terceros en los que se prioriza el sistema, se enmarca en su responsabilidad durante el conflicto armado interno: "...aquel que realizó aportes esenciales a la existencia de los grupos armados o a algunas de sus estructuras... que participen en las decisiones relacionadas con la formulación de planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil" (Michalowski *et al.*, 2020: 44), obedeciendo a los propósitos propios de coberturas ampliadas en aras de generalizar el impacto con base en los patrones de macrocriminalidad.

Desde la Corte Constitucional se determinó la competencia de la JEP en su accionar, para saber de forma ilimitada sobre quienes voluntariamente se someten a esta jurisdicción especial: "...la posibilidad ilimitada e indeterminada de asumir el conocimiento de las conductas delictivas ejecutadas por quienes voluntariamente se han sometido a su jurisdicción" (Sentencia. C-050 de 2020, del 12 de febrero), por lo que es importante señalar que los lineamientos para la aplicación de la competencia de la JEP, en criterios materiales, personales y temporales, los define la Constitución en el contenido del Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley Estatutaria 1957 de 2019 y el precedente jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional sobre la materia.

La justicia transicional también se proyecta en el contexto colombiano con la inclusión, dentro del SIVJNR, de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), constituyendo también una respuesta institucional, extrajudicial y con fundamento humanitario, fijada en el propósito de localizar y buscar las personas vivas que se han dado por desaparecidas en el marco del conflicto armado, y aquellas que han fallecido, propender por la recuperación, identificación y entrega de sus restos, en el ejercicio pleno de las acciones tendientes al restablecimiento de los derechos de las víctimas: "...la UBPD se concibe como un mecanismo humanitario y extrajudicial orientado exclusivamente a la búsqueda de las

personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado” (UBPD. 2021: 6)

El magistrado Eduardo Cifuentes de la JEP ha indicado que en los años venideros se podrán vislumbrar avances en materia de transición, en cuanto a lo relativo a la justicia, la imposición de sanciones alternativas que propician el cumplimiento del modelo alternativo, asimismo se espera que los medios digitales permitan el conocimiento de la corriente jurisprudencia y el acceso a la justicia: “...fortalecerá las facilidades digitales de acceso a la justicia y a su jurisprudencia” (Cifuentes, 2020); y de este modo darle continuidad a los acuerdos y pactos negociados.

Lo dicho constituye un gran reto, pues podría decirse que se trata de la verdadera medición del modelo en la práctica, con la que se pone a prueba su efectividad y eficacia, en esa búsqueda insaciable por el restablecimiento del conglomerado de bienes jurídicos de las víctimas; en consecuencia, podría decirse que en la actualidad el modelo de justicia transicional colombiano se encuentra en fase de implementación, con algunas incidencias que dan muestras de ejecución, lo cual resulta como su verdadera proyección a corto plazo, al propiciar categóricamente y sin más dilación la rendición sobre los resultados obtenidos, como un factor que empuje a la consecución de resultados óptimos para que no se pierdan en el tiempo como meras intenciones.

Pese a los avances sociojurídicos y constitucionales sobre la implementación de la justicia transicional en el contexto colombiano, la situación ha tenido amplias tensiones, debido a que el cumplimiento de la misma ha sido un poco lento, principalmente en lo referente a los exguerrilleros de las FARC, donde las inversiones estatales no han llegado como se propuso en los acuerdos, y respecto a los pobladores de los territorios, donde tenía presencia la extinta guerrilla, quienes siguen en la marginalidad socioeconómica:

Al no implementarse plenamente el acuerdo en lo correspondiente a las comunidades de las zonas rurales con la inversión social prevista, el Estado estaría reproduciendo su ausencia en las regiones donde históricamente no ha intervenido socialmente, esto llevaría a que el espacio dejado por la guerrilla de las FARC fuera reemplazado por otro tipo de actores armados (Llano & Velasco, 2019: 32).

En cuanto al componente de la verdad, que se finiquitaría con la identificación de las víctimas y los sujetos partícipes dentro de la JEP, pretendiendo grandes avances en el esclarecimiento de la verdad, socializando los mecanismos establecidos para tal fin en los territorios y suministrando los medios idóneos. Respecto a este punto, se comprende que las acciones tendientes a la obtención de resultados es aún materia de construcción, en consideración a que el reto es de gran magnitud por los efectos del tiempo, donde es claro que muchas verdades nunca saldrán a luz por cuanto no es posible reunir todas las variables que se conjugan en ello, y se ha buscado la implementación de medios alternativos que faciliten la obtención de resultados satisfactorios.

Para la reparación, el panorama no se aduce alentador, pues al igual que el criterio anterior, también se encuentra en construcción, pues se buscan los mecanismos idóneos que faciliten el mayor grado de satisfacción, en los que se generen mecanismos distintos con efectos reparadores a los considerados tradicionalmente. Se ha indicado que ello será definido en el lapso temporal subsiguiente. Es por ello por lo que el concepto de reparación se ha ido ampliando en la medida que se implementa el modelo de justicia transicional colombiano, buscando que nuevos criterios fundamenten su composición, a fin de que ésta sea integral y los resultados puedan tener un mayor impacto, teniendo en cuenta que es quizá la fase que conlleva al mayor índice de incumplimiento.

## V. CONCLUSIONES

La justicia transicional aplicada en Colombia ha estado enmarcada por la influencia de las orientaciones internacionales, pero alimentada por las circunstancias propias de la realidad del conflicto armado, lo cual ha arrojado como resultado un modelo de justicia transicional propio, centralizado en las víctimas, situación que a su vez ha propiciado la interiorización de las nociones de la justicia restaurativa, siendo un reflejo de la modulación de los preceptos globales de la justicia transicional.

Se puede deducir que en la parte institucional, la JEP, la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos han funcionado adecuadamente; donde aparecen los inconvenientes, es en los compromisos de inversión estatal para beneficio de los excombatientes, como las comunidades rurales de los territorios que se afectaron de



forma directa por el conflicto, incumpliendo con un punto esencial en los acuerdos que es la reparación de las víctimas; y en ciertas circunstancias, con la no repetición, debido a que han surgido nuevos actores armados que tienen confrontaciones con las fuerzas armadas gubernamentales; esto coloca a la justicia transicional con avances, pero con desafíos que se deben resolver lo más pronto posible para lograr la convivencia permanente que tanto añoran los ciudadanos colombianos.

Este proceso transicional se enmarca, legitimado en el amparo constitucional, con una constante vigilancia y control por parte de la Corte Constitucional, que ha fijado límites en consonancia con la perspectiva de brindar a las víctimas garantías efectivas de justicia, reparación, verdad y no repetición, concordando con los objetivos propiciadores de la consecución de una paz duradera y estable, beneficio extendido a la sociedad en general; por tanto, es válido indicar que la justicia transicional en Colombia, por más delimitada que se encuentre en un espacio de tiempo, sus acciones están dirigidas a consolidarse en el ámbito nacional.

Por tratarse de un elemento que hace parte de la Constitución colombiana, la justicia transicional se entiende como una garantía para el cumplimiento de la paz, vista como un bien jurídico tutelado y en concordancia con los demás principios y valores fundamentales; máxime que se centra en la protección de las víctimas y de la sociedad en general, enmarca, por consiguiente, cualquier trasgresión que se emprenda en el menoscabo de ella, como un comportamiento claramente inconstitucional, y a su vez, esta especial protección incluida en su cuerpo conlleva la agrupación de un gran contenido que hace, de la mencionada figura, un modelo en constante construcción, pues las aristas propias del conflicto armado colombiano no implican que la tarea sea fácil, y por sus dimensiones acarrea la utilización de grandes recursos de distinta índole, lo que hacen su aplicación mucho menos ágil, sin olvidar que el componente político e ideológico puede frenar aún más la obtención de resultados.

Puede, entonces, inferirse que las omisiones, carencias, incumplimientos e inoperancias por parte de los sujetos, activos y pasivos, encargados de ejecutar las acciones tendientes al cumplimiento de los fines de la justicia transicional en Colombia, también los hace trasgresores del texto constitucional, acarreado las consecuencias propias de tal falta. Por tanto, resulta a la sazón admisible indicar que la justicia transicional comporta la consecución de los máximos de satisfacción, pues de lo contrario se

constituye una revictimización, acerca de la cual, por su estatus, se puede buscar su protección en instancias internacionales.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA LÓPEZ, J. e IDÁRRAGA, A. M. (2020). “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: Convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”. *Revista Derecho del Estado*. 45 (1).
- ACOSTA LÓPEZ, J. y ESPITIA, C. (2020). “Justicia restaurativa y reparación: desafíos de la JEP frente a una relación en construcción”. *Universitas*. 69.
- ACUERDO FINAL (2016). “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11\\_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf).
- ACTO LEGISLATIVO 01 (4 de abril de 2017). “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. 50.196. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/acto%20legislativo%20n%c2%b0%2001%20de%204%20de%20abril%20de%202017.pdf>.
- ACTO LEGISLATIVO 01 (31 de julio de 2012). “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. 48.508. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto\\_legislativo\\_01\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html).
- AMBOS, K. (2014). *Justicia de transición y Constitución*. Bogotá: Temis.
- AMBOS, K., ZULUAGA, J. y CORTÉS RODAS, F. (2018). “Prólogo”. *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre-Konrad Adenauer Stiftung-Universidad de Antioquia.

- ARANGO RIVADENEIRA, R. (2020). “Justicia transicional, emociones morales y reconciliación social: un frágil equilibrio”. En *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz.
- BENAVIDES, F., MATEOS MARTIN, O. y CAMPS FEBRER, B. (2018). “Límites y desafíos de la justicia transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de Sierra Leona, Marruecos y Colombia”. *Relaciones Internacionales*. 38 (1).
- BLANCO CORTINA, D. J., GÜIZA GÓMEZ, D. I. y SANTAMARÍA CHAVARRRO, C. A. (2017). *¿Corregir o distribuir para transformar? Una concepción de justicia para la política pública de restitución de tierras en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CALLE MEZA, M. L. e IBARRA PADILLA, A. M. (2019). “Jurisdicción Especial para la Paz: fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia”. *Análisis Político*. 32 (96).
- CASTILLEJO CUELLAR, A. (2017). “La imaginación social del porvenir. Reflexiones sobre Colombia y el prospecto de una Comisión de la Verdad”. En MARTIN, Arnaud (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASTILLO, A. (2018). *Justicia transicional, comisión de la verdad y fuerzas militares. Reflexiones en torno al caso centroamericano*. UNISCI.
- CEPEDA, E. y PÉREZ, W. (2019). “Derechos sociales y justicia transicional: experiencias internacionales y el caso colombiano”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*.
- CIFUENTES, E. (7 de noviembre de 2020). “Jurisdicción Especial para la Paz”. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/sala-de-prensa/paginas/ponencia-del-magistrado-eduardo-cifuentes,-presidente-de-la-jep,-en-respuestas-emergentes-a-atrocidades-con-tempor%3a1neas'.aspx>.
- COLORADO MARÍN, L. P. y VILLA GÓMEZ, J. D. (2020). “El papel de las comisiones de la verdad en los procesos de transición: aproximación a un estado de la cuestión”. *El Ágora USB*. 20 (2).
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD, LA CONVIVENCIA Y LA NO REPETICIÓN (2018). “21 claves para conocer la comisión de la verdad”. Disponible en: <https://comisiondelaverdad.co/images/zoo/publicaciones/archivos/21-claves-comision-verdad.pdf>.

- COOPERACIÓN ALEMANA. (2019). *Desafíos y oportunidades del SIVJRN*, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- CORREA HENAO, M. (2017). “Justicia constitucional en Colombia: Balance y... desafíos constitucionales”. En BERNAL PULIDO, Carlos *et al.* (eds.), *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2020). Sentencia C-050/2020. 12 de febrero de 2020.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2019). Sentencia C-588/2019. 5 de diciembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2019). Sentencia C-538/2019. 13 de noviembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-080/2018. 15 de agosto de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-025/2018. 11 de abril de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-007/2018. 1 de marzo de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2017). Sentencia C-674/2017. 14 de noviembre de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2014). Sentencia C-577/2014. 6 de agosto de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2013). Sentencia SU-254/2013. 24 de abril de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2013). Sentencia C-579/2013. 13 de agosto de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2012). Sentencia C-052/2012. 8 de febrero de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2011). Sentencia C-771/2011. 13 de octubre de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2008). Sentencia C-1199/2008. 4 de diciembre de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2007) Sentencia T-1091/2007. 14 de diciembre de 2007.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2006). Sentencia C-370/2006. 18 de mayo de 2006.
- CUYA, E. (2017). “Las comisiones de la verdad y su relación con las víctimas de violaciones a los derechos humanos en América Latina”. En MARTIN, Arnaud, (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DE LA HOZ DEL VILLAR, K., MACHADO VÁSQUEZ, M. y MEJÍA TURIZO, J. (2019). “El enfoque de género dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. *Justicia*. 24 (36).
- FAJARDO ARTURO, L. F. (2017). “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables en Colombia”. En BERNAL PULIDO, Carlos *et al.* (eds.). *Justicia transicional: el caso de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUGLIELMUCCI, A. (2017). “El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: Una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia”. *Revista de Estudios Sociales*. 59 (1).
- KERBER, G. (2017). “Comisiones de la verdad y la reconciliación: perspectivas éticas desde la justicia restauradora y los derechos de las víctimas”. En MARTIN, Arnaud (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1424 de 2010. “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. Núm. 47.937. Diciembre del 2010. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201424%20de%202010.pdf>.
- Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. *Diario Oficial*. Núm. 45.980. 25 de julio del 2005. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0975\\_2005.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html).

- LLANO FRANCO, J. V. y VELASCO CANO, N. (2019). “Conflicto armado y pos-acuerdo en el Norte del Cauca”. En LLANO FRANCO, Jairo Vladimir *et al.*, *Pos-acuerdo y territorio en las comunidades indígenas, afro y campesinas en el Norte del Cauca*. Bogotá: Ibáñez.
- MICHALOWSKI, S. *et al.* (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: Dejusticia.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf).
- OROZCO, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis.
- RAMELLI ARTEAGA, A. (2020). “Los desafíos de las investigaciones de macrocriminalidad en la Jurisdicción Especial para la Paz”. En VELÁSQUEZ, Fernando *et al.* (eds.). *Jurisdicción especial para la paz. Desafíos y oportunidades*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- RETTBERG, A. (2015). “Ley de víctimas en Colombia”. *Revista de Estudios Sociales*. 54 (1).
- RUIZ, G. (2018). “Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.
- SAFFON SANÍN, M. P. y TACHA GUTIÉRREZ, V. (2019). *La participación en las medidas de justicia transicional. Un estudio comparado*. Bogotá: De Justicia.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, D. y LLANO FRANCO, J. V. (2019). “Principios constitucionales, generales y procesales en tiempos de víctimas y justicia transicional”. *Inciso*. 21 (2).
- SÁNCHEZ, N. C. (2017). *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*. Bogotá: De Justicia.
- SÁNCHEZ, N. C. e IBÁÑEZ, C. (2014). “La justicia transicional como categoría constitucional”. En AMBOS, K. *Justicia de transición y Constitución*. Bogotá: Temis.
- SIVJRNR-JEP. (2019). “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. Disponible en: [https://www.jep.gov.co/infografas/sivjrn\\_es.pdf](https://www.jep.gov.co/infografas/sivjrn_es.pdf).

- TEITEL, R. (2011). “Genealogía de la justicia transicional”. En REÁTEGUI, Félix (ed.). *Justicia transicional. Manual para América Latina*. Brasilia: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS (2021). “Informe de gestión y rendición de cuentas 2020”. Bogotá: UBPD.
- UPRIMMY, R. (2017). *Justicia transicional y Jurisdicción Especial para la Paz*. Disponible en: <https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/view/12/9/382-1>.
- ZEGVELD, L. (2003). “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5y8hkk.htm>.
- ZYL, P. van (2011). “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”. En REÁTEGUI, F. *Justicia transicional. Manual para América Latina*. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La Constitución de la República de Texas de 1836

### *The Constitution of the Republic of Texas of 1836*

*Recepción:* 3 de diciembre de 2020

*Aceptación:* 23 de agosto de 2021

Jaime CÁRDENAS GRACIA\*

**RESUMEN:** El ensayo reflexiona sobre la naturaleza, antecedentes y características de la Constitución de la República de Texas de 1836. Esta Constitución fue copiada de la de Estados Unidos e implicó el interregno jurídico previo a la incorporación de Texas a dicho país norteamericano. En el artículo se explican los elementos positivos y negativos de esa carta magna y se busca contextualizarlos cultural e históricamente.

**ABSTRACT:** *The essay reflects on the nature, antecedents and characteristics of the 1836 Constitution of the Republic of Texas. This was a Constitution copied from the United States and involved the legal interregnum prior to the incorporation of Texas into the United States. This article explains the positive and negative elements of that magna carta and seeks to contextualize them culturally and historically.*

**Palabras clave:** Constitución de la República de Texas de 1836, esclavitud, independencia.

**Keywords:** *Constitution of the Republic of Texas, slavery, independence.*

---

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



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El marco teórico*. III. *Los prolegómenos*. IV. *El texto constitucional texano de 1836*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La lección que a algunos mexicanos nos deja la cuestión de Texas es que las instituciones nacionales no pueden desarrollarse adecuadamente —con soberanía— cuando, además de las causas internas de división social o políticas, existen poderes geopolíticos que las sobrepasan y condicionan; no obstante, también podemos señalar que siempre caben posibilidades para mantener algunos márgenes de autonomía nacional, los que dependerán invariablemente de la comprensión y visión de los gobiernos, así como de la fortaleza de la respectiva sociedad civil (Cárdenas, 2020: 83-121).

Las élites políticas texanas que defendieron su independencia frente a México y aprobaron la Constitución de 1836 nunca tuvieron posibilidades reales para consolidar una república independiente. La República de Texas —1836 a 1845— fue un interregno previo a la anexión de Texas a Estados Unidos de América. Nuestra lectura histórica y la de la mayoría de los historiadores es que esa fue en todo momento la intención de la élite texana.

Como se describe en el ensayo, desde el fin de la Colonia la suerte estaba echada. Sectores muy importantes de Estados Unidos siempre codiciaron Texas. La colonización anglosajona de Moses y Stephen Austin en el ámbito geográfico de lo que hoy es Texas sólo aceleró ese proceso. Los gobiernos mexicanos de la Independencia, por imposibilidad material, incapacidad o por torpeza no estaban en condiciones de retener el territorio de Texas.

La Constitución de Texas de 1836 es una copia de la Constitución de Estados Unidos de 1787, es una expresión jurídica de la hegemonía norteamericana sobre Texas. Al elaborarla, los texanos casi no voltearon ni miraron las experiencias constitucionales mexicanas o europeas. Giraron sus mentes hacia la potencia que en ciernes representaba Estados Unidos.

Podemos discutir si el constituyente texano de 1836 fue uno originario revolucionario en la medida que rompió con las estructuras institucionales de la República mexicana instauradas por la Constitución Federal de 1824.

En una lectura naif, el titular de la soberanía, y por consiguiente del poder constituyente originario, fue el pueblo, conducido por sus élites, éstas tuvieron el derecho de modificar y alterar la estructura del poder “...como quisieron, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar...” (Vanossi, 2002: 243). El poder del constituyente texano de 1836 “...todo lo pudo... no se encontraba de antemano sometido a ninguna Constitución... y ejerció su función libre de toda forma de control, salvo los que el mismo le plació adoptar” (Sieyés, 1994). El poder constituyente texano de 1836 pudo “...empezar de nuevo... ser expresión de un solo sujeto político, individualizado e incondicionado y por eso soberano” (Zagrebelsky, 1996: 42).

Sin embargo, ese pueblo texano soberano, conducido por sus élites, no decidió crear un Estado nación independiente de manera permanente, sino que, en pocos años, determinó ser parte de otro Estado nación poderoso, por obvias razones económicas, de identidad cultural, religiosa y política —geopolíticas—. Así como la independencia de Texas con respecto a México, con los ojos de ahora, nos parece evidente, así también de diáfano pareció su voluntad de anexarse a Estados Unidos.

En todo caso, se trata de hechos históricos en donde las razones económicas y los intereses individuales y colectivos juegan un papel determinante. La independencia de Texas de México se explica mejor por estas variables que por las metafísicas, relacionadas con los constituyentes originarios.

## II. EL MARCO TEÓRICO

La Constitución de la República de Texas de 1836 en sus aspectos formales es proyección fundamentalmente del constitucionalismo de Estados Unidos (Ackerman, 1991, 2014 y 2019), de los debates entre los federalistas y antifederalistas, de constituciones como la de Massachusetts de 1780 —la más antigua del mundo— y de los antecedentes constitucionales y legales previos relativos a Texas (la Constitución de Coahuila y Texas de 1827, el intento de Constitución del Estado de Texas de 1833 y la legislación mexicana de colonización, tanto federal y local). Todo ello influyó en la concepción de la Constitución de 1836, más otras características “texasanas” de la época, como la defensa de la esclavitud, la fuerte pre-

valencia del derecho de propiedad sobre otros derechos civiles y políticos, y obviamente la defensa de su independencia política y cultural respecto a México.

En la Constitución texana de 1836 está presente el pesimismo sobre el ser humano de los federalistas y es una de sus variables distintivas. Los texanos, como en general los estadounidenses, pensaron que las instituciones debían ser diseñadas para resistir los vicios de la condición humana. Tal como lo señala Roberto Gargarella (2010 y 2014: 114), el núcleo de ese pesimismo se opone a las concepciones republicanas utópicas que expresan de partida su confianza en el ser humano —no motivado exclusivamente por el autointerés— para crear y mantener instituciones. El pesimismo en el entendimiento de la condición humana utiliza los datos duros de la realidad para canalizar los sentimientos egoístas de las personas para obtener beneficios para el conjunto de la sociedad.

La Constitución texana de 1836 fue permeada por el debate de los federalistas y antifederalistas, así como de todo el constitucionalismo estadounidense de esos años. Los federalistas eran partidarios de la democracia representativa y de gobiernos fuertes —ejecutivos—, más allá de los acuerdos multilaterales entre los estados confederados. Los antifederalistas recelaban del gobierno fuerte, preferían gobiernos más próximos a las respectivas comunidades, y tenían grandes simpatías por la democracia directa (Sánchez-Cuenca y Lledó, 2002). Los antifederalistas consideraban que la gran amenaza a la libertad provenía de gobiernos con pocos vínculos con la mayor parte de la población (Brutus, 2020: 3-18).

Las polémicas constitucionales de esa época en Texas no se pueden entender sin conocer también el nacimiento de Estados Unidos. Este país surgió, primero, como una confederación de Estados y después como una federación. Ese proceso político, teórico e histórico fue largo y tortuoso —de la declaración de independencia del 4 de julio de 1776 hasta 1787 que se discutió la Constitución de Estados Unidos o inclusive hasta su cumplimiento en 1789— y tuvo un gran impacto en la región de norteamérica, pero también en el mundo.<sup>1</sup> Los años de la Confederación fueron desastrosos por la falta de un poder central, se vivió una bancarrota económica en las antiguas trece colonias, hubo gran miseria social y fue notoria la impotencia de la Confederación frente a los intereses del exterior y respecto

---

<sup>1</sup> El texto jurídico que reconoció a la Confederación fue: “Artículos de Confederación y Perpetua Unión entre los Estados”, que se convino el 15 de noviembre de 1777.

a los conflictos internos. Estuvo a punto de fraccionarse en trece Estados particulares hasta que paulatinamente las élites norteamericanas advirtieron la importancia política y económica de la Federación, cuyo principio básico es dejar a la independencia estatal todo lo posible, pero sin dañar la unidad nacional (Laboulaye, 2013: 21-40).

La Constitución de la República de Texas de 1836 es producto de la tradición confederal, pero sobre todo de la federalista. Recogió de los antifederalistas la declaración de derechos en la que tanto éstos insistían, así como la idea, no siempre realizada en la facticidad, de un vínculo fuerte y no débil entre los gobernantes y gobernados para que los segundos participaran en muchas de las decisiones públicas. De los federalistas, los texanos tomaron las líneas básicas de las instituciones de la democracia representativa, el sistema de pesos y contrapesos entre poderes, las facultades de los tres poderes, la existencia de fuerzas armadas permanentes, así como las competencias fiscales del Congreso.

Los texanos de 1836, como los federalistas, y a diferencia de los revolucionarios franceses, consideraron que el sujeto constituyente era el conjunto de intereses y grupos que articulaban la sociedad, no una entidad metafísica. Con sentido realista defendieron sus intereses en torno a la esclavitud y a la propiedad. Esos derechos no podían ser alterados o suprimidos por las mayorías, eran derechos sagrados y el fin de las instituciones y del orden jurídico era salvaguardarlos.

Sin embargo, como los antifederalistas, los texanos de 1836 eran partidarios de mandatos de gobierno cortos para evitar que el gobernante se distanciara de su base social. No apostaron del todo por gobiernos fuertes —sobre todo en relación con el Poder Ejecutivo—, relativamente independientes de los deseos de la mayoría, como los federalistas en su momento habían propugnado. Pero de los federalistas adoptaron muchos elementos como la división del Poder Legislativo en dos cámaras: la de Representantes y el Senado; el Ejecutivo unipersonal, o el veto presidencial.

El constitucionalismo texano de 1836 es liberal-conservador, en el sentido que privilegió derechos humanos y libertades para la población de origen anglosajón, en demérito de esclavos negros, indios y aún de la población de origen mexicana o hispana; pero conservador porque heredó los miedos de los federalistas en torno al poder de las mayorías y por su respaldo a la esclavitud, a la cosmovisión cultural y religiosa imperante de Estados Unidos, y a una defensa muy fuerte del individualismo posesivo (el mercado hace al hombre) (Macpherson, 1982: 10 y 11).

La cuestión del individualismo posesivo (individuos que son propietarios-trabajadores-independientes) estaba muy arraigada en Estados Unidos entre las élites políticas a favor de la población blanca de origen anglosajón. El tercer presidente estadounidense, Jefferson, sostenía que la democracia solo era posible en una sociedad en la que todos fueran económicamente independientes, en donde todos pudieran tener, al menos, la posibilidad de ser propietarios-trabajadores. No se tenía objeción al trabajo asalariado, pero eso era porque los asalariados podían disponer de tierras gratuitamente. Tampoco se rechaza a los grandes propietarios, siempre y cuando todos pudieran tener acceso a la propiedad con facilidad para su independencia. Se odiaba la dependencia económica porque:

La dependencia engendra servilismo y venalidad, sofoca el germen de la virtud y prepara las herramientas adecuadas para los designios de la ambición... en general, la proporción que el resto de las clases de ciudadanos aporta en cada Estado con respecto a lo que aportan sus labradores es la misma proporción que la de sus partes malsanas a sus partes sanas, y es un buen barómetro por el cual medir el grado de su corrupción... Las masas de las grandes ciudades aportan tanto al apoyo de un gobierno como aportan las llagas a la salud del cuerpo humano (Jefferson, citado por Macpherson, 1982: 28).

Los anglosajones blancos de norteamérica y de esa época sostenían, en general, una igualdad social general entre los de su raza. La defensa del derecho de la propiedad a ultranza era condición para alcanzar esa igualdad. La posesión de esclavos negros era un vehículo de acumulación de capital que se consideraba justificado moralmente porque los esclavos no se estimaban como personas. En este tiempo, en dicha región hubo un destroz de muchas de las categorías políticas y teóricas europeas: su “liberalismo” es muy diferente al de Europa (Laski, 2012), pues combinaba tradicionalismo con alta inventiva práctica, defensa de la libertad con conservadurismo cultural y su modelo político-jurídico. La Constitución de 1787, y anteriores como la de Massachusetts de 1780, propendía con el establecimiento de tantos frenos y contra pesos entre los poderes públicos a la defensa del estatus quo (Hartz, 1994: 93 y 94).

La Constitución texana de 1836, como la de Estados Unidos de 1787, es dualista (Ackerman, 1991, 2014 y 2019). Se dice que fue producto de la voluntad del pueblo de Texas, el cual se encontraba en lucha contra México, pero en realidad fue una Constitución que sirvió a los intereses de

las élites, las que en los siguientes años se esforzarían por integrarse a Estados Unidos antes que permanecer como nación independiente de México y de Estados Unidos, aunque algunos representantes minoritarios de esa élite lo hayan pretendido infructuosamente.

### III. LOS PROLEGÓMENOS

Al inicio de la Independencia de México, Coahuila y Texas, formaron una entidad federativa de la República mexicana. La primera Constitución de Texas, fue la de Coahuila y Texas del 11 de marzo de 1827. Esta fue producto de la Constitución Federal mexicana de 1824 y se caracterizó por notas que están alejadas de las prescripciones xenófobas de la Constitución texana de 1836 (González Oropeza, y de la Teja, 2016).

La Constitución del 11 de marzo de 1827 definió al estado de Coahuila y Texas como la reunión de todos los coahuiltexanos, y extendió la protección de los derechos a todo hombre que habitara en el territorio del estado, aunque fuera de tránsito, a diferencia con lo que hoy en día establece la Constitución de Estados Unidos que reconoce sólo los derechos a los ciudadanos de ese país.

Era una Constitución abierta al reconocimiento de los derechos de los extranjeros a los que asimilaba a los coahuiltexanos. Fue una ley fundamental que además contempló la pérdida de la ciudadanía a quienes compraran o vendieran su voto. La Carta de 1827 reconocía el derecho a la felicidad como fin de las instituciones y del orden jurídico.

La apertura del texto constitucional de 1827 era tal que no exigía requisito de residencia para ser elegido diputado a la legislatura local. La diputación permanente, que funcionaba en los recesos del congreso local, tenía facultades de control de constitucionalidad, y en caso de que algún funcionario violentara la Constitución y/o las leyes, la consecuencia jurídica era su destitución y no la invalidez de los actos. Igualmente se garantizaba la inmunidad parlamentaria por las expresiones de los legisladores.

El Poder Ejecutivo, aunque era unipersonal, se asistía de un Consejo de Gobierno, que era un cuerpo consultivo para la elaboración de reglamentos, formulación de dictámenes, la investigación y consignación ante el Congreso de servidores públicos por violación a la Constitución y a las leyes, proponía ternas para la designación de ciertos empleos y la glosa de las cuentas públicas. La Constitución de 1827 previó la figura del vice-

governador para suplir las faltas del gobernador y presidir el Consejo de Gobierno.

Fiel al espíritu de la época, los tribunales no podían interpretar la ley, tan solo aplicarla (Montesquieu, 1987: 112),<sup>2</sup> pero de manera interesante se reconoció acción popular para denunciar a jueces y magistrados por la comisión de cohecho, soborno y prevaricación. La Constitución de 1827 contempló el arbitraje y la conciliación, la libertad de los detenidos si no les notificaba en el plazo de 48 horas el auto de prisión, y la prohibición del tormento y las penas inusitadas.

La Constitución de 1827 reconoció el principio de supremacía constitucional y la responsabilidad personal de las autoridades por infringirla. Por su población binacional, fue la única Constitución estatal de la República mexicana que reconoció derechos lingüísticos y se expidió en español y en inglés.

Sin embargo, la realidad del estado de Coahuila y Texas, no puede jurídicamente concebirse sólo a partir de la Constitución de 1827, es necesario comprender el contexto de la época a partir de los conflictos sociales y políticos. Texas, desde antes de la Independencia había sido sitio elegido para que colonos extranjeros, principalmente de origen estadounidense, se asentaran en su territorio, ello se vio favorecido por leyes federales y locales de colonización, en particular por la ley de colonización local de 1825. Se toleró a los colonos privilegios exclusivos como fueron: la introducción de esclavos, la adopción del juicio de jurado en las causas criminales, la conservación de la lengua inglesa, y la práctica de religiones diferentes a la católica —la Constitución federal de 1824 reconocía el carácter oficial de la religión católica—, no obstante que la Constitución de 1827, siguiendo la pauta de la Constitución federal de 1824, en su artículo 9o. prohibía el ejercicio de cualquier otra religión que no fuese la católica.

El tema de la esclavitud fue uno de los más difíciles en la relación con los colonos. La resistencia de estos a la abolición fue patente en todos los años previos a la independencia de Texas. Cuando se discutía la Constitución de Coahuila y Texas de 1827, en la sesión del 30 de noviembre de

---

<sup>2</sup> Se trata de la herencia de Montesquieu que señala que el juez era simplemente la boca de la ley, un poder nulo. El juez no le podía añadir nada a la ley. La interpretación auténtica correspondía al Poder Legislativo como desarrollaría durante el siglo XIX la escuela de la exégesis francesa y cuyos ecos encontramos en la Constitución mexicana de 1917, artículo 72, inciso F.

1826, el diputado José María Viesca presentó un proyecto de redacción al artículo 13 de esa Constitución que decía: “El Estado prohíbe absolutamente y para siempre la esclavitud en todo el territorio, y los esclavos que existen actualmente en él, quedarán libres desde el día en que se publique la Constitución en esta capital. Una ley arreglará el modo de indemnizar a los que los tuvieren al tiempo de dicha publicación” (González Oropeza y de la Teja, 2016: 1346-1350).

Ante las objeciones de los habitantes de Texas, incluido Stephen F. Austin, el precepto nunca fue aprobado en esos términos. La redacción final del artículo 13 de la Constitución de 1827 terminó señalando: “En el Estado nadie nace esclavo desde que se publique esta Constitución en la cabecera de cada partido y después de seis meses, tampoco se permite su introducción bajo ningún pretexto”.

En los hechos, la esclavitud se mantuvo en los territorios de Texas. Se abolió en esos ámbitos hasta años después de concluir la guerra de secesión de Estados Unidos, es decir, en la segunda mitad del siglo XIX —la proclamación de la emancipación de esclavos en Texas es del 19 de junio de 1865 y se consolidó jurídicamente, aunque no en los hechos,<sup>3</sup> con la entrada en vigor de la décima tercera enmienda a la Constitución de Estados Unidos, el 18 de diciembre de 1865— (Campbell, 2010: 139-150). La permanencia o no de la esclavitud en Texas siempre fue motivo de graves conflictos entre los colonos y el gobierno mexicano mientras Texas fue parte de México.

Los privilegios restantes también se conservaron. Los colonos expresaron sus creencias libremente, al margen de la liturgia católica, se siguieron comunicando entre ellos en inglés, juzgaban las causas criminales mediante el juicio de jurados y aplicaban principios del derecho británico en sus transacciones comerciales. El marco de sus conductas siempre estuvo muy alejado de las culturas hispana y mexicana. La independencia de Texas era inevitable por ese trasfondo cultural tan diverso al mexicano, y sin que existiera ningún elemento fuerte que cimentará un proyecto político y jurídico común (Ariens, 2011: 9-13).

Se ha dicho que el pretexto de la independencia de Texas respecto a México se debió al cambio de la forma de Estado Federal mexicano por el centralismo, pero las causas son múltiples y más profundas. Tienen que ver, desde nuestro punto de vista con:

---

<sup>3</sup> Se mantuvo al menos una década más, según los estudios de Campbell.



- 1) La motivación persistente por parte del gobierno de Estados Unidos y de la población de algunos de los estados de ese país para apropiarse de los territorios otrora de España y después de México (Tratado Adams-Onís 1819-1821);
- 2) El mantenimiento de los privilegios de los colonos: exención de impuestos, introducción de esclavos, el incumplimiento de obligaciones contraídas en relación con la religión y la prohibición de asentarse en las fronteras y costas;
- 3) La flexibilización de las normas locales y federales mexicanas para tolerar el juicio de jurados y la aplicación del derecho británico;
- 4) La incapacidad del gobierno mexicano para colonizar con población autóctona;
- 5) Las debilidades institucionales del gobierno federal y local mexicano para mantener fuerzas de seguridad en los territorios de Texas;
- 6) La ausencia de control gubernamental mexicano respecto a las prácticas de contrabando, inmigración ilegal y la introducción incesante de esclavos;
- 7) La Ley Federal de Colonización del 6 de abril de 1830 que prohibió la inmigración de nuevos colonos a Texas y la disposición del 22 de abril de 1832 que ordenó la expulsión de extranjeros que permanecieran ilegalmente en territorio texano;
- 8) La molestia de los productores de algodón en relación con las normas mexicanas que les obligaban a pagar contribuciones fiscales por la exportación de sus productos a Estados Unidos —se había vencido el plazo de libre importación y exportación desde 1828—;
- 9) Los desórdenes políticos entre facciones en México y el ascenso del centralismo, y
- 10) La exigencia inicial de independencia de Texas respecto de Coahuila.

El 10. de octubre de 1832 algunos líderes texanos convocaron a una convención constitucional para obtener más privilegios para los colonos, prorrogar la exención de impuestos, asegurar los títulos de propiedad de los texanos y aprobar una Constitución para Texas como entidad independiente de Coahuila. En 1833 se realizó una nueva convención para derogar la prohibición del ingreso de estadounidenses a Texas y para aprobar una

Constitución que separara a Texas de Coahuila, pero siendo parte de la República mexicana.

La Constitución texana de 1833 no fue aceptada ni por el gobierno ni por el Congreso mexicano, y nunca entró en vigor —Constitución o Forma de Gobierno del Estado de Texas, San Felipe de Austin, abril de 1833— (Fehrenbach, 2000: 181-184). El texto de 1833 se distinguía por los siguientes elementos:

- 1) Se reconocía la ciudadanía a todos los residentes en Texas, con excepción de los esclavos y personas no sujetas al pago de impuestos, con lo que se reconocía abiertamente la esclavitud;
- 2) El Estado de Texas comprendería el territorio de la provincia de Texas;
- 3) Los varones mayores de 21 años tenían derecho a votar;
- 4) Se determinaba un Congreso local bicameral. La edad para ser senador debía al ser al menos 20 años y de diputado 21;
- 5) Para ser gobernador se requería contar con 27 años y haber residido en el Estado al menos tres años. El mandato era por dos años y en seis años sólo podía ser electo dos veces;
- 6) Se debía protestar antes de ocupar un cargo público la Constitución Federal mexicana de 1824;
- 7) Las leyes de Coahuila mantendrían su vigencia hasta que fuesen modificadas o derogadas por el Poder Legislativo de Texas;
- 8) Los derechos de propiedad y otros, acciones, diligencias y contratos continuarían en vigencia, excepto los casos previstos en la Constitución;
- 9) Las deudas, multas, penas pecuniarias y embargos pasarían al Estado de Texas, y
- 10) Todos los poderes o concesiones de poder, derechos, privilegios e inmunidades que no hubiesen sido dados o garantizados expresamente por la Constitución de Texas de 1833 estarían reservados al pueblo.

Estos esfuerzos texanos para independizarse de Coahuila no fructificaron. El gobierno mexicano intentó incrementar medidas de presión en la provincia de Texas, las cuales resultaron inútiles. Los texanos fueron adquiriendo conciencia de la necesidad de la independencia de Texas respecto de México. La llegada de Santa Anna al poder, su postura antifede-

ralista, el establecimiento del Estado central en México, a través, primero, de las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana del 23 de octubre de 1835, y después con el proceso que llevaría a la aprobación de las Siete Leyes Constitucionales —el 30 de diciembre de 1836—, aquellas fueron las gotas que derramaron el vaso (Vázquez Vera, 1986: 1765-1776).

El 2 de marzo de 1836 los colonos se declararon independientes de México.<sup>4</sup> La declaración de independencia respecto al Estado mexicano contenía los siguientes señalamientos:

- 1) El gobierno mexicano garantizaba los fueros al ejército y al clero, lo que era contrario al interés general, a los derechos de libertad de las personas y propiciaba la tiranía;
- 2) El gobierno mexicano no respetaba los términos de las leyes de colonización que habían concedido a los colonos: derechos y privilegios para poblar Texas y para consolidar su prosperidad;
- 3) El rechazo del gobierno mexicano a que Texas fuera un estado independiente de Coahuila;
- 4) La oposición del Congreso mexicano a la Constitución de Texas de 1833;
- 5) El injusto proceso contra Stephen Austin sólo por pretender la independencia de Texas respecto de Coahuila;
- 6) La oposición mexicana al juicio por jurados (Ariens, 2011: 12 y 13)<sup>5</sup> y al sistema de educación texano;
- 7) Permitir que los mandos militares se colocaran por encima de las autoridades civiles en el territorio de Texas;
- 8) La violación al derecho de los texanos a la libertad de creencias;
- 9) Por haber enviado México ejércitos a Texas para combatir a los colonos a fin de exterminarlos;
- 10) Estar gobernado México por autoridades que habían sometido bárbaramente la libertad del pueblo, y
- 11) Por la ruptura al pacto federal acaecida en México —la aprobación de las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana del 23 de octubre de 1835— y su suplantación por un Estado central incompatible con las libertades (Olavarría y Ferrari y Arias, 1975: 367).<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Yucatán y Tamaulipas también se declararon independientes de México.

<sup>5</sup> El Congreso de Coahuila y Texas había permitido en el Decreto 277 del 17 de abril de 1834 el juicio por jurados en casos criminales.

<sup>6</sup> Se expusieron trece razones de agravio en la declaración de independencia texana.

El gobierno de México desde finales del mes de noviembre de 1835 había organizado un ejército para combatir a los texanos insurrectos, lo que dio lugar a la guerra de México contra Texas, la que concluyó con una derrota militar humillante y un saldo totalmente desfavorable para México. Una vez detenido Santa Anna, éste firmó los Tratados de Velasco del 14 de mayo de 1836, que pusieron fin a la guerra con Texas y que implicaron: a) el reconocimiento del cese de hostilidades por parte del ejército mexicano a los texanos; b) el retroceso de las tropas mexicanas hacia el sur, y c) el respeto a la vida de Santa Anna a cambio de lo anterior.

Se polemiza en torno a si los Tratados de Velasco reconocieron expresamente la independencia de Texas, pero de facto esta se había ya consumado, y estaba en espera de su formalización definitiva, la que se realizó con el Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848 (Prieto, 1891: 352).<sup>7</sup>

Los colonos texanos pretendían de México, antes de la firma de los Tratados de Velasco, según el Protocolo Rusk —secretario de Guerra de Texas—, lo siguiente:

El reconocimiento de la independencia de Texas debería ser una condición *sine qua non*. Los límites de Texas deben extenderse desde la desembocadura del Río Grande, siguiendo el curso de las corrientes hasta sus fuentes más al noroeste, y desde ahí hacia el noreste hasta la frontera de los Estados Unidos. Indemnizaciones por todas las pérdidas sufridas por Texas durante la guerra. Los comisionados que se designen para testimoniar el hecho serán un mexicano, un texano y un americano. Se buscará obtener la garantía de los Estados Unidos para el cumplimiento de las estipulaciones de las partes contendientes. El general Santa Anna será retenido como rehén, con los demás oficiales que el gobierno considere adecuados, hasta que sean reconocidas o ratificadas estas condiciones por el gobierno mexicano. Devolución inmediata de ciudadanos mexicanos o de simpatizantes de la causa texana que hayan sido retenidos junto con sus propiedades. Retirada instantánea de todas las tropas mexicanas de los límites de Texas. Toda propiedad texana será devuelta y respetada por tropas y merodeadores en su retirada. Cese de todas las hostilidades por mar o tierra. Garantías para la seguridad y devolución de los prisioneros mexicanos, tan pronto como las condiciones sean cumplidas. Enviar agentes a los Estados Unidos para obtener la mediación de aquel gobierno en los asuntos de México y Tejas (González Pedrero, 2015: 647).

---

<sup>7</sup> Los Tratados de Velasco fueron firmados por Antonio López de Santa Anna y el primer presidente de Texas, David Burnet. Santa Anna no tenía facultades para ello, pues ya no era presidente de México. Además esos convenios eran nulos porque se celebraron bajo coacción.

El tratado público de Velasco estableció: 1) el compromiso de Santa Anna y de otros generales mexicanos de no tomar las armas en contra de Texas; 2) cesar las hostilidades de ambos ejércitos por mar y tierra; 3) evacuación de las tropas mexicanas hasta la orilla sur del Río Grande; 4) la obligación del ejército mexicano durante su retirada de no tomar la propiedad de ninguna persona sin su consentimiento y justa indemnización; 5) toda propiedad tomada por los mexicanos en la invasión a Texas, incluyendo los esclavos, serán regresados al ejército texano o al gobierno de Texas; 6) evitar el contacto entre los ejércitos texano y mexicano; 7) el ejército mexicano evacuará el territorio texano sin demora; 8) el Tratado se enviará a los generales en jefe de ambos ejércitos —Fili-sola por México y Rusk por Texas— para su debido cumplimiento; 9) el ejército mexicano liberaría a los prisioneros texanos y viceversa, y en el caso de que permanecieran prisioneros mexicanos en Texas, estos se tratarían con humanidad, y los gastos correrían a cargo del gobierno mexicano, y 10) Santa Anna sería enviado a Veracruz, tan luego como fuere conveniente.

En cuanto al Tratado de Velasco secreto, éste dispuso: 1) Santa Anna no volverá a tomar las armas contra Texas, ni influirá para que otros mexicanos las toman; 2) el ejército mexicano debía salir a la brevedad del territorio texano; 3) Santa Anna apoyaría al gobierno texano ante el gobierno mexicano a fin de que Texas obtuviera el reconocimiento como Estado independiente de México; 4) se celebraría un tratado de límites entre México y Texas en donde la frontera se establecería en el Río Bravo, y 5) Santa Anna debía salir de inmediato de Texas rumbo a Veracruz para cumplir con los compromisos contraídos con los texanos. Ambos tratados (González Pedrero, 2015: 650-653) fueron firmados por Santa Anna, Burnet (presidente de Texas), Collinworth (secretario de Estado de Texas), Handeman (secretario de Hacienda de Texas), y P. H. Grayson (Procurador General de Texas).

#### IV. EL TEXTO CONSTITUCIONAL TEXANO DE 1836

La Constitución de la República de Texas de 1836<sup>8</sup> fue firmada el 17 de marzo de ese año en la ciudad texana de Washington on the Brazos

<sup>8</sup> Texas ha tenido después y como Estado de la Unión Americana las siguientes Constituciones: 1845, 1861, 1866, 1869 y 1876.

(Braden, 1977; Nielsen Gammel, 1898) y estuvo en vigor hasta el fin de la República —el 29 de diciembre de 1845—. Fue aprobada en unos cuantos días, inmediatamente después de la declaración de independencia, con gran rapidez y por unanimidad.<sup>9</sup> El primer borrador de la misma se conoció el 9 de marzo, fue ratificada por el pueblo en septiembre, y el 3 de octubre de 1836 se instaló el primer Congreso de la República de Texas. Se caracterizó por los siguientes elementos (González Oropeza y de la Teja, 2016: 104-107):

- 1) Organiza a la República por medio de los departamentos o poderes tradicionales: Legislativo, Ejecutivo, y Judicial.
- 2) El Poder Legislativo se conforma por el Senado y la Cámara de Representantes, cuyos miembros serán elegidos por los ciudadanos, con excepción de los habitantes de color, los descendientes de africanos e indios.
- 3) Se introduce el derecho inglés a la República. Destacan los juicios a través de jurados.
- 4) Las multas y penas pecuniarias que pertenecían a Coahuila y Texas serán administradas sólo por Texas.
- 5) La República de Texas organizará sus partidos, distritos o condados conforme a las necesidades de sus pobladores.
- 6) La Cámara de Representantes tiene como facultades principales dictar las leyes y reglamentos, organizar y controlar al ejército y la marina.
- 7) La República de Texas contará con su propia moneda.

---

<sup>9</sup> Los constituyentes texanos de 1836 fueron: Richard Ellis (presidente y delegado de Red River), H. S. Kimble (secretario), C. B. Stewart, James Collinsworth, Edwin Waller, A. Brigham, John S. D. Byrom, Francis Ruis, J. Antonio Navarro, William D. Lacy, William Menefee, John Fisher, Matthew Caldwell, William Motley, Lorenzo de Zavala, George W. Smyth, Stephen H. Everett, Elijah Stepp, Claiborne West, William B. Leates, M. B. Menard, A. B. Hardin, John W. Bunton, Thomas J. Gazley, R. M. Coleman, Sterling C. Robertson, George C. Childress, Baily Hardiman, Robert Potter, Charles S. Taylor, John S. Roberts, Robert Hamilton, Collin McKinney, A. H. Latimore, James Power, Sam Houston, Edward Conrad, Martin Palmer, James Gaines, William Clark Jr., Sydney O. Pennington, Samuel P. Carson, Thomas J. Rusk, William C. Crawford, John Turner, Benjamin B. Goodrich, James G. Swisher, George W. Barnet, Jesse Grimes, E. O. Legrand, David Thomas, S. Rhoads Fisher, John W. Bower, J. B. Woods, Andrew Briscoe, Thomas Barnett, Jesse B. Badgett y Stephen W. Blount. Su promedio de edad era de cuarenta años y la mayoría de ellos eran emigrantes de estados del sur de Estados Unidos.

- 8) Se proscriben los privilegios y/o derechos exclusivos, salvo excepciones de carácter temporal.
- 9) Se garantizan las libertades de expresión y de imprenta de cualquier ciudadano.
- 10) No se concede preferencia a ninguna secta religiosa.
- 11) Se establece que la República de Texas protegerá su territorio y límites, así como las propiedades de sus habitantes y declarará nulas las reclamaciones injustas y fraudulentas sobre esos bienes.
- 12) Se crea el Registro General de Terrenos.
- 13) Se estipula que los habitantes de la República de Texas que auxilién al enemigo (a México) perderán sus derechos de ciudadanía y tierras.
- 14) Se considera traición a la patria suscitar la guerra contra la República o ayudar a los enemigos de la misma.
- 15) La reforma constitucional obligaba a una suerte de referéndum final para la aprobación de las modificaciones constitucionales.

Para ciertos académicos estadounidenses, la Constitución de la República de Texas de 1836, fue un “pastiche” de la de Estados Unidos y de otras Constituciones de los estados de ese país, señaladamente la de Massachusetts de 1870. Como características novedosas se señala: el miedo al abuso del poder por parte del Ejecutivo, por lo que se limitó la presidencia de la República de Texas a un solo mandato —no había reelección inmediata—, y los amplios poderes del Congreso texano para fiscalizar y controlar al Ejecutivo (Ariens, 2011: 14). Sin embargo, los mandatos de legisladores y ejecutivo son cortos.

La Constitución de Texas de 1836 se divide de la siguiente forma: los dos primeros artículos aluden principalmente al Poder Legislativo; el 3o. al Ejecutivo; el 4o. al Judicial; el artículo 5o. establece las condiciones de elegibilidad para el servicio público; el 6o. se refiere a la elegibilidad del presidente, sus retribuciones, deberes y motivos para el *impeachment* del Ejecutivo y otros servidores públicos; hay un apartado de ocho disposiciones adicionales, once provisiones generales, y diecisiete derechos humanos reconocidos en una declaración de derechos humanos muy coincidente con las primeras doce enmiendas de la Constitución de Estados Unidos.

Si analizamos a la Constitución de Texas,<sup>10</sup> artículo por artículo, encontramos que su primer precepto determina que los poderes de la República se dividen en tres departamentos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los que permanecerán separados y distintos. La separación entre las tres ramas del poder público es hija de la Constitución de los Estados Unidos, lo que era indispensable para garantizar la libertad pública, eso no significa que entre los poderes no existan vínculos de unión o de colaboración, así como de control mutuo (Story, 1999: 35).

El Poder Legislativo residía en el Senado y en la Cámara de Representantes. Se prescribió que los miembros de la Cámara de Representantes se eligieran anualmente y que duraran en su oficio un año contado a partir del día de su elección. El argumento a favor de las dos Cámaras era establecer un dique contra una legislación arbitraria y opresiva (Story, 1999: 37).

Entre los requisitos de elegibilidad para ser representante se determinó que debían tener 25 años cumplidos, ser ciudadanos de la República de Texas, y con residencia en el condado o distrito de al menos seis meses antes de la elección.

Cada condado tenía derecho al menos a un representante. El número de representantes en la Cámara podía ir de 24 a 40. Si la población aumentaba se podía incrementar el número de representantes en número.

La Cámara de Representantes elegiría a su presidente y a los funcionarios de la misma, contaba con la competencia exclusiva de la acusación en contra de los servidores públicos.

En la Constitución de la República de Texas se indicaba que los senadores serán elegidos por distritos, tan iguales en población como fuera posible, excepto los negros e indios, y el número de senadores no bajará de una tercera parte ni subirá a más de la mitad del número de representantes. Cada distrito no tendrá derecho más que a un senador.

Los senadores serían electos por tres años. Los requisitos de elegibilidad eran: tener 30 años cumplidos, ser ciudadanos de la República de Texas y tener al menos un año de residencia en el distrito por el cual fueran elegidos.

El vicepresidente de la República de Texas será el presidente del Senado, pero no tendría voto, excepto el voto de calidad en caso de empate en el Senado (Kent y Mexía, 1999: 19 y 20).

---

<sup>10</sup> La Constitución de la República de Texas se inspiró en la Constitución de Massachusetts de 1870, al igual que otras Constituciones estatales de Estados Unidos, incluso la propia Constitución Federal de Filadelfia de 1787.



Una de las competencias más importantes del Senado era la de juzgar las causas criminales incoadas por la Cámara de Representantes en contra de los funcionarios públicos, siempre que estuviera en sesiones. Para tal efecto, el Senado integraría un tribunal compuesto por senadores para esos efectos. Las sentencias de ese tribunal se consideraban válidas si el tribunal senatorial votaba por las dos terceras partes de los miembros presentes.

La sentencia en esas causas podía implicar la privación del empleo y la inhabilitación para ocupar puestos, dejándose a salvo otras responsabilidades que en términos de la ley se prescribieran.

En cuanto a la calificación de las elecciones, éstas correspondían a los miembros de las cámaras por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Las cámaras podían prorrogar las sesiones por el voto de la mayoría calificada en cada una de ellas.

Cada cámara establecía sus procedimientos y reglas para disciplinar a sus legisladores y tenían el poder de expulsar a uno de sus miembros por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes.

Los legisladores recibían una dieta prevista en ley, y gozaban de inmunidad por sus expresiones vertidas dentro y fuera de los recintos parlamentarios. En sesiones no podían ser arrestados, excepto en casos de traición, felonía o rompimiento de la tranquilidad pública.

Cada cámara podía castigar con prisión a cualquier persona no miembro que le faltare el respeto a la propia cámara al portarse desordenadamente delante de ella.

Se contemplaba la existencia de un diario de debates el que sería público, a excepción de lo que cada Cámara considerase secreto.

Las sesiones no podían prolongarse por más de tres días del plazo aprobado sin el consentimiento de la otra cámara. Tampoco una cámara podía mudar de residencia sin la aprobación de la otra.

La vacancia de legisladores se resolvía mediante la convocatoria del titular del Ejecutivo a elecciones para cubrir las. Por regla general, las leyes debían ser autorizadas en ambas cámaras, salvo en casos de emergencia, en donde una cámara que fuese de origen podía, por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, aprobarlas.

En el artículo 1o. de la Constitución de Texas se precisaba la incompatibilidad de los cargos parlamentarios respecto a otros cargos de gobierno y aún sobre actividades particulares.

El ejercicio de los recursos públicos por parte del gobierno no podía realizarse sino con autorización del Congreso de Texas o por disposición de ley. El empleo de recursos públicos para fines privados exigía la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes de cada cámara.

Se concedía al presidente de la República la facultad de veto. El veto del presidente de la República podía ser superado por el voto de las dos terceras partes de ambas cámaras. Si el presidente no vetaba el proyecto cinco días después de que le fuese entregado aprobado por las cámaras, el proyecto se consideraba ley con plenos efectos (Kent y Mexía, 1999: 32 y 33).<sup>11</sup>

La finalidad del artículo 2o. de la Constitución texana de 1836 fue la de establecer las principales competencias del Congreso (Laboulaye, 2013: 35).<sup>12</sup> Éstas eran:

- 1) ...imponer contribuciones y disminuir los derechos e impuestos, sisa y derechos de toneladas, hacer préstamos empeñando la fe, crédito y caudal del gobierno, pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de la República;
- 2) Regular el comercio, acuñar moneda y arreglar su valor y el de la extranjera, y establecer regla fija y común de pesos y medidas;
- 3) Establecer correos y caminos de postas, crear corporaciones, conceder patentes y privilegios exclusivos para asegurar a los autores e inventores el goce de semejantes privilegios por un término limitado;
- 4) Declarar la guerra, conceder carta de corso, y represalias y regular las presas;
- 5) Levantar y mantener un ejército y una marina y dictar todas las leyes y reglamentos necesarios para el gobierno;
- 6) Llamar a la milicia para ejecutar las leyes, suprimir insurrecciones y repeler invasiones; y,
- 7) Hacer todas las leyes que sean necesarias y a propósito poder llevar a efecto las atribuciones expresadas, y todos los demás po-

---

<sup>11</sup> El antecedente inmediato del veto en Estados Unidos y en Texas proviene del derecho británico, aunque también tiene orígenes en el derecho romano y en el derecho francés de la Revolución —la Constitución francesa de 1791.

<sup>12</sup> Las competencias del Congreso eran facultades o poderes delegados del pueblo en la tradición estadounidense, a diferencia de otras tradiciones como la francesa o la mexicana, en donde el parlamento y sus integrantes se entienden como representantes directos de la nación.

deres que residan en el gobierno de la República, o en cualquier funcionario o departamento de él (Story, 1999, pp. 155-159).<sup>13</sup>

El artículo 3o. de la Constitución de 1836 señalaba que la autoridad ejecutiva del gobierno residía en un magistrado principal denominado presidente de la República de Texas. El primer presidente elegido por el pueblo duraría dos años en el desempeño de su empleo, y no podría ser reelegido para los años siguientes.<sup>14</sup> Los presidentes subsecuentes serían elegidos por tres años y no podrían reelegirse (Stokes Paulsen, 2016: 54 y 55).<sup>15</sup>

En caso de empate en una elección presidencial, la Cámara de Representantes decidiría entre los candidatos por medio de una votación vocal. Las constancias o testimonios de los actos de la elección del presidente y del vicepresidente se enviaban cerrados por los encargados de la elección de cada condado al presidente de la Cámara de Representantes, el cual los abría y publicaba ante cada cámara del Congreso.

El artículo 4o. de la Constitución texana de 1836 regula la organización del poder judicial de la República. Se estipulaba que ese poder residía en una corte suprema y en tribunales inferiores (Ariens, 2011: 19 y 20).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Se trata de las facultades implícitas que han sido tan debatidas en el derecho estadounidense y en el nuestro. El propósito de ellas es la de darle efecto útil a la Constitución.

<sup>14</sup> El primer presidente de la República de Texas fue David Gouverneur Burnet —del 17 de marzo de 1836 al 22 de octubre de 1836—. Posteriormente Burnet fue vicepresidente, de 1839 a 1841, siendo el presidente Mirabeau B. Lamar. El primer vicepresidente de Texas fue el yucateco Lorenzo de Zavala, importante político mexicano que había participado como diputado en las Cortes de Cádiz de 1812, constituyente en la primera Constitución Federal mexicana de 1824, gobernador del Estado de México, entre otros cargos que desempeñó en México, siempre de lado de los liberales partidarios del federalismo. La historiografía oficial nacional lo ha considerado, casi sin excepciones, como un traidor a México y han destacado sus intereses territoriales en Texas para justificar su deslealtad al apoyar la causa texana.

<sup>15</sup> Los presidentes de la República de Texas no podían reelegirse de manera inmediata a diferencia de los presidentes de Estados Unidos, en donde no había prohibición a la misma, en general se siguió la tradición de una reelección inmediata más. El 27 de febrero de 1951, la vigésima segunda enmienda de la Constitución de Estados Unidos señaló el límite máximo de dos mandatos. Los presidentes texanos nunca tuvieron poderes semejantes a los presidentes de Estados Unidos.

<sup>16</sup> La Suprema Corte de Justicia de Texas realizó su primera sesión el 13 de enero de 1840. Sus resoluciones —140 y 30 adicionales— fueron recogidas y publicadas por James Wilmer Dalman.

Los jueces de Suprema la Corte y de los tribunales inferiores durarían en su encargo por espacio de cuatro años, y podían ser reelegidos. En plazos fijos recibirían un pago por sus servicios, y sus emolumentos no podían aumentarse o disminuirse durante el desempeño de su función.

La Suprema Corte de Justicia de la República de Texas nunca tuvo el poder ni la influencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Tocqueville, 2016: 196 y 197). Fue fundamentalmente un tribunal de apelación que conocía en segunda instancia de las causas penales y civiles, aunque sí llegó a conocer de algunos asuntos de constitucionalidad.

Para efectos judiciales, la República de Texas se dividía en distritos judiciales que no podrían ser inferiores a tres ni superiores a ocho. En cada distrito judicial se designaba un juez quien debía residir en él, y el Congreso establecía el tiempo y el lugar de las sesiones judiciales de acuerdo a la ley.

En cada distrito judicial se designaba un procurador, cuyos deberes, salarios y duración en el servicio se señalaban en la ley del Congreso.

Los secretarios de los tribunales de distrito serían elegidos por los electores de los miembros del Congreso en los condados. Su duración en el encargo era de cuatro años y podían ser despojados de su empleo si eran sentenciados por un jurado.

La Suprema Corte se compondría de un magistrado principal y jueces asociados —éstos eran los jueces de distrito—. La Corte Suprema conocía de las apelaciones. La duración de sus sesiones y el lugar de ellas debían ser definidas en la ley.

Los jueces de la Suprema Corte y los integrantes de los tribunales de distrito serían elegidos por votación de las dos cámaras del Congreso.

También existían tribunales en cada condado. Su organización y competencias debían definirse en la ley del Congreso. Igualmente, en cada condado se nombrarían jueces de paz, un *sheriff*, un comisario y alguaciles, los que serían elegidos por los electores del distrito o del condado cada dos años, según lo dispusiera la ley del Congreso.

En los ámbitos jurídicos se introduciría el derecho británico, con las modificaciones que exigieran las circunstancias de Texas. En los asuntos penales, el derecho británico sería la regla de la decisión (Ariens, 2011: 20 y 21).<sup>17</sup>

<sup>17</sup> En el derecho de la República de Texas no estuvo ausente del todo el derecho español, principalmente en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la República.

El artículo 5o. establecía un principio de laicidad, pues los ministros de culto de cualquier religión no podían ser electos para la Presidencia de la República o para ninguna de las dos cámaras del Congreso.

De acuerdo al artículo 5o., todo miembro del Senado y de la Cámara de Representantes, antes de comenzar sus funciones, debían prestar juramento a la Constitución, al igual que cualquier otro empleado de la República.

El artículo 6o. indicaba que para ser elegido presidente de la República se debía contar con treinta años de edad, se señalaba una residencia de tres años, y se debía ser ciudadano de Texas. Los emolumentos del presidente no podían ser aumentados o disminuidos durante su encargo.

Además, el presidente de la República era el comandante general del ejército, la marina y la milicia. No podía mandar en persona sobre las fuerzas armadas sin el consentimiento del Congreso. El presidente tenía poder para perdonar multas y penas pecuniarias, así como otros castigos, excepto que se tratara de funcionarios públicos.

El artículo 6o. señalaba que el presidente de la República, con el consejo y aprobación de dos terceras partes del Senado, nombraría ministros, cónsules y a todos los demás funcionarios establecidos por la Constitución, salvo que la propia Constitución precisara un procedimiento distinto.

Se preveía que el presidente de la República llenara las vacantes que acontecieran durante los intermedios de las sesiones del Senado, pero debía dar cuenta a esa cámara diez días después de reunido el Congreso. Si el Senado desaprobaba los nombramientos, el presidente no tenía facultad para proponer otra vez a los individuos no ratificados por la cámara alta.

El presidente tenía obligación de informar o rendir cuentas periódicas al Congreso, y tenía la competencia de hacerle al Poder Legislativo todo tipo de propuestas. Contaba con la atribución de convocar a una o a las dos cámaras a sesiones extraordinarias, y podía resolver las diferencias entre ellas sobre el tiempo de duración de las sesiones legislativas. El titular del Ejecutivo tenía las facultades de admitir a los ministros extranjeros, así como la de vigilar el cumplimiento de las leyes y la de expedir los despachos de todos los funcionarios de la República.

Todo ciudadano que tuviera 21 años de edad, que hubiera residido seis meses en el distrito o condado en donde se hiciesen las elecciones podía votar sobre los candidatos al legislativo.

En cada elección de presidente de la República se debía elegir a un vicepresidente. Los electores definían al votar, quién de la fórmula ocuparía el cargo de presidente y quién el de vicepresidente.

El vicepresidente entraba en funciones de presidente en los siguientes casos: acusación instalada en contra del presidente, separación del empleo, y reasignación o ausencia de la República. En esos supuestos, el vicepresidente ejercía los deberes del presidente hasta que se nombrara legalmente a un sucesor, o hasta que el presidente, si estuviese ausente, volviera a ser absuelto.

Todos los funcionarios civiles de la República, incluidos el presidente y el vicepresidente, serían despojados de sus empleos cuando fuesen acusados y convictos de traición, soborno, u otros delitos y ofensas graves (Story, 1999: 81).<sup>18</sup>

La Constitución texana de 1836 preveía un capítulo denominado “Disposiciones adicionales” que establecía lo siguiente:

- a) Las leyes que estuviesen vigentes antes de la adopción de la Constitución y que no se opusieran a ella continuarían vigentes, a menos que fuesen anuladas o derogadas, o que terminasen su vigencia debido a sus propias disposiciones.
- b) Todas las penas y multas impuestas, así como los bienes con los que contara el territorio de Texas pertenecerían a la República.
- c) Los varones eran los que podían ocupar cargos públicos en Texas. No las mujeres.
- d) El primer presidente y vicepresidente serían elegidos por la convención constituyente (Fehrenbach, 2000: 234-267).<sup>19</sup>
- e) Se establecía el número de representantes por partido electoral.
- f) Se indicaba así mismo el número de senadores por distrito senatorio.
- g) Se preveía que todos los jueces, *scherriffs*, comisionados y otros empleados civiles durarían en sus empleos hasta que se nombraran o eligieran a otros bajo las hipótesis previstas en la Constitución.

---

<sup>18</sup> Dice Story que el objeto principal del juicio político en Estados Unidos era quitar el poder al servidor público que hace mal uso de él, e impedir que ese mismo ciudadano lo posea en el futuro. Era, desde su punto de vista, un acto administrativo al que se le da la solemnidad de una sentencia.

<sup>19</sup> Los presidentes de la República de Texas fueron, en ese orden: David G. Burnet, Sam Houston, Mirabeau B. Lamar, Sam Houston y Anson Jones. Los vicepresidentes fueron: Lorenzo de Zavala, Mirabeau B. Lamar, David G. Burnet, Edward Burleson y Kenneth Lewis Anderson.

En la Constitución de 1836 se incluyó un largo apartado de “Provisiones generales”. Éste se ocupaba de los siguientes temas:

- a) Se precisaba que habría leyes para excluir de oficios, del derecho de sufragar y de prestar servicios como jurados a todos los que fueran sentenciados como reos de soborno, perjurio y otras ofensas y delitos graves.
- b) Se indicaba que el presidente y los jefes de departamento tendrían sus oficinas en la capital de la República.<sup>20</sup>
- c) Se debía prever una regulación para contar con un sistema general de instrucción pública.
- d) Los individuos blancos y libres que ingresaran al territorio de Texas, que residieran seis meses y que protestaran guardar la Constitución, podrían gozar de los derechos de ciudadanía, incluyendo los de votar y adquirir tierras.
- e) El Código Penal debía tener un propósito reformativo y no de venganza.
- f) Los que apoyaran al enemigo (México) perderían sus derechos de ciudadanía y tierras que les pertenecieran.
- g) Se mantenía la esclavitud. Se prohibía al Congreso que expidiera leyes para emancipar esclavos. Las personas libres descendientes de africano podían establecerse en la República exclusivamente con el consentimiento del Congreso. Se prohibía la introducción de negros esclavos en la República, a menos que se introdujeran desde Estados Unidos.
- h) Todos los individuos, a excepción de los descendientes de africanos e indios, que tuviesen residencia en Texas el día de la declaración de independencia se considerarían como ciudadanos de la República.
- i) Se otorgaban tierras a todos los ciudadanos blancos y se señalaba la extensión que correspondía. Los cabezas de familia tenían derecho a reclamar mayor extensión. Se precisaba que los títulos de propiedad debían ser expedidos a futuro por el gobierno de Texas. Se reconocían los títulos de propiedad previos a la entrada en vigor de la Constitución, salvo que las posesiones o adquisiciones se consideraran nulas, injustas o fraudulentas.

---

<sup>20</sup> Las capitales de la República de Texas fueron Columbia (1836-1837), Houston (1837-1839), Washington on the Brazos (1842-1844) y Austin (1839-1845).

- j) Se especificaban medidas en contra de reclamaciones injustas y fraudulentas de tierras adquiridas por individuos que no residían en Texas, o respecto de tierras de habitantes que hubieran luchado en la guerra del lado de los mexicanos.
- k) Se establecía un Registro General de Terrenos en el que todos los títulos de tierras de la República se asentarían para garantizar seguridad jurídica.
- l) Se regulaba el proceso de reformas a la Constitución. Las reformas tenían que aprobarse por mayoría de las cámaras en un primer congreso. En un segundo congreso tenían que aprobarse por dos terceras partes de ambas cámaras. Posteriormente se debían someter al pueblo para su aprobación. Las reformas no podían presentarse continuamente, sino cada tres años.

La Constitución texana de 1836 contempló una Declaración de Derechos (Laboulaye, 2013: 391-396),<sup>21</sup> la cual señalaba que los derechos humanos eran inviolables, y que los no previstos expresamente en su texto, se reservaban a los pueblos de Texas. Los derechos que se reconocían eran los siguientes (Ariens, 2011: 14):<sup>22</sup>

- a) Toda persona es igual en derechos. Se prohibían los privilegios o derechos exclusivos.
- b) El poder político deriva del pueblo. Todo gobierno está fundado en la autoridad del pueblo y establecido en su beneficio. El pueblo puede alterar su gobierno como lo creyera conveniente.
- c) Existe libertad de creencias. Ninguna religión o secta tendría preferencias sobre las otras.
- d) Se protegían las libertades de expresión e imprenta. Las personas eran responsables por el abuso en el ejercicio de esos derechos.

<sup>21</sup> Las diez primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos fueron propuestas en 1789 en el primer congreso y ratificadas en 1791. La enmienda XI fue propuesta el 5 de marzo de 1794 y ratificada el 8 de enero de 1798. La enmienda XII fue propuesta el 12 de diciembre de 1803 y ratificada en 1804.

<sup>22</sup> Se trata de una declaración de derechos, de redacción clara y con mayor precisión que las doce primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos. No contempla de manera explícita el jurado para los casos de naturaleza civil como la enmienda séptima de la Constitución estadounidense.



- e) Nadie podía ser molestado en su persona, propiedades o documentos, sino por mandatos de autoridad que estuvieran fundados y motivados.
- f) Se contemplaban los más importantes derechos inherentes al debido proceso: jurado imparcial, juicio público, no dar testimonio contra sí mismo, acusación formal, conocimiento de los cargos, derecho a la defensa y a la prueba, y carácter contradictorio del proceso, entre otros.
- g) Nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante el cumplimiento de los principios y reglas del debido proceso.
- h) Se proscribían los títulos de nobleza y los honores hereditarios. Nadie podía obtener y recibir empleos o emolumentos de un Estado extranjero si no era con el consentimiento del Congreso.
- i) Nadie podía ser juzgado dos veces por el mismo delito.
- j) Se garantiza el derecho a la libertad bajo fianza salvo en los delitos capitales. El *habeas corpus* es aplicable a todas las faltas u ofensas excepto en los delitos de rebelión o cuando lo exigiera la seguridad pública.
- k) Se prohibían las fianzas excesivas y las multas exorbitantes, así como los castigos crueles y desusados. Se garantizaba el acceso a la justicia. Los tribunales debían atender los reclamos respecto a cualquier injuria que se haga a una persona en sus terrenos, bienes, persona o reputación.
- l) Nadie podía ser aprisionado a causa de no poder pagar sus deudas.
- m) No se podían exigir los servicios personales de una persona ni sus bienes podían destinarse al servicio público sin su consentimiento y mediante una justa compensación conforme a la ley.
- n) Toda persona tenía derecho a portar armas para su defensa y el de la República. El poder militar debía estar subordinado al civil.
- o) Las leyes regularían el establecimiento de la milicia de la República.
- p) Se prohibían las leyes retroactivas y violatorias de la seguridad jurídica reforzada de las obligaciones y contratos.
- q) Se proscribían los monopolios, privilegios perpetuos y mayorazgos.

## V. CONCLUSIONES

Para comprender cabalmente un sistema constitucional no es suficiente conocer su texto, sino que se debe entender cómo se vive, cómo se aplica en la facticidad. Sin embargo, podemos decir que la Constitución de Texas de 1836 fue elaborada precipitadamente, y que se trató de una copia casi textual de la de Estados Unidos.

Fue una Constitución que cubrió un interregno previo a la anexión de Texas a Estados Unidos. La élite texana asumió sin ambages ante su pueblo que su intención siempre había sido la de formar parte de dicho país y no la de constituir un Estado nación independiente, aunque el gobierno estadounidense, por razones geopolíticas y de política interna, tardaría algunos años en aceptar a Texas como el estado vigésimo octavo de la Unión.

El texto constitucional texano preludiaba la anexión al vecino de norte y aplicaba por primera vez la doctrina Monroe. El diseño la República de Texas fue realizado a imagen y semejanza de Estados Unidos para facilitar su integración, y con ello la hegemonía de este país en el continente americano. Es un ordenamiento que expresa también la doctrina del destino manifiesto porque se reconocía expresamente la supremacía blanca sobre la población esclava, indígena y mexicana.

La Constitución texana es liberal conservadora. Privilegió los derechos humanos y libertades para la población de origen anglosajón, en demérito de esclavos negros, indios y de la población de origen mexicano o hispano. Heredó los miedos de los federalistas en torno al poder de las mayorías y respaldó jurídicamente a la esclavitud, así como la cosmovisión económica, cultural y religiosa imperante de Estados Unidos.

Sus principales características negativas son: el reconocimiento de la esclavitud, la prevalencia de la población blanca, su defensa fuerte al derecho de propiedad frente a la libertad, así como del extravagante derecho a la portación de armas que hasta el día de hoy subsiste en Estados Unidos. Esas notas resumían el ideario político de la élite estadounidense de la época, las que se consideraban, desgraciadamente, indispensables para lograr una sociedad libre y productiva. En Texas se contemplaron esas variables expresamente en su texto constitucional y sin ninguna hipocresía.

Entre las características de la arquitectura o diseño institucional de la Constitución de 1836 podemos mencionar fundamentalmente la influencia del pensamiento federalista —Hamilton, Madison y Jay—, el influjo

casi total del constitucionalismo de Estados Unidos, y en muy menor medida del constitucionalismo mexicano y español. La Constitución texana de 1836 es un ordenamiento de hechura estadounidense en el diseño de los tres poderes clásicos, la organización completa del poder público, los pesos y contrapesos, las facultades de las autoridades y el reconocimiento de los derechos humanos de propiedad y libertad.


También es dable encontrar elementos positivos en el texto constitucional de 1836, entre otras: el reconocimiento del Estado laico, cuando en México se vivía el Estado con religión oficial; el sistema de educación pública; la mención, aunque retórica, de que la legislación penal debía tener un propósito reformativo y no vindicativo; el referéndum o consulta para la aprobación y reforma de la Constitución; el fin de los privilegios y fueros que en esa época se mantenían en México; las bases del debido proceso, y la asunción del *habeas corpus*.

La Constitución texana de 1836 debe estudiarse desde el contexto histórico y cultural de su época. Es necesario abundar en los siguientes análisis: 1) la historia de las relaciones México-Estados Unidos durante el periodo de 1836-1848; 2) la geopolítica del siglo XIX y su comparación con la geopolítica contemporánea; 3) las mutaciones del Estado nación en Estados Unidos y en México en los dos últimos siglos; 4) el análisis del federalismo y del centralismo en el México de la primera mitad del siglo XIX y sus efectos; 5) las instituciones y categorías jurídicas y políticas de la primera mitad del siglo XIX para sustentar los modelos de dominación de la época; 6) la escisión de un Estado nación y la anexión a otro como figuras del derecho internacional; 7) el estudio pormenorizado de los tratados internacionales que gravitaron en torno a la independencia y anexión de Texas a Estados Unidos; 8) el comportamiento de las élites texanas y mexicanas respecto a los fenómenos a estudiar durante el periodo, y 9) los aportes de esos hechos a nuestra actualidad geopolítica y constitucional.

Esos análisis están por realizarse en otros ensayos. Me parece que son reflexiones inevitables y necesarias para los mexicanos porque como pueblo no nos gusta ahondar en esas heridas históricas que significaron una gran pérdida para nuestra nación, pero que requerimos efectuar para comprendernos de manera más profunda.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991). *We the People. Volume 1: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce (2014). *We the People. Volume 3: The Civil Rights Revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce (2019). *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ARIENS, Michael (2011). *Lone Star Law. A Legal History of Texas*. Estado Unidos de América: Texas Tech University Press.
- BRADEN, George D. (ed.) (1977). *The Constitution of the State of Texas: An Annotated and Comparative Analysis*. Austin: Advisory Commission on Intergovernmental Relations.
- BRUTUS (2020). *Críticas a la Constitución*. Estudio preliminar, selección y trad. de Gabriel E. Vitullo y Clayton M. Cunha Filho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CAMPBELL, Randolph B. (2010). "The End of Slavery in Texas: A Research Note". *The Laws of Slavery in Texas*. Austin: University of Texas Press.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2020). *Manual de derecho constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- FEHRENBACH, T. R. (2000). *Lone Star. A History of Texas and the Texans*. Estados Unidos de América: Da Capo Press.
- GAMMEL, Hans Peter Nielsen (comp.) (1898). *The Laws of Texas. 1822-1897*. Austin: The Gammel Book Company.
- GARGARELLA, Roberto (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires-Madrid: Katz Editores.
- GARGARELLA, Roberto (2010). *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*. Nueva York: Cambridge University Press.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y TEJA, Jesús F. de la (2016). *Actas del Congreso Constituyente de Coahuila y Texas de 1824 a 1827. Primera Constitución Bilingüe*. Vol. I y II. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique (2015). *País de un solo hombre: el México de Santa Anna. Vol. II. La sociedad del fuego cruzado, 1829-1837*. México: Fondo de Cultura Económica.

- HARTZ, Louis (1994). *La tradición liberal en los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JEFFERSON, Thomas (1791). *Notas sobre el estado de Virgina*, Estados Unidos de América.
- KENT, James y MEXÍA, J. Carlos (1999). *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*. México: Oxford University Press México.
- LABOULAYE, Eduardo (2013). *Historia de los Estados Unidos*. T. II. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- LASKI, Harold J. (2012). *El liberalismo europeo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MACPHERSON, C. B. (1982). *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (1987). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- NIELSEN GAMMEL, Hans Peter (comp.) (1898). *Laws of Texas, 1822-1897*. Austin: Gammel. 10 vols.
- OLAVARRÍA Y FERRARI, Enrique y ARIAS, Juan de Dios (1975). *México a través de los siglos*. T. IV. México: Cumbre.
- PRIETO, Guillermo (1891). *Lecciones de historia patria escritas para los alumnos del Colegio Militar*. México: Oficina tipográfica de la Secretaría de Fomento.
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo (2002). *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza.
- SIEYÉS, Emmanuel (1994). *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid: Alianza.
- STOKES PAULSEN, Michael y PAULSEN, Luke (2016). *The Constitution. An Introduction*. Nueva York: Basic Books.
- STORY, Joseph (1999). *Comentario abreviado a la Constitución de los Estados Unidos de América*. México: Oxford University Press México.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (2019). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VANOSI, Jorge Reinaldo (2002). *Estudios de teoría constitucional*. México: UNAM.
- VÁZQUEZ VERA, Josefina Zoraida (1986). “La guerra de Texas”. En LEÓN PORTILLA, Miguel *Historia de México*. México: Salvat.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1996). “Storia e Costituzione”. En *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi. 



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La paridad de género en los poderes de la Unión en México: de la norma a la realidad

### *Gender parity in the branches of government in Mexico: from the norm to reality*

Recepción: 26 de marzo de 2020

Aceptación: 29 de mayo de 2021

Ana Elena FIERRO FERRÁEZ\*

Adriana Nichte Ha BURGOS ROJO\*\*

**RESUMEN:** La creciente presión hacia el Estado mexicano, para que incorpore la perspectiva de género en su conformación, llevó a la reforma constitucional de paridad de género. Los poderes federales han optado por diferentes diseños normativos para afrontar el reto. No obstante, al contrastar el plano normativo con el fáctico es posible encontrar una distancia considerable. En este artículo se busca explorar la distancia entre la normatividad y el ejercicio de los derechos de paridad de género en el Gobierno federal, a partir del análisis de tres problemáticas: la disparidad salarial entre hombres y mujeres, el problema de los techos

**ABSTRACT:** *The growing pressure on the Mexican State to incorporate a gender perspective in its conformation led to the constitutional reform of gender parity. The federal powers have opted for different normative designs to face the challenge. However, when contrasting the normative level with the factual one, it is possible to find a considerable distance. This article seeks to explore the distance between regulations and the exercise of gender parity rights in the federal government, based on the analysis of three problems: the gap salaries between men and women, the problem of glass ceilings, and the difficulties for women to*

---

\* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; maestra en derecho por la Universidad de Georgia, y en filosofía por la Universidad Anáhuac; directora de internacionalización de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey; profesora de Derecho Constitucional, Administrativo y MASC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6683-054X>; [ana.fierro@tec.mx](mailto:ana.fierro@tec.mx).

\*\* Maestra en administración y políticas públicas, ha sido profesora de Administración Pública y Derecho en la UNAM y el CIDE. ORCID: [0000-0001-5379-9889](https://orcid.org/0000-0001-5379-9889); [adriana.burgos@hotmail.com](mailto:adriana.burgos@hotmail.com).

de cristal, y las dificultades de ejercicio efectivo del poder para las mujeres dentro del Poder Legislativo.

*effectively exercise power in the legislative branch.*

**Palabras clave:** equidad de género, equidad sustantiva, paridad de género, techo de cristal, derechos sociales, México.

**Keywords:** *gender equity, substantive equity, gender parity, glass ceiling, social rights, Mexico.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El problema de los derechos ficticios.* III. *La paridad de género de jure en México.* IV. *Paridad de género de facto en México.* V. *El Poder Ejecutivo y la disparidad salarial.* VI. *El Poder Judicial y el techo de cristal.* VII. *El poder fáctico dentro del Congreso de la Unión.* VIII. *Reflexiones finales.* IX. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La distancia entre la norma y la realidad es motivo de reflexiones diversas en la ciencia jurídica. Es frecuente que legisladores y gobernantes festejen la emisión de una ley o la reforma a preceptos constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos, como importantes logros; dando la sensación de que el acto normativo por sí mismo fuera capaz de reconfigurar la realidad. Esta es una falacia peligrosa, especialmente cuando se trata de derechos sociales. Es decir, aquellos derechos que requieren de acciones del Estado para asegurar su eficacia (Abramovich, Añón y Courtis, 2003) como es el caso de la paridad de género. De ahí que juristas de diversas latitudes insisten en la necesidad de analizar la distancia entre la existencia de los derechos *de jure* y su ejercicio eficaz *de facto* (Law y Versteeg, 2013). Incluso, en algunas ocasiones se ha propuesto que la poca eficacia de los derechos los torna en ficticios. Entender cuáles son, tanto las omisiones del Estado, como los obstáculos que dificultan o impiden el ejercicio eficaz de los derechos es indispensable para determinar su grado de satisfacción y, por ende, la calidad del Estado de derecho del país (Shapiro, 1993). En particular, en materia de paridad de género la distancia entre la normativa y el ejercicio efectivo es muy importante pues conlleva la po-

sibilidad de contar con acceso a los mecanismos que permiten el ejercicio de los demás derechos (Pautassi, 2012).

En México, el problema de la brecha entre los derechos normativizados y su ejercicio eficaz, sobre todo tratándose de derechos sociales, es grande. Por ello, en este artículo se busca explorar la distancia entre la normatividad y el ejercicio de los derechos de paridad de género en el Gobierno mexicano, en el ámbito federal, a partir del análisis de tres problemáticas: la disparidad salarial entre hombres y mujeres, analizando el caso de la administración pública federal; el problema de los techos de cristal, es decir las dificultades de acceso a la alta dirección o como juzgadoras dentro de la carrera judicial, y las dificultades del ejercicio efectivo del poder de las legisladoras.

## II. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS FICTICIOS

En su estudio sobre efectividad de las Constituciones en el mundo, David Law y Mila Versteeg (2013) señalan que, aunque en la actualidad existen importantes movimientos que han empujado a los Estados a reconocer en sus textos constitucionales más derechos humanos, la cantidad de estos derechos, que en la práctica realmente son efectivos, crece a una tasa mucho menor: aunque los países prometen un número cada vez mayor de derechos constitucionales, la gama de derechos que defienden en la práctica, en la mayoría de los casos, ha crecido con mucha más lentitud. De manera que la distancia entre la protección a los derechos constitucionales *de jure* y su goce y ejercicio efectivo *de facto* aún es importante. Existen constituciones con un listado escueto de derechos que presentan un alto índice de efectividad, como los casos de Finlandia, Eslovenia, Suiza, España, Chile, Suecia, Nueva Zelanda y Uruguay, y constituciones con un extenso listado de derechos que no logran implementarse como Nigeria, Myanmar, Sudán, Rusia, Vietnam, Congo y Afganistán. De acuerdo con este estudio, el caso de México se encuentra en el promedio (Law y Versteeg, 2013). Específicamente, en cuanto a los derechos sociales, que requieren de implementación de políticas públicas concretas para su efectividad, existe una asociación entre un mayor número de derechos en papel y un menor respeto por ellos en la práctica. Esto se aprecia de modo particular en los derechos sociales de las mujeres. Como muestra la tabla 1, para 2010, sólo el 14% de los países que reconocían constitucionalmente



la equidad de género, la garantizan plenamente (Law y Versteeg, 2013: 912).

TABLA 1. RESPETO POR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Garantía constitucional formal	Proporción y porcentaje de países que respetan por completo la garantía constitucional			
	1981	1990	2000	2010
Equidad de género: económica	0/21 (0.0%)	0/23 (0.0%)	1/35 (2.9%)	5/37 (13.5%)
Equidad de género: social	0/18 (0.0%)	0/23 (0.0%)	3/44 (6.8%)	7/49 (14.3%)

FUENTE: Law, David y Versteeg, Mila, *Sham Constitutions*, 2013, p. 913.

El estudio de Law y Versteeg (2013) señala que no existe correlación alguna entre el reconocimiento formal de los derechos en las constituciones y el grado de respeto por ellos en la práctica en los últimos 25 años. En el caso de los derechos sociales de las mujeres, se señala que no existe correlación entre la protección *de jure* y el respeto *de facto*. Respecto a los derechos económicos de las mujeres, dicha correlación es incluso negativa. De ahí la importancia de reconocer que la formalización de los derechos dentro de las constituciones es un paso necesario para el fortalecimiento de los derechos, pero no suficiente. Sobre todo, tratándose de los derechos sociales que, a diferencia de las libertades (como asociación, expresión y culto) en la que basta con que el Estado no interfiera en la manifestación de las personas para que éstos se ejerzan, requieren de acciones decididas de los Gobiernos para lograr su eficacia. En concreto, cuando se trata de grupos desaventajados cuyas posibilidades de exigencia o reclamo suelen ser limitadas, la efectividad de los derechos se ve disminuida. Así, resulta imperioso “nombrar y avergonzar a los gobiernos, generar publicidad y centrar la atención de forma que la brecha entre los derechos sociales *de jure* y *de facto* sea inexistente o al menos se reduzca de forma considerable” (Law y Versteeg, 2013: 870-872).

En este sentido, la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing representó un parteaguas en los avances hacia la paridad de género. En 1995, esta Conferencia Mundial estableció en su plataforma de acción que “los gobiernos y otros actores tienen que apoyar una política activa y visible que integre de manera coherente una perspectiva de género en todos los programas y en todas las políticas. De esta manera, se podrán analizar las

posibles repercusiones de las decisiones sobre mujeres y hombres antes de las tomas de éstas” (Organización de las Naciones Unidas, 1995). Este compromiso en favor de la transversalidad fue firmado por 189 países. Sin embargo, los resultados del Índice Global de la Brecha de Género (IGBG), publicado por el Foro Económico Mundial, muestran un panorama poco satisfactorio sobre la distancia entre estos derechos *de jure* y *de facto* en materia de equidad de género. El IGBG pretende capturar la magnitud de la(s) disparidad(es) con base en el género y medir su progreso en el tiempo. En su edición de 2018, el reporte analiza el progreso de 149 países hacia la equidad de género en una escala de 0 a 1, donde 0 representa disparidad y 1 paridad. El índice considera cuatro dimensiones, a saber: participación económica y oportunidades; logros educativos; salud y esperanza de vida, y empoderamiento político (Foro Económico Mundial, 2018). Entre los principales hallazgos del IGBG, 2018, se menciona que: a nivel global, la distancia alcanzada hacia la paridad es de 68%, es decir, aún persiste, en promedio, una brecha de género de 32%. En las cuatro dimensiones analizadas, el informe arroja que la mayor disparidad de género ocurre en materia de empoderamiento político, con una brecha de 77.1%; la brecha sobre participación económica y oportunidades es la segunda más grande, con 41.9%, mientras que las brechas en materia de logros educativos, salud y esperanza de vida son significativamente menores con 4.4 y 4.6%, respectivamente (Foro Económico Mundial, 2018). Aun cuando la brecha de empoderamiento político es mayor que la brecha en participación económica, la primera se está cerrando con mucha mayor rapidez que la segunda: “Si bien la paridad política podría lograrse en 107 años, las proyecciones para el empoderamiento económico, desde los salarios hasta el control financiero sobre los activos, es de 202 años” (BBC, 2018).

El informe más reciente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que la brecha de ingresos entre hombres y mujeres se acerca al 20%. En cuanto a la participación de las mujeres en el mundo laboral, la OIT indica que “ellas representan menos del 35% de los puestos gerenciales a nivel global” (BBC, 2018). En los cargos públicos también se encuentra evidencia del techo de cristal. De acuerdo con el IGBG 2018, de los 149 países evaluados, las mujeres son jefas de Estado sólo en 17 países, lo que apenas representa un poco más del 11%. De igual modo, el índice señala que sólo 18% de los ministros y 24% de los representantes parlamentarios son mujeres (Foro Económico Mundial, 2018).

En la tabla 2 puede apreciarse el comportamiento de la brecha de género en el caso puntual de México. Para fines de esta publicación, se presentan ahora los resultados del IGBG de 2018, que son previos a las reformas constitucionales en materia de paridad de género celebradas en México en 2019, a fin de apreciar los cambios que la reforma motiva.

TABLA 2. PUNTUACIONES GLOBALES, MÉXICO, 2018

	<i>Índice global</i>		<i>Participación económica y oportunidades</i>		<i>Logros educativos</i>		<i>Salud y esperanza de vida</i>		<i>Empoderamiento político</i>	
	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)
México	50	0.721	122	0.574	58	0.996	50	0.979	27	0.335

FUENTE: Elaboración propia con base en World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report*, 2018, p. 10.

De 149 países, México ocupó la posición 50 a nivel global, con un puntaje de 0.721, lo que representa una brecha de género de 28%. A nivel desagregado, México obtuvo su mejor puntaje en la dimensión de logros educativos (0.996), seguida de la dimensión salud y esperanza de vida (0.979). En contraste, las puntuaciones más bajas se dan en la dimensión de participación económica (0.574) en la que ocupa la posición 122, y en la dimensión política, con un puntaje de 0.335, lo que se traduce en una brecha de 67%. La tabla 3 muestra que, a nivel regional (América Latina y el Caribe), México ocupa la posición 12 de 24 países evaluados. Nicaragua, Barbados y Costa Rica ocupan los tres primeros lugares.

TABLA 3. PUNTUACIONES POR REGIÓN, AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

<i>País</i>	<i>Posición regional</i>	<i>Posición global</i>	<i>Puntaje global</i>
Nicaragua	1	5	0.809
Barbados	2	21	0.753
Costa Rica	3	22	0.749
Cuba	4	23	0.749
Bolivia	5	25	0.748
Bahamas	6	30	0.741
Argentina	7	36	0.733

Colombia	8	40	0.729
Ecuador	9	41	0.729
Jamaica	10	44	0.724
Panamá	11	45	0.722
México	12	50	0.721
Perú	13	52	0.72
Chile	14	54	0.717
Uruguay	15	56	0.715
Venezuela	16	64	0.709
Honduras	17	68	0.706
República Dominicana	18	74	0.701
Surinam	19	79	0.695
El Salvador	20	87	0.69
Brasil	21	95	0.681
Paraguay	22	104	0.672
Guatemala	23	107	0.668
Belice	24	111	0.662

FUENTE: Elaboración propia con base en World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report*, 2018, p. 26

El Índice Global de la Brecha de Género ofrece un panorama general sobre las barreras que enfrentan las mujeres en comparación con los hombres. En el caso de México, sobresalen dos tipos de barreras, la económica y la política. Por mencionar un ejemplo, al analizar la equidad del ingreso entre hombres y mujeres para trabajo similar, México ocupa la posición 134 del índice, con una puntuación de 0.475. Dentro de la brecha política, el índice destaca que en México prácticamente no han existido jefaturas de Estado desempeñadas por mujeres. Aunado a estas restricciones, y en concordancia con el principio de paridad de género, es importante resaltar la barrera del poder fáctico, es decir, una vez que se vencen la barreras económicas y políticas, qué tan efectivo es el poder de las mujeres en la toma de decisiones. Por tal motivo, en este artículo se toman en cuenta tres tipos de restricciones para las mujeres en el Gobierno: económicas, de acceso y de poder. Para el primer caso, restricciones económicas, se revisará la disparidad en el ingreso en el Poder Ejecutivo federal. En el caso

de las restricciones de acceso, se analizará el techo de cristal en la carrera judicial dentro del Poder Judicial de la Federación. Por último, se estudiará el ejercicio de poder efectivo de las legisladoras en la toma de decisiones dentro del Congreso de la Unión.

### III. LA PARIDAD DE GÉNERO *DE JURE* EN MÉXICO

La legislación electoral vigente logró que en las elecciones federales de 2018, por primera vez en México, el Poder Legislativo federal sea paritario; sin embargo, diversas legisladoras han apuntado que, tanto en la designación de comisiones como en la toma de decisiones, la disparidad de poder entre legisladoras y legisladores resulta notoria. Así, el pasado 23 de mayo de 2019, las legisladoras festejaron en el Congreso de la Unión las reformas constitucionales<sup>1</sup> que buscan garantizar la paridad de género en los tres poderes de la Unión, en los órganos autónomos y en los Gobiernos estatales y municipales. Entre los principales alcances de estas reformas, se encuentran (*El Financiero*, 2019):

- Permitir que la mitad de los cargos públicos a nivel federal, estatal, municipal y en órganos autónomos sean para mujeres.
- Fomentar el principio de paridad en los partidos políticos, postulando candidaturas en forma igualitaria de acuerdo con las reglas que marque la ley electoral, garantizando la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en el ejercicio del poder público.
- Incluir el principio de paridad de género en la elección de representantes ante los ayuntamientos en los municipios con población indígena.
- La ley que regule la organización y funcionamiento del Poder Judicial de la Federación deberá incorporar la paridad de género para la integración de los órganos jurisdiccionales federales.

La reforma constitucional refleja una labor de varias legislaturas previas por fomentar la paridad de género. Anteriormente, sucesivas reformas

---

<sup>1</sup> El 6 de junio de 2019 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman los artículos 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Paridad entre Géneros.

a la legislación electoral lograron que por primera vez en el Congreso exista hoy igual número de mujeres y hombres legisladores. Además, diversas leyes propugnan desde hace varios años por la protección de los derechos de las mujeres. Del mismo modo, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019-2024, como su antecesor, reconoce entre los problemas por atender en el país el de “igualdad de género, no discriminación e inclusión”. Este tema representa, al igual que en la edición 2013-2018, el primero de los ejes transversales del PND, y enfatiza la importancia de que las mujeres “obtengan salarios iguales que los hombres, por realizar los mismos trabajos que éstos...” (Cámara de Diputados, 2019: 34 y 35). Asimismo, el eje “Igualdad de género, no discriminación e inclusión”, señala que el Gobierno de México se ajustará a cinco criterios (Cámara de Diputados, 2019: 34 y 35):

- 1) La universalidad de los derechos humanos implica que la política pública deberá garantizar que no se discrimine por motivos de índole socioeconómica, de género, origen étnico, orientación sexual, nacionalidad, condición de discapacidad o ciclo de vida.
- 2) Deberán existir medidas especiales para lograr la igualdad sustantiva, ya sea de nivelación, de inclusión o acciones afirmativas, tendientes a transformar las desigualdades relacionadas con injusticias de índole socioeconómica, de género, origen étnico, orientación sexual, condición de discapacidad o etapa de ciclo de vida.
- 3) En los casos correspondientes, las políticas públicas deberán garantizar la protección especial a los grupos que han sido históricamente marginados.
- 4) Las políticas públicas siempre deberán reconocer en su diseño e implementación las desigualdades y la discriminación estructural que vive la población a la que busca atenderse con las mismas, incluyendo la pertinencia cultural de las soluciones que plantee.
- 5) Las políticas públicas deberán considerar las brechas de desigualdad de las mujeres, comunidades indígenas y de otros grupos históricamente discriminados, con el resto de la población, así como regiones marginadas, por lo que se deberá generar información diferenciada para evaluar los avances al respecto.

Al apearse a estos principios, la administración actual manifiesta su compromiso a garantizar la no discriminación, consolidar una igualdad sustantiva, otorgar protección a grupos vulnerables, reconocer las desigualdades y discriminación estructural que vive la población que se desea atender y generar información diferenciada con base en la desigualdad de los grupos históricamente discriminados. En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo, en línea con la reforma constitucional y los tratados internacionales, hace referencia al concepto de igualdad sustantiva. Al respecto, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>2</sup> (CEDAW, por sus siglas en inglés), establece en su Recomendación General número 25, que el fin general de la Convención, que deberá ser atendido por todos los Estados parte,<sup>3</sup> “es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). En este tenor, la interpretación de la CEDAW respecto a la igualdad sustantiva es que “un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad *de facto* con el hombre” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). Adicionalmente, la Recomendación General número 25 de la Convención señala que “La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o *de facto*” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). Es decir, el concepto de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres debe verse reflejado en la transición del plano normativo al plano fáctico.

Así, la reforma constitucional y el establecimiento de la paridad de género como un eje transversal del PND deben entenderse sólo como los puntos de partida para la garantía del derecho. La efectividad de la paridad de género requiere de la implementación de políticas públicas y acciones que la lleven a la realidad. A la vez de contar con mecanismos de seguimiento que permitan evaluar el grado de avance en su implementación. Hasta ahora, el énfasis ha sido en el establecimiento *de jure* de los derechos que permitan la paridad de género. Sin embargo, en el plano de los hechos la efectividad de éstos es precaria.

---

<sup>2</sup> Esta Convención fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y entró en vigor en 1981.

<sup>3</sup> La CEDAW fue firmada por México en 1980 y ratificada en 1981.

#### IV. PARIDAD DE GÉNERO *DE FACTO* EN MÉXICO

En agosto de 2007 tuvo lugar el Consenso de Quito, en el marco de la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. En dicho Consenso:

...los Estados reconocieron que la paridad es uno de los propulsores determinantes de la democracia, cuyo fin es alcanzar la igualdad en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones, en los mecanismos de participación y representación social y política, y en las relaciones familiares al interior de los diversos tipos de familias, las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que constituye una meta para erradicar la exclusión estructural de las mujeres.

En este sentido, el concepto de paridad “es la redefinición de un nuevo contrato social entre hombres y mujeres” y “tiene como fin transformar todos los ámbitos de la vida en sociedad, incluyendo el privado”. Su inclusión no sólo recae “sobre los órganos colegiados como Parlamentos, Asambleas, Congresos y Legislaturas sino también se extiende a las instancias del poder ejecutivo y poder judicial como ramas del gobierno”. La paridad “persigue un aumento cuantitativo de mujeres en los espacios de representación política y de toma de decisiones, pero también pretende un impulso cualitativo a fin de profundizar procesos más democráticos en el ámbito de la política” (Tula, 2017).

De acuerdo con Leticia Bonifaz (2016), la paridad significa igualdad, no es ni debe considerarse una medida de acción afirmativa de carácter temporal o una medida compensatoria. “La paridad es un principio constitucional que tiene como finalidad la igualdad sustantiva entre los sexos... es una medida permanente para lograr la inclusión de mujeres en los espacios de decisión pública”. Por lo tanto, “la mejor forma de garantizar los derechos de las mujeres y de los grupos en situación de vulnerabilidad es el reconocimiento expreso en el marco normativo de sus derechos y del modo de materializarlos. La aplicación explícita del principio y regla de paridad en la integración en todos los espacios de decisión pública es el siguiente paso” (Bonifaz, 2016). Esta paridad *de jure* debe ir acompañada de las acciones que permitan su materialización en la realidad; por ello, ciertos autores —como Pautassi (2012)— han señalado que si se reconoce



a la igualdad como el punto de partida de los derechos humanos y por ende del acceso a su ejercicio, el reconocimiento *de jure* en las constituciones de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones no resulta suficiente para lograr su materialización en la realidad. Dado que el género es considerado uno de los más poderosos principios de diferenciación social que existe, al producir desigualdades y discriminaciones, los esfuerzos por lograr la paridad de género no pueden quedar limitados a su reconocimiento *de jure*, pues contrario a lo que proclaman algunos hacedores de políticas, el solo impulso a los derechos de las mujeres no significa el empoderamiento de las mujeres en automático. Se necesita generar una dinámica donde el reconocimiento de derechos, el empoderamiento y la paridad en materia económica y de acceso al poder logren que en todos los ámbitos las mujeres sean consideradas como iguales a los hombres (Dufflo, 2012). En efecto, estudios como los de Mendelberg, Childs, Krook, Elin, Lee y Bjarnegård han demostrado que la brecha entre dar voz a las mujeres y darle verdadera autoridad en la toma de decisiones públicas no se cierra con garantizar simplemente una paridad numérica, a través de la ley, sino que es necesario una revisión de las reglas de deliberación y de las prácticas informales de participación y selección en el ejercicio del poder para hablar de igualdad verdadera (Bjarnegård y Kenny, 2016; Childs y Krook, 2006; Karpowitz, Mendelberg y Lee, 2012).

En este tenor, la inclusión de acciones afirmativas, o cuotas de género, en las legislaciones ha sido determinante en muchos países de Latinoamérica. Sin embargo, “pese a reconocer la eficacia de las medidas afirmativas y más aún de la legislación sobre paridad en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Nicaragua”, los efectos de las medidas para lograr una mayor representación política de las mujeres son limitados si “no van acompañadas de un plan integral multidimensional que implique a todos los niveles territoriales de gobierno y a todos los poderes del Estado”. El tránsito hacia una paridad efectiva debe acompañarse de un esfuerzo por erradicar factores estructurales, estereotipos y cultura sexista que genera discriminación, “tanto en el ámbito político, público y social y en todas las dimensiones: familiar, económica, cultural, política, medioambiental” (Tula, 2017).

Asimismo, en su Recomendación General número 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer observa en la práctica:

...una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres (Organización de las Naciones Unidas, 2015).

De este modo, la paridad de género *de facto* es un indicador de cuán democrático es un sistema político. El apego a la paridad de género, sobre todo en las instituciones que ejercen el poder, pone de manifiesto la calidad de su democracia y la fortaleza del Estado de derecho. Para lograr la paridad de género no basta con definirlo dentro de las constituciones como un derecho o desarrollarlo en las leyes, sino que es necesario, como señala Rodríguez Gustá (2008), integrar sistémica y comprensivamente las nociones de desigualdad entre los sexos en la hechura de las políticas públicas, su dinámica de ejecución y evaluación. En el caso de México, como se explica en las siguientes secciones, si bien existe a nivel normativo el reconocimiento de la paridad de género como un derecho, las políticas públicas, aún al interior de los órganos del Estado, distan mucho de lograr la garantía efectiva de estos derechos.

## V. EL PODER EJECUTIVO Y LA DISPARIDAD SALARIAL

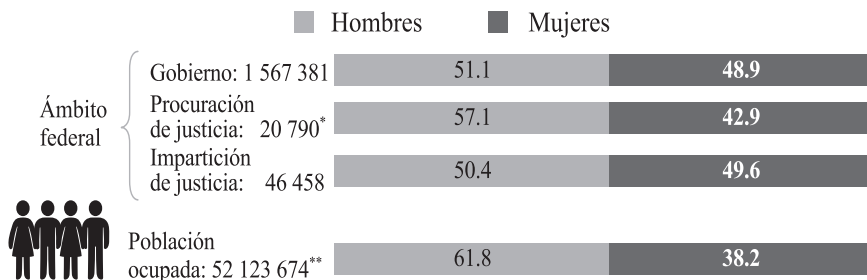
En el caso de la administración pública federal, si bien existe una proporción similar de hombres y mujeres laborando en ella, la inequidad salarial por sexo es persistente. La Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal establece en su artículo 2o. que la equidad de género será un principio rector en el sistema de profesionalización. Asimismo, señala, en su artículo 14, que el subsistema de planeación de recursos humanos: “Calculará las necesidades cuantitativas de personal... con el fin de que la estructura de la Administración Pública tenga el número de servidores públicos adecuado para su buen funcionamiento y... promueva y garantice la equidad de género...”. El artículo 21 precisa que

no podrá existir discriminación por razón de género. Y el artículo 32, en materia de acceso al Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal Centralizada, señala que se procurará el equilibrio entre ambos géneros. No obstante, de acuerdo con el informe “Brecha salarial de género en México”, publicado por el Instituto Nacional de las Mujeres (2016), los ingresos monetarios de las mujeres son, en promedio, menores en comparación con los de los hombres. Además, las brechas salariales varían de acuerdo con las distintas características de la población que fueron consideradas en dicha publicación, como la ocupación. Al examinar los ingresos medios de la población subordinada, según el grupo de ocupación, se observa que los ingresos más elevados se obtienen en la categoría de “funcionarias/os, directivas/os y jefas/es”. No obstante, la brecha salarial en esta categoría es de -25.3%, con ingresos de \$20,579 para los hombres y \$15,731 para las mujeres. Ahora bien, al analizar los ingresos y las brechas salariales de la población subordinada, según la clasificación de la empresa donde trabaja, se aprecia que las instituciones de Gobierno presentan los ingresos más elevados para mujeres (\$9,707) y la menor brecha salarial respecto al resto de categorías (-16.5%).

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía señala que los servidores públicos que laboran en la administración pública (con excepción de las instituciones públicas de procuración de justicia) tienen una distribución muy similar entre hombres y mujeres: en el ámbito federal se contabilizó 51.1% de personal masculino y 48.9% de personal femenino. En el ámbito estatal se reportó 46.7% y 53.3% para personal de hombres y mujeres, respectivamente. “Esto contrasta con la distribución observada en el resto de la economía donde el 61.8% de los trabajadores eran hombres y 38.2% mujeres” (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018). Véase gráfica 1 en la siguiente página.

Empero, en cuanto a la equidad salarial por sexo, las cifras no son alentadoras, pues se aprecia que: “la proporción de mujeres que recibía más de 20 mil pesos mensuales era menor que la de hombres”. En 2016, en el Gobierno federal, 13.1% de mujeres percibía un ingreso mensual superior a los 20 mil pesos, mientras que esta cifra ascendía a 27% en el caso de los hombres. De igual modo, en el ámbito federal, 67.1% y 51.4% de los hombres recibían más de 20 mil pesos mensuales en los casos de procuración e impartición de justicia respectivamente, en contraste con 43.2% y 40.3% para el caso de las mujeres (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018). Véase gráfica 2, más adelante.

**GRÁFICA 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS POR ÁMBITO DE GOBIERNO Y FUNCIÓN, SEGÚN SEXO, 2016**



\* Se refiere a personal de 2015.

\*\* Se refiere a la población ocupada al cuarto trimestre de 2016.

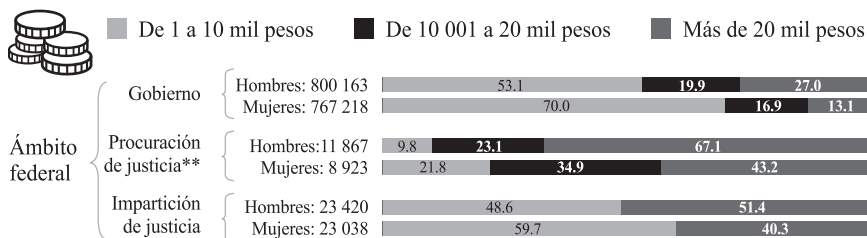
FUENTE: INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatales y Federal, 2017 y 2016.

INEGI. Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

**GRÁFICA 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS POR ÁMBITO DE GOBIERNO, FUNCIÓN Y SEXO, SEGÚN RANGO DE INGRESO MENSUAL, 2016**



\* No se presenta el porcentaje de servidores de los que no se especificó el rango de ingreso, ya que es menor al 1%.

\*\* Se refiere al personal de 2015.

NOTA: Se omite el personal sin paga para el ámbito estatal, 778 servidores públicos de administración pública, 2 de procuración de justicia y 1 de impartición de justicia.

FUENTE: INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatales y Federal, 2017 y 2016.

INEGI. Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatales y Federal, 2017.

Al respecto, Eva Arceo (2018) señala que en México las mujeres obtienen un menor salario en promedio que los hombres, y “si bien esta brecha puede ser explicada, en parte, por discriminación explícita en el mercado

laboral... pueden existir otros canales que contribuyan a la explicación”, entre ellos los estereotipos de género, tales como el comportamiento esperado de las mujeres en la negociación salarial o la idea de que los hombres son quienes mantienen el poder. Estos prejuicios también se encuentran en la administración pública como muestra la evidencia de párrafos arriba, por lo que el sólo hecho de que la Ley Federal del Servicio Profesional propugne por la paridad de género, o incluso que ahora sea un mandato constitucional, no es suficiente para eliminar estos estereotipos. Políticas proactivas, dentro de la administración pública, que primero hagan conscientes los prejuicios y busquen abatirlos resultan necesarios. Un primer paso es generar conciencia sobre las brechas salariales y su arbitrariedad. Para ello, las herramientas del acceso a la información pública resultan útiles, si bien en México la Ley General de Transparencia obliga a todos los organismos públicos a publicar en sus páginas de internet los sueldos de los servidores públicos, éstos se hacen por cargo, por lo que no es posible conocer el género de quien lo ocupa. Lograr que al menos se señale en cada caso el género, permitiría evidenciar las diferencias (Arceo 2018), y puede constituir una herramienta para exigir la paridad. Lo que va en línea con las ideas de Dufflo (2012), en el sentido de que el empoderamiento de la mujer y el desarrollo económico están íntimamente interrelacionados. Que las mujeres tengan acceso al mercado laboral formal permite su empoderamiento, lo que conlleva cambios en la toma de decisiones, y tiene un impacto directo en el desarrollo de un país.

## VI. EL PODER JUDICIAL Y EL TECHO DE CRISTAL

En el Poder Judicial de la Federación, el principal problema es el techo de cristal. Aunque los reportes del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) suelen remarcar el éxito de sus políticas de género por contar con 50% de personal femenino, en la conformación de la Suprema Corte de Justicia se aprecia que de 11 ministros sólo 2 son mujeres. Sólo el 25% de las juezes de Distrito (JD) son mujeres y 18% magistradas.

El concepto “techo de cristal” es empleado desde finales de los años ochenta del siglo XX para designar una barrera invisible que impide a las mujeres altamente calificadas alcanzar puestos de responsabilidad en las organizaciones en las que trabajan. También es definido como “un entramado de obstáculos invisibles que impide a las mujeres calificadas

alcanzar posiciones de poder dentro de las organizaciones” (Camarena y Saavedra, 2018). Este concepto fue utilizado para analizar la carrera laboral de mujeres que, teniendo una trayectoria profesional y un nivel de competencia alto en sus lugares de trabajo, se topaban con un freno al intentar avanzar en sus carreras. El denominado techo de cristal alude a una última barrera basada en prejuicios hacia las mujeres que les impide avanzar a posiciones de más alto nivel (Camarena y Saavedra, 2018). El análisis del techo de cristal busca evidenciar que las mujeres están subrepresentadas: al analizar la carrera laboral de mujeres que habían tenido altas calificaciones en sus trabajos gracias a su formación educativa de nivel superior, su experiencia laboral indicaba que en determinado momento se encontraban con un tope invisible que les implicaba una detención en sus trabajos (Burin, 2008). De acuerdo con la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (CNPEVCM):

El techo de cristal se refiere al conjunto de normas no escritas al interior de las organizaciones que dificulta a las mujeres tener acceso a los puestos de alta dirección. Su carácter de invisibilidad es resultado de la ausencia de leyes y códigos visibles que impongan a las mujeres semejante limitación. Desde un principio [este concepto] se utilizó para hacer referencia a las barreras que la mujer tiene para avanzar en la escala laboral, que no son fácilmente detectables, pero suelen ser la causa de su estancamiento.

En este sentido, “El techo de cristal representa un obstáculo para el crecimiento y presencia de las mujeres en las organizaciones” (CNPEVCM). Este límite detiene la ascensión piramidal de las mujeres hacia puestos de alta jerarquía (CNPEVCM). En el caso de los cargos públicos, resulta en que las decisiones de política pública siguen siendo tomadas casi en exclusiva por varones. Tratándose de juzgadores, esto es especialmente delicado, pues significa que decisiones sobre libertad, patrimonio, custodia de hijos, conflictos laborales y violaciones a derechos humanos de mujeres son juzgadas desde la perspectiva masculina.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) regula la carrera judicial, sus disposiciones son aparentemente neutras, pues respecto del ingreso al Poder Judicial, el ascenso o la movilidad no hace distinción alguna entre hombres y mujeres (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009). Para el caso de los titulares de órganos jurisdiccionales, como jueces y magistrados, se establece un concurso vía exámenes de

oposición, de nueva cuenta, sin distinción de género. El ascenso de las mujeres a los cargos de jueces y magistrados se ve además dificultado por las disposiciones de la LOPJF ya que señalan que los juzgadores deben sujetarse a las necesidades del servicio, es decir, deben poder moverse a diferentes localidades dentro del país. Ello provoca que, ante la muy dispar distribución de las cargas domesticas<sup>4</sup> entre hombres y mujeres (García, 2018), la movilidad de las mujeres constituya un impedimento importante para concursar (Flores, 2012). Así, una ley que aparentemente da un trato igualitario a hombres y mujeres para acceder a ser juzgadores, en realidad impone importantes barreras a las mujeres, como lo demuestra el Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal, presentado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. El censo arroja información sobre “la estructura, organización, recursos y ejercicio de la función de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación”. En su sexta edición, publicada en 2018 (con información de 2017), se muestra que:

- Las mujeres representaron 49.5% de la plantilla laboral del Poder Judicial de la Federación en 2017.
- Del personal que integró a los órganos jurisdiccionales coordinados por el CJF al cierre de 2017, mil 429 servidoras y servidores públicos correspondieron a jueces y magistrados, lo que representa un 3.0% del total de dicho personal. De éstos, 758 corresponden a magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), 572 a JD y 99 a magistrados de Tribunales Unitarios de Circuito (TUC).
- De estos jueces y magistrados, 79.8% corresponde a hombres y 20.2% a mujeres.

El techo de cristal es claro, pues antes de llegar a los cargos de decisión, el porcentaje de mujeres que realizan funciones de apoyo a los jueces, como son los secretarios de acuerdos o proyectistas, es de casi la mitad. Sin embargo, a pesar de que es de suponer que cuentan con los conocimientos necesarios para ocupar los cargos de jueces, después de unos años de experiencia, su participación en los concursos es mucho menor, y por

---

<sup>4</sup> El trabajo doméstico no remunerado, que incluye la atención de niños y adultos mayores, actividades de alimentación y limpieza o reparaciones del hogar, lo hacen mayoritariamente mujeres, quienes trabajan 8 horas en estas actividades por cada 2 de los hombres.

ende sólo el 20% de los juzgados y tribunales son dirigidos por mujeres. El techo de cristal es aún más evidente si se toma en cuenta la conformación de los más altos tribunales, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Tribunal Electoral. Al cierre de 2017, los plenos de cada uno de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación se integraron de la siguiente manera (Instituto Nacional de Estadística y Geografía).

Pleno de la SCJN:

- 11 ministros
  - 2 mujeres (18%)
  - 9 hombres (82%)

Pleno de la Sala Superior del TEPJF:

- 7 magistrados
  - 2 mujeres (29%)
  - 5 hombres (71%)

Pleno del CJF:

- 7 consejeros
  - 2 mujeres (29%)
  - 5 hombres (71%)

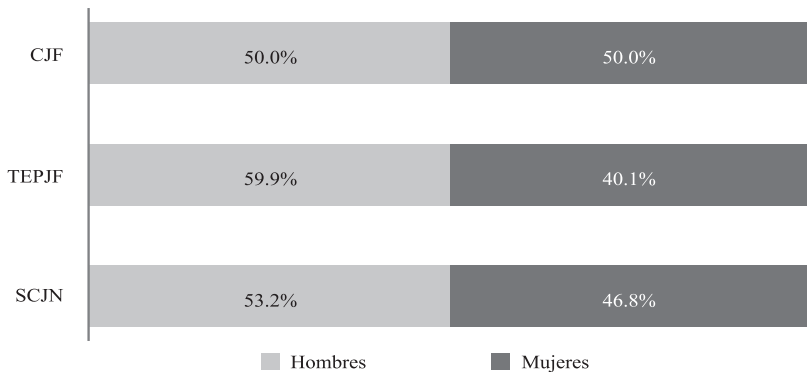
En la gráfica 3 (en la siguiente página) se muestra la distribución porcentual del personal de cada uno de los órganos del Poder Judicial de la Federación, según sexo.

En lo que respecta a los jueces y magistrados que al cierre de 2017 integraron los TCC, los TUC y los JD, se identificó un total de mil 429 servidoras y servidores públicos en estas funciones, de los cuales 758 (53.0%) se encontraban adscritos a los TCC, 99 (7.0%) a los TUC, y los restantes 572 (40.0%) a los JD y CJPF (Instituto Nacional de Estadística y Geografía: 2018b). En la gráfica 4 (en la página que sigue) se presenta la



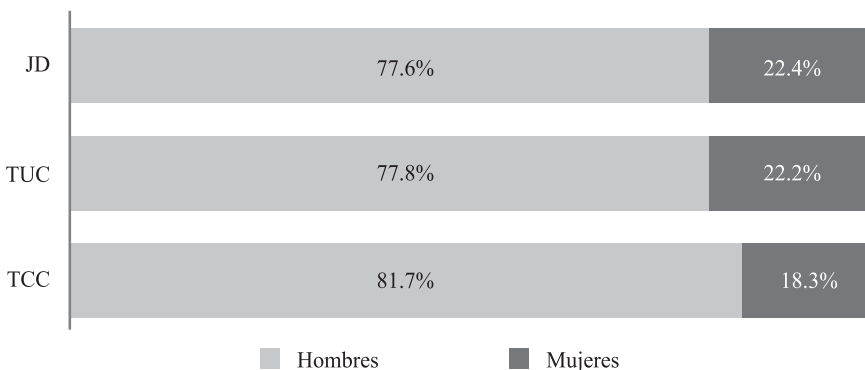
distribución porcentual de los jueces y magistrados con los que contaron los órganos jurisdiccionales descritos, según sexo.

GRÁFICA 3. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL QUE INTEGRA EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SEGÚN ÓRGANO Y SEXO



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Resultados del Sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal (CNIJF). Comunicado de Prensa núm. 289/18. 6 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala\\_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018\\_07.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018_07.pdf).

GRÁFICA 4. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE JUECES Y MAGISTRADOS, SEGÚN ÓRGANO JURISDICCIONAL Y SEXO



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Resultados del Sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal (CNIJF). Comunicado de Prensa núm. 289/18. 6 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala\\_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018\\_07.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018_07.pdf).

Las cifras del CJF, órgano que administra a todo el Poder Judicial a excepción de la Corte, también reflejan el techo de cristal en la institución pues, a pesar de tener una distribución porcentual equitativa respecto al personal que lo integra (50-50), al estudiar el porcentaje de puestos ocupados entre hombres y mujeres para los cargos de jueces y magistrados esta cifra disminuye notoriamente. Al igual que en este caso, la integración de los plenos de cada uno de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación se compone en su gran mayoría por hombres, lo que limita el acceso a puestos de toma de decisión para las mujeres. De nueva cuenta, entre las primeras medidas a adoptar al respecto se encuentra hacer evidente estas diferencias y los obstáculos que *de facto* enfrentan las mujeres a la hora de concursar por los cargos de juez o magistrado. En este caso, la normatividad que regula la carrera judicial de manera aparentemente neutra, en realidad discrimina a las mujeres para ocupar los cargos de decisión como juzgadas. En este sentido, y a raíz de la reforma constitucional de mayo de 2019, será necesario promover cambios a las reglas que rigen la carrera judicial. Resulta indispensable hacer consciente al Consejo de la Judicatura de la importancia de generar políticas judiciales que garanticen que la población femenina del país esté representada en las autoridades llamadas a la protección de los derechos humanos.

## VII. EL PODER FÁCTICO DENTRO DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

La legislación que regula las elecciones de los legisladores en México es de las más vanguardistas en materia de equidad de género. Sin embargo, el ejercicio del poder dentro de cada una de las cámaras muestra que *de facto* existe una importante disparidad entre legisladores y legisladoras. La academia ha explorado este fenómeno, y reconoce que si bien la presencia de las mujeres en los debates legislativos las visibiliza y pone en la mira sus intereses y necesidades, su influencia en la toma de decisiones resulta en un proceso bastante más tortuoso. En otras palabras, estar presente durante la toma de decisiones no significa necesariamente poder expresar las opiniones ni tener influencia sobre estas decisiones. La representatividad *de facto* significa poder opinar e influir, para que las decisiones se hagan cargo de realidades, necesidades e intereses de las mujeres (Gilas, 2019). La mayor presencia de las mujeres en los poderes legislativos no necesariamente implica que tienen el acceso o el poder para influir en la toma

de decisiones. Gilas señala como razones de esta disparidad *de facto* las siguientes:

- 1) Las mujeres con frecuencia están presentes en los espacios formales, pero ausentes en aquellos espacios informales en los que los hombres discuten, acuerdan y deciden.
- 2) Las mujeres que llegan a los espacios del poder se enfrentan al sexismo y violencia, lo que dificulta o impide que desarrollen sus actividades libremente. Se estima que el 82% de las mujeres legisladoras en el mundo han sido víctimas de violencia psicológica, 65% han sido humilladas públicamente, y alrededor de 44% recibieron amenazas de violación o muerte para ellas o sus hijos.
- 3) Las estructuras y dinámicas propias de los partidos políticos resultan excluyentes para las mujeres, ya que éstas suelen ser excluidas de las “redes de viejos amigos”, lideradas por los caudillos partidistas.
- 4) Los estereotipos y patrones de discriminación dificultan a las mujeres el ejercicio del poder y del liderazgo.
- 5) No todas las mujeres que llegan al poder comparten la agenda feminista o no todas la tratan como su prioridad, lo que afecta la manera en la que perciben su rol, así como las decisiones que toman en representación de las y los demás (Gilas, 2019).

Lo aquí descrito refleja el caso del Poder Legislativo en México. En materia electoral, la ley establece diversas medidas encaminadas a garantizar la equidad de género. La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales señala en su Capítulo III, artículo 232, párrafo tercero que: “Los partidos políticos promoverán y garantizarán la paridad entre los géneros, en la postulación de candidatos a los cargos de elección popular para la integración del Congreso de la Unión, los Congresos de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”. Asimismo, el párrafo cuarto del mismo artículo establece que:

El Instituto y los Organismos Públicos Locales, en el ámbito de sus competencias, tendrán facultades para rechazar el registro del número de candidaturas de un género que exceda la paridad, fijando al partido un plazo improrrogable para la sustitución de éstas. En caso de que no sean sustituidas no se aceptarán dichos registros.

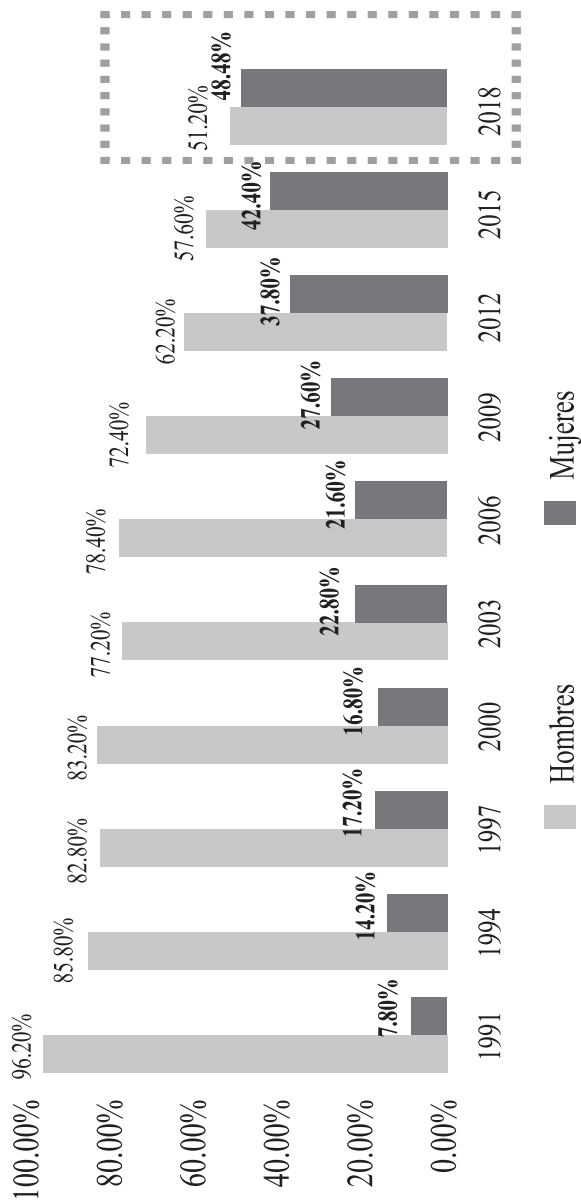
Por su parte, la Ley General de Partidos Políticos señala en su artículo 37, inciso e, que la Declaración de Principios de los Partidos Políticos, uno de los documentos básicos de los partidos, deberá contener: “La obligación de promover la participación política en igualdad de oportunidades y equidad entre mujeres y hombres”. En el mismo tenor, el artículo 51 señala que los partidos políticos tendrán derecho a financiamiento público, entre otras actividades: “Para la capacitación, promoción y el desarrollo del liderazgo político de las mujeres, cada partido político deberá destinar anualmente, el tres por ciento del financiamiento público ordinario”.

En el último proceso electoral en México, la Cámara de Diputados quedó integrada por 241 mujeres (48.3%) y por 258 hombres (51.7%) (Cámara de Diputados, 2018). La Cámara de Senadores quedó integrada por 63 mujeres y 65 hombres, lo que representa 49.22% y 50.78% respectivamente (Senado, SF). Se trata del Congreso más paritario que ha tenido el país, como muestran las gráficas 5 y 6, en las siguientes páginas.

Ahora bien, aunque la brecha en la conformación del Congreso de la Unión, tanto de la cámara alta como de la cámara baja, se ha ido reduciendo, y con ello se avanza en la paridad de género, esto no necesariamente se traduce en mejores oportunidades para participar de la toma de decisiones de las legisladoras. Una muestra de ello se puede observar en el número de comisiones presididas por hombres y por mujeres tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado en las legislaturas actuales (véanse gráficos 7 y 8, en páginas posteriores).

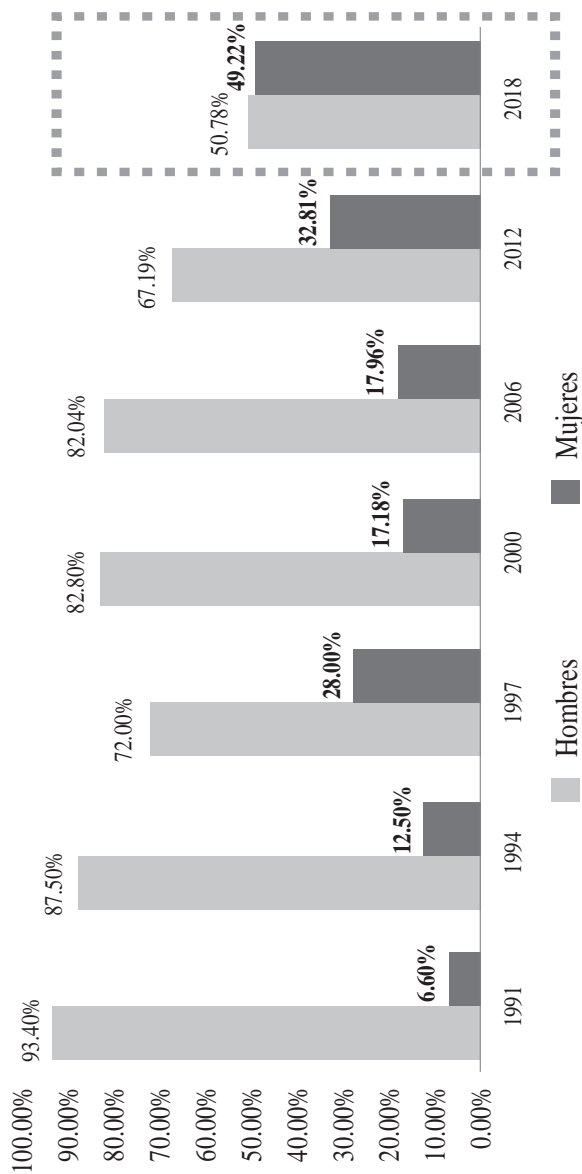
Aunado a ello, los cargos en los que se toman las decisiones y es posible influir en la conducción de la agenda legislativa, aún continúan controlados por los varones pues, aunque aparentemente ocupan un número similar en las presidencias por comisión, un análisis sobre el tipo de asuntos que lleva cada comisión muestra que a las mujeres se les asignan aquellas encargadas de asuntos como niñez, mujeres, adultos mayores. Este fenómeno, señala Gilas (2019), puede resultar discriminatorio, al limitar la actividad política legítima de las mujeres a los asuntos que son una extensión de las tareas de cuidado que tradicionalmente se les han asignado. En contraste, los hombres controlan las comisiones en las que se deciden los cambios constitucionales, el presupuesto de egresos, el cobro de impuestos, la política exterior. Al traducir a porcentajes, se aprecia que tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado el porcentaje de comisiones presididas por hombres es del 54%, es decir, un poco más de la mitad.

GRÁFICA 5. CÁMARA DE DIPUTADOS (1991-2018)



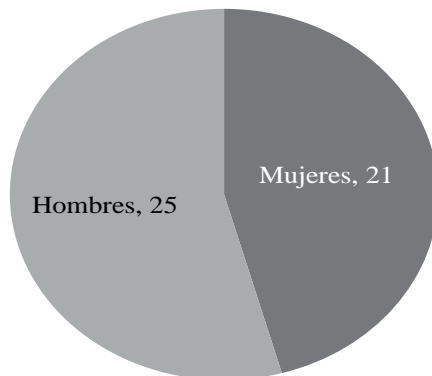
FUENTE: Instituto Nacional Electoral. *Numeralia. Proceso electoral 2017-2018*, p. 91. Disponible en: <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/08/1Numeralia01072018-SIJE08072018findocx-3.pdf>.

GRÁFICA 6. CÁMARA DE SENADORES (1991-2018)



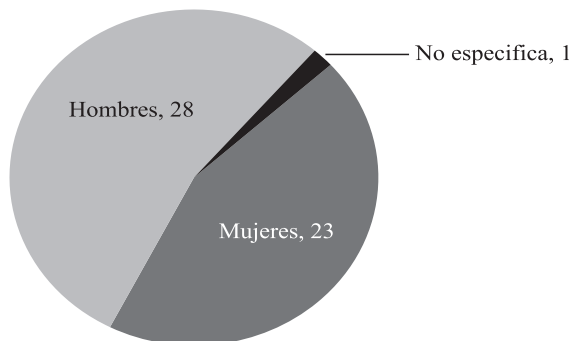
FUENTE: Instituto Nacional Electoral. *Numeralia. Proceso electoral 2017-2018*, p. 92. Disponible en: <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/08/1Numeralia01072018-SIJE08072018findocx-3.pdf>.

GRÁFICA 7. NÚMERO DE COMISIONES PRESIDIDAS SEGÚN SEXO, CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN. LXIV LEGISLATURA



FUENTE: elaboración propia con base en Cámara de Diputados. *Listado de Comisiones Ordinarias*. H. Congreso de la Unión. LXIV Legislatura. Disponible en: [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/listado\\_de\\_comisiones/lxiv.php?tct=1](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/listado_de_comisiones/lxiv.php?tct=1). Nota: se muestran las presidencias de las comisiones ordinarias (n=46).

GRÁFICA 8. NÚMERO DE COMISIONES PRESIDIDAS SEGÚN SEXO, CÁMARA DE SENADORES. LXII Y LXIII LEGISLATURAS



FUENTE: elaboración propia con base en Senado. *Directorio de Comisiones*. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios\\_de\\_comisiones](http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios_de_comisiones).

Sin embargo, como ya había quedado apuntado, el tipo de asuntos de las comisiones presididas por mujeres distan de ser los estratégicos para el país, como ejemplifican las tablas 4 y 5 (como puede observarse en páginas subsecuentes).

TABLA 4. COMISIONES RELEVANTES EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS, SEGÚN SEXO DE QUIEN PRESIDE

<i>Comisión</i>	<i>Sexo de quien preside</i>
Defensa Nacional	H
Economía, Comercio y Competitividad	H
Economía Social y Fomento del Cooperativismo	H
Energía	H
Gobernación y Población	M
Hacienda y Crédito Público	M
Infraestructura	H
Jurisdiccional	M
Justicia	M
Presupuesto y Cuenta Pública	H
Puntos Constitucionales	M
Radio y Televisión	M
Régimen, Reglamentos y Prácticas Parlamentarias	H
Relaciones Exteriores	H
Salud	M
Seguridad Pública	M
Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación	H

FUENTE: elaboración propia con base en Cámara de Diputados. *Listado de Comisiones Ordinarias*. H. Congreso de la Unión. LXIV Legislatura. Disponible en: [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/listado\\_de\\_comisioneslxiv.php?tct=1](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/listado_de_comisioneslxiv.php?tct=1).

TABLA 5. COMISIONES RELEVANTES EN EL SENADO, SEGÚN SEXO DE QUIEN PRESIDE

<i>Comisión</i>	<i>Sexo de quien preside</i>
Asuntos Fronterizos y Migratorios	M
Defensa Nacional	H
Economía	H
Energía	H
Estudios Legislativos	H



Estudios Legislativos Primera	M
Estudios Legislativos Segunda	M
Gobernación	H
Hacienda y Crédito Público	H
Jurisdiccional	M
Justicia	H
Puntos Constitucionales	H
Radio, Televisión y Cinematografía	H*
Relaciones Exteriores	H
Relaciones Exteriores América del Norte	M
Relaciones Exteriores Europa	M
Salud	H
Seguridad Pública	M

FUENTE: elaboración propia con base en Senado. *Directorio de Comisiones*. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios\\_de\\_comisiones](http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios_de_comisiones).

\* Se refiere al secretario técnico.

La disparidad en el ejercicio del poder se hace aún más evidente cuando se revisa quiénes presiden los órganos de liderazgo político en ambas cámaras. Se trata de las instancias que definen la agenda legislativa, distribuyen las comisiones, asignan los recursos públicos que corresponden a cada fracción parlamentaria y conducen las sesiones del pleno. Asimismo, resulta claro que la dirección de las diferentes fracciones parlamentarias es por varones, quienes definen las posturas de cada partido político representado en la cámara. Estos órganos son presididos en un 80% por hombres.

TABLA 6. PRESIDENCIAS EN CÁMARA DE DIPUTADOS Y SENADO POR SEXO

	<i>Senado</i>	<i>Sexo</i>	<i>Diputados</i>	<i>Sexo</i>
<i>Junta de Coordinación Política:</i>	Ricardo Monreal	H	Mario Delgado Carrillo	H
<i>Mesa directiva:</i>	Martí Batres	H	Porfirio Muñoz Ledo	H
<i>Fracción parlamentaria</i>				
Movimiento de Regeneración Nacional	Ricardo Monreal	H	Mario Delgado Carrillo	H
Partido Acción Nacional	Mauricio Kuri	H	Juan Carlos Romero Hicks	H

Partido Revolucionario Institucional	Miguel Ángel Osorio Chong	H	René Juárez Cisneros	H
Movimiento Ciudadano	Dante Delgado	H	Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla	H
Partido de la Revolución Democrática	Miguel Ángel Mancera	H	Verónica Beatriz Juárez Piña	M
Partido del Trabajo	Geovanna del Carmen Bañuelos	M	Reginaldo Sandoval Flores	H
Partido Encuentro Social	Sasil de León	M	Olga Juliana Elizondo Guerra	M
Partido Verde Ecologista de México	Raúl Bolaños-Cacho	H	Arturo Escobar y Vega	H

FUENTE: elaboración propia con base en: Senado. Mesa Directiva. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/mesa\\_directiva/](http://www.senado.gob.mx/64/mesa_directiva/). Senado. Junta de Coordinación Política. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/junta\\_de\\_coordinacion\\_politica/](http://www.senado.gob.mx/64/junta_de_coordinacion_politica/). Cámara de Diputados. Órganos de Gobierno. Mesa Directiva. Disponible en: [http://www3.diputados.gob.mx/camara/001\\_diputados/002\\_organos\\_de\\_gobierno/002\\_mesa\\_directiva](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/002_organos_de_gobierno/002_mesa_directiva). Cámara de Diputados. Órganos de Gobierno. Junta de Coordinación Política. Disponible en: [http://www3.diputados.gob.mx/camara/001\\_diputados/002\\_organos\\_de\\_gobierno/003\\_junta\\_de\\_coordinacion\\_politica/01\\_integracion](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/002_organos_de_gobierno/003_junta_de_coordinacion_politica/01_integracion).

Así, el Congreso de la Unión en México ejemplifica con claridad la distancia que suele existir entre el reconocimiento de los derechos de las mujeres *de jure* y su ejercicio efectivo. Como señala Lael R. Keiser (2000), la razón para impulsar el aumento del número de mujeres en posiciones de liderazgo dentro del Gobierno es lograr el desarrollo de leyes y políticas que representen los intereses de estas mujeres. De modo que se logre que la igualdad como base del ejercicio de todos los demás derechos humanos sea real y no sólo *de jure*. En el caso del Poder Legislativo, no es suficiente con que la ley garantice la paridad en la conformación de las cámaras, sino que deben adoptarse medidas que permitan *de facto* una participación paritaria de las mujeres en la toma de decisiones.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

La brecha entre la definición de la paridad de género *de jure* y su cumplimiento fáctico en México es una de las más amplias a nivel mundial. Ello conlleva a que en no pocas ocasiones se consideren como derechos

ficticios. La paridad de género, sobre todo en órganos públicos, implica no sólo los medios tendentes a lograr el ejercicio eficaz de los derechos de las mujeres, sino garantía de que las decisiones públicas toman en cuenta sus necesidades e intereses. En el orden jurídico mexicano se han hecho importantes esfuerzos por garantizar paridad de género en diversos ámbitos de la vida pública, el más importante es la reforma constitucional de mayo de 2019, que señala a la paridad de género como un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado. Sin embargo, esta reforma no puede ser considerada la culminación de la lucha por la paridad, al contrario, es sólo el inicio de las batallas. La evidencia dentro de los tres poderes a nivel federal muestra que existen diferencias importantes tanto en el tipo de cargos que ocupan las mujeres, los ingresos que perciben y el acceso a la toma de decisiones públicas.

A lo largo del 2019, a raíz de la reforma constitucional, se percibieron esfuerzos por reducir las brechas. En particular, en el Poder Judicial de la Federación, donde el 26 de junio de 2019 se dio el primer concurso para jueces abierto sólo a mujeres que llevó al nombramiento de 25 mujeres al cargo de juez de distrito.<sup>5</sup> Adicionalmente, con la designación de Ana Margarita Ríos Farjat como ministra de la SCJN el pasado 5 de diciembre de 2019, es la primera vez, desde la reforma de 1995, que se cuenta con tres ministras en la SCJN. Desgraciadamente, subsecuentes convocatorias para nombramiento de jueces dejaron de tener perspectiva de género.<sup>6</sup>

Dentro del Poder Legislativo la toma de posesión como presidenta de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados de Laura Angélica Rojas Hernández, muestra el avance de las legisladoras en posiciones de toma de decisiones. Estos esfuerzos son ejemplo del avance que México presenta. En

---

<sup>5</sup> El Pleno del CJF aprobó, en sesión ordinaria, el Acuerdo General del Pleno del CJF, en el que se establece el procedimiento y lineamientos generales para acceder al cargo de juezas de Distrito, mediante concursos internos de oposición. Con base en ello, el 3 de julio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la “Convocatoria al primer concurso interno de oposición para la designación de juezas de distrito”. El 21 de agosto de ese mismo año se publicó en el *DOF* la “Lista de las aspirantes aceptadas al primer concurso interno de oposición para la designación de juezas de Distrito” con un total de 1,168 aspirantes aceptadas. El 13 de noviembre de 2019 se publicó en el *DOF* la “Lista de vencedoras en el Primer Concurso Interno de Oposición para la designación de Juezas de Distrito”, en la que se publica el nombre de las 25 participantes designadas para ocupar dicho cargo.

<sup>6</sup> Véase [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5615344&fecha=07/04/2021](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5615344&fecha=07/04/2021).

la última edición del Índice Global de Brecha de Género (2020), donde se reporta que, a diferencia del reporte 2018, México se posiciona como uno de los cinco países con mejoras en los puntajes globales del Índice (Foro Económico Mundial, 2020). En el reporte 2020, México ocupó el lugar 25 a nivel global (lo que representa un ascenso de 25 lugares en comparación con 2018), con un puntaje de 0.754. El mayor incremento se dio en la categoría “Empoderamiento político”, al pasar de 0.335 a 0.468. A nivel regional, México ocupó la posición número 5 de 25 países evaluados. Así, la reforma constitucional de 2019 en materia de paridad de género parece estar siendo efectiva en el esfuerzo hacia una mayor equidad en los tres niveles analizados en este trabajo. Sin embargo, las brechas por cerrar todavía son importantes. A pesar de los avances reportados en México en el IGBG 2020, la distancia alcanzada hacia la paridad de género es de 68.6%. Esto quiere decir que aún es necesario cerrar la brecha de género 31.4%. Al igual que en la edición 2018, en 2020 el IGBG reporta que las dos dimensiones con mayores brechas por cerrar son la de empoderamiento político y la de participación económica.

Entre los trabajos pendientes, es necesario revisar la normatividad que se considera en apariencia neutra, pero que impone importantes obstáculos de acceso a los cargos, sobre todo altos, como en el Poder Judicial. Asimismo, transparentar la información sobre estas disparidades, como el caso de los sueldos en el Ejecutivo, o de quienes ocupan los cargos de decisión en el Legislativo, resulta una estrategia de *namings and shaming* que en otros temas ha probado su eficacia. Sobre todo, porque una gran parte de las acciones discriminatorias son resultado no de las reglas formales sino de prácticas al interior de los grupos de poder. La población femenina merece estar representada tanto en la ley como en la realidad en la conducción del destino de su país. Hemos avanzado, pero debemos continuar en la tarea por hacer del trato igualitario, sin distinciones de género como consagra nuestro artículo 1o. constitucional, una realidad para todas.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J. & CH. COURTIS, Ch. (2003). *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara.

- ARCEO GÓMEZ, E. O. *et al.* (2018). "Negociación y preferencias económicas por género: evidencia experimental en México". *El Trimestre Económico*. 85 (339).
- BBC. (2018, 22 de diciembre). "Brecha de Género Global 2018: se necesitan 200 años para lograr la paridad salarial y otros 4 datos asombrosos". Redacción. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46638119>.
- BJARNEGÅRD, E. y KENNY, M. (2016). "Comparing Candidate Selection: A Feminist Institutional Approach". *Government and Opposition: An International Journal of Comparative Politics*. 51 (3).
- BONIFAZ ALFONSO, L. (2016). *Derechos humanos. El principio de la paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- BURIN, M. (2008). "Las fronteras de cristal en la carrera laboral de las mujeres. Género, subjetividad y globalización". *Anuario de Psicología*. 39 (1).
- CÁMARA DE DIPUTADOS. (2018). "Integración por género y grupo parlamentario". Disponible en [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/cuadro\\_genero.php](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/cuadro_genero.php).
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LXIV LEGISLATURA. (2019, 30 de abril). "De la Secretaría de Gobernación, con la que remite el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024". *Gaceta Parlamentaria*. Núm. 5266-XVIII. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/abr/20190430-XVIII-1.pdf>.
- CAMARENA ADAME, M. E. y SAAVEDRA GARCÍA, M. L. (2018). "El techo de cristal en México". *La Ventana. Revista de Estudios de Género*. 5 (47).
- CHILDS, S. y KROOK, M. L. (2006). *Gender and Politics: The State of the Art*. 26 (1).
- COMISIÓN NACIONAL PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. (2019). *¿Qué es el techo de cristal y qué pueden hacer las empresas para impulsar la igualdad de género?* México: Segob.
- DUFLO, E. (2012). "Women Empowerment and Economic Development". *Journal of Economic Literature*. 50 (4).
- El Financiero*. (2019, 23 de mayo). "Congreso aprueba la reforma de paridad de género". Redacción. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/congreso-aprueba-la-reforma-de-paridad-de-genero>.

- FERRAJOLI, L. (2003). “Estado social y Estado de derecho”. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México.
- FLORES, A. (2012). “Mujeres en la Judicatura Federal en México (preliminar para un diagnóstico sociológico de las féminas al servicio público de justicia y carrera judicial)”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 33.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL. (2018). *The Global Gender Gap Report 2018*. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf).
- GARCÍA, A. K. (2018, 11 de diciembre). “El trabajo doméstico no remunerado equivale a 23% del PIB: INEGI”. *El Economista*.
- GILAS, K. M. (2019, 24 de junio). ¿Las mujeres legisladoras también deciden? *Oraculus*.
- RODRÍGUEZ GUSTÁ, A. (2008). “Las escaleras de Escher: la transversalización de género vista desde las capacidades del Estado”. *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Núm. 14.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. (2018, 20 de junio). “Estadísticas a propósito del día de la administración pública (23 de junio)”. Comunicado de Prensa 274/18.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. (2018, 6 de julio). “Resultados del sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal”. Comunicado de Prensa 289/18.
- INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. (2016). “Brecha salarial de género en México”. Disponible en: [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/101271.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101271.pdf).
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. (2018). “Numeralia. Proceso electoral 2017-2018”.
- KARPOWITZ, C. F. *et al.* (2012). “Gender Inequality in Deliberative Participation”. *The American Political Science Review*. 106 (3).
- LA REDACCIÓN. (2018, 22 de diciembre). “Brecha de Género Global 2018: se necesitan 200 años para lograr la paridad salarial y otros 4 datos asombrosos”. *BBC*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46638119>.
- LA REDACCIÓN. (2019, 23 de mayo). “Congreso aprueba la reforma de paridad de género”, *El Financiero*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/congreso-aprueba-la-reforma-de-paridad-de-genero>.

- LAEL, R. K. (2000, August 31-September 2). "Lipstick & Logarithms. Gender, Identity, Institutional Context, and Representative Bureaucracy". *American Political Science Association Meeting*. Washington D. C.
- LAW, D. y VERSTEEG, M. (2013). "Sham Constitutions". *Cal. L. Rev.* 101.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1995). "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing". 1995. Disponible en: [https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf?la=es&vs=755](https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2004). "Recomendación general núm. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal". Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2015). "Recomendación general núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia". *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>.
- PAUTASSI, L. (2012). "La igualdad en espera: el enfoque de género". *Lecturas y Ensayos*. 89.
- PIZARELLO, G. (2003). El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia". *Derechos sociales. Instrucciones de uso*.
- SANDEFUR R. (2008). "Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality". *Annual Review of Sociology*. 34 (1).
- SENADO. "Integración de la Cámara de Senadores por género". Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/64/senadores/integracion>.
- SHAPIRO, M. (1993). "Public Law and Judicial Politics". *Political Science: the State of the Discipline II*. Ed. A. Finifter. Washington, D. C: Am Polit. Sci. Assoc.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2009). Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sistema-bibliotecario/normativa/documentos/LEYORGANICAPJF.pdf>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2017). “Carrera Judicial Local, estadísticas por sexo y cargo”. *Estadísticas del personal del Poder Judicial de la Federación*.

TULA, I. (2017). “Paridad de género: política e instituciones. Hacia una democracia paritaria”. *Colección de documentos guía para poderes públicos y tomadores de decisión en América Latina y el Caribe*. 3. ONU Mujeres.

C





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Waldron y la dignidad como estatus en el debate constitucional chileno\*

### *Waldron and dignity as status in the Chilean constitutional debate*

*Recepción:* 8 de julio de 2021

*Aceptación:* 21 de septiembre de 2021

Sergio GAMONAL C.\*\*

**RESUMEN:** En este artículo analizaremos la noción de dignidad como estatus, planteada por Jeremy Waldron, y su relevancia en el debate constitucional chileno, centrándonos en el derecho laboral. La dignidad está consagrada en la mayoría de las constituciones del mundo, y la importancia de esta noción no está exenta de críticas, dada su ambivalencia. Sin embargo, la noción de Waldron permite precisar un sentido mínimo que es relevante en toda democracia contemporánea y que debiera guiar el actual proceso constituyente en Chile.

**ABSTRACT:** *This paper will analyze the notion of dignity as a status raised by Jeremy Waldron and its importance in the Chilean constitutional debate, focusing on labour law. Dignity is enshrined in most of the world's constitutions, and the importance of this notion is not without criticism, given its ambivalence. However, Waldron's notion makes it possible to specify a minimal meaning relevant in all contemporary democracy, and that should guide the current constitutional process in Chile.*

**Palabras clave:** dignidad, estatus, Waldron, trabajo.

**Keywords:** *Dignity, status, Waldron, labour.*

---

\* El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular núm. 1200064, “La dignidad en el derecho privado chileno”, en el que el autor es investigador principal. El autor agradece a los revisores, cuyos comentarios enriquecieron este trabajo.

\*\* Profesor titular de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: 0000-0001-5703-1965; [sergio.gamonal@uai.cl](mailto:sergio.gamonal@uai.cl).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La dignidad como estatus en Waldron*. III. *Críticas a la perspectiva de Waldron*. IV. *La dignidad como estatus en la Constitución: lecciones para el actual proceso constituyente chileno*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La dignidad es uno de los conceptos jurídicos más importantes del siglo XX. Su consagración en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en numerosas constituciones, como la de Finlandia desde la Primera Guerra Mundial (Barak, 2015: 50), permite apreciar la relevancia de esta noción.

Como señala Barak, el discurso de la dignidad era predominantemente religioso, filosófico o social, pero no era un discurso jurídico antes de la Gran Guerra. En aquellos casos en que la dignidad era citada en un texto constitucional o declaración de derechos, era en el sentido de dignidad como honor, como por ejemplo, la dignidad real (Bill of Rights de 1689) o el libre acceso a las dignidades y cargos públicos en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, en 1789 (Barak, 2015: 49).

El establecimiento de la dignidad en constituciones y tratados internacionales se acelera luego de la Segunda Guerra Mundial, constituyendo un rasgo esencial del desarrollo de los derechos humanos (Barak, 2015: 51). En las constituciones del mundo, la dignidad resulta protagonista en sus preámbulos y en muchos casos también en su articulado. Más de 160 países utilizan este término en sus textos constitucionales (Shulztiner y Carmi, 2014: 465).

Sin embargo, la dignidad como noción jurídica es un concepto problemático, sobre todo por su indeterminación, manifestada en sus distintos usos y sentidos. Desde una perspectiva política, la indeterminación constituye una virtud, sobre todo cuando se debe acordar un texto entre sectores con distintos pensamientos e ideologías, como fue precisamente el caso de la Declaración Universal en 1948 (Shulztiner y Carmi, 2014: 471). Por el contrario, cuando una noción como la dignidad debe ser aplicada por un juez o guiar la labor del legislador, su indeterminación constituye un grave problema.

Desde una perspectiva comparada, se han distinguido tres usos de la dignidad en las constituciones del mundo: dignidad con sentido simbólico general, dignidad como valor supremo o finalidad, expresada en forma más específica en el articulado constitucional, y finalmente, dignidad humana como límite de los derechos (Shulztiner y Carmi, 2014: 473-483).

El sentido simbólico de la dignidad suele figurar, en los preámbulos o primeros principios, como valor simbólico que justifica al texto constitucional en su integridad y refleja la identidad de los miembros de la comunidad política (Shulztiner y Carmi, 2014: 473).

Cuando la dignidad es establecida en el articulado constitucional, expresa una directiva para los poderes públicos acerca de su rol y de sus obligaciones (Shulztiner y Carmi, 2014: 476).

Shulztiner y Carmi señalan un tercer uso de la dignidad a nivel constitucional, como límite de los derechos fundamentales o como deberes que deben seguir los ciudadanos. Siguiendo el planteamiento de Donnelly y Howard, muchos países no democráticos o en desarrollo o de la exórbita soviética ocupan la noción de dignidad como forma opresiva de los derechos fundamentales, limitando la propiedad, la empresa privada o la libertad de expresión (Shulztiner y Carmi, 2014: 483 y 484). En efecto, Donnelly argumentaba, a inicios de los ochenta, que hay nociones de dignidad humana que no implican la de derechos humanos, que pueden entenderse en forma independiente, y que, por el contrario, el desarrollo de los derechos humanos en Occidente es tributario del individualismo, a diferencia de otras culturas (Donnelly, 1982: 303-311).

Con todo, también en los países occidentales con democracia liberal, la dignidad puede cumplir, en ciertos casos, una función limitativa, que Meltzer encuadra dentro de “la virtud colectiva como dignidad” en el derecho estadounidense, aludiendo a cómo los integrantes de la comunidad deben comportarse o ser tratados para respetar la dignidad colectiva de la humanidad. Cuando la sociedad trata a las personas en forma inhumana o cuando la gente participa en actividades que son deshumanizantes, la virtud colectiva de la dignidad se ve afectada. Un ejemplo es la tortura, o la esclavitud, o el “lanzamiento de enanos” (Meltzer, 2011: 220-222).<sup>1</sup> Es

---

<sup>1</sup> En el caso *Manuel Wackenheim contra Francia*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU decidió que la prohibición de lanzar enanos no era discriminatoria, ya que se basaba en una razón objetiva y no tenía una finalidad discriminatoria. Agregaba el Comité que esta prohibición: “era necesaria para proteger el orden público, que pone en juego consideraciones de dignidad humana”. Consultar el punto 7.4 de la decisión final. Dis-

el caso de la Corte Suprema estadounidense, cuando ha establecido límites a la pena de muerte o a ciertas sanciones en virtud de la Octava Enmienda (Meltzer, 2011: 222 y 223), o cuando ha limitado el derecho a representarse a sí mismo en juicio (Daly, 2021: 97-100).<sup>2</sup>

Esta función limitativa se observa en otras jurisdicciones, por ejemplo en Alemania, en la discusión sobre bioética y dignidad (Barak, 2015: 238 y 239), o en Israel, en materia de derechos laborales (Barak, 2015: 299 y 300), donde el derecho a un salario digno, a condiciones justas de trabajo o a normas de término de contrato por justa causa, limitan la autonomía del empleador.

Este artículo constará de dos partes. Primero analizaremos la propuesta de Jeremy Waldron, quien entiende la noción de dignidad vinculada a la noción de estatus (Waldron, 2012: 13-46) y, además, revisaremos las críticas a esta concepción. Luego, en segundo lugar, plantearémos que más allá de las críticas esta noción de Waldron puede orientar el actual proceso constituyente chileno, centrándonos en el caso del derecho laboral.

Andorno ha enfatizado la importancia de la noción de dignidad en el debate actual sobre bioética, evidenciando sus paradojas,<sup>3</sup> las cuales, más que demostrar que la dignidad es un concepto vacío, demuestran su complejidad y riqueza, y por ello propone dejar de lado el intento abstracto y

---

ponible en: [http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15\\_Wackenheimer\\_v\\_France.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15_Wackenheimer_v_France.htm).

<sup>2</sup> En este caso, se discutía si la capacidad mental del acusado debía ser considerada para otorgarle o no el derecho a representarse a sí mismo (*Indiana v. Edwards*. 554. U.S. 164, 200).

<sup>3</sup> Andorno distingue cuatro paradojas de la dignidad: 1) La dignidad ha sido una noción muy criticada por su vaguedad y por su uso meramente retórico o político. Sin embargo, a nivel mundial, es una noción cada vez más utilizada en los instrumentos intergubernamentales sobre bioética. 2) Asimismo, aunque existen dificultades para acordar un sentido preciso a la dignidad, suele ser mejor reconocida en términos negativos y prohibitivos, es decir, en términos kantianos, nadie debe ser tratado como instrumento por otro. En otras palabras, la dignidad es caracterizada mejor frente a los atropellos como la tortura, la esclavitud, el tratamiento degradante, las condiciones inhumanas de trabajo, etc. 3) La dignidad suele vincularse a las altas capacidades racionales del ser humano, con el poder de dominar la naturaleza, de ser autónomo y un agente con capacidades propias. Pero la dignidad suele visibilizarse más en la vulnerabilidad que en la autosuficiencia, en la debilidad que en el poder (recién nacidos, niños, ancianos, enfermos y pobres). 4) Si bien el rol del ser humano frente a la naturaleza y la posibilidad de dominarla son demostraciones de la dignidad del ser humano; el poder de la manipulación genética objetiviza al propio ser humano afectando su dignidad.

generalizante de una definición, y centrarse en las necesidades y los casos concretos en que los individuos ven afectada su dignidad, especialmente los más vulnerables (Andorno, 2011: 134-138).

Estimamos que la noción de dignidad como estatus, de Waldron, posibilita un acercamiento concreto para el derecho constitucional, como propone Andorno para la bioética, permitiendo establecer un sentido mínimo y operativo de esta noción para el nivel constitucional. Con todo, la tesis de Waldron no se contradice con otros alcances que pueda darse a la dignidad, por ejemplo, el derecho a condiciones de existencia dignas como derecho material (Beloff y Clérico, 2016: 139-178).

Para lo anterior, en este artículo explicaremos, en el siguiente apartado, la noción de Waldron de dignidad como estatus, y en el tercero, revisaremos algunas críticas a esta noción. Luego, en el cuarto apartado, analizaremos cómo puede ayudar dicha noción a dar una certeza mínima a la dignidad, utilizando como ejemplo las normas laborales que se debieran consagrar en el actual proceso constituyente chileno. Finalizaremos con unas breves conclusiones, en el quinto.

## II. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS EN WALDRON

La aproximación a la noción de dignidad suele ir desde la moralidad al derecho, sin embargo, Waldron plantea una dirección opuesta, desde el derecho a la moralidad (Waldron, 2012: 14 y 15).

No cabe duda de que la dignidad es un principio de moralidad, pero, además, es un principio del derecho. Para Waldron la dignidad está como en casa en el derecho, está en su ámbito natural. Su propuesta, en definitiva, es observar cómo opera la dignidad en el derecho y desde ahí iluminar su uso en el discurso moral (Waldron, 2012: 13-15).

Por ejemplo, la filosofía antigua planteaba la noción de dignidad vinculada a la de estatus, como una especie de rango, es decir, la dignidad de un rey no era igual a la de un obispo. Por el contrario, en la concepción moderna de dignidad, si bien se mantiene alguna vinculación con esta noción histórica de dignidad y rango, su sentido es absolutamente diferente, es decir, actualmente la dignidad expresa la idea de un rango alto e igualitario para todos los seres humanos sin excepción (Waldron, 2012: 14).

Para Waldron, la dignidad es un estatus normativo comprensivo de todos los seres humanos (Waldron, 2012: 18), entendida como un estatus

general de alto rango que se conecta, por ejemplo, en forma directa, con la prohibición del trato humillante y degradante, dado que es un rango asignado actualmente a todos los seres humanos sin discriminación, es decir, la dignidad como nobleza para el hombre común (Waldron, 2012: 22).

La *dignitas* romana implicaba la idea de honor, de privilegios y la idea de deferencia frente a rangos u oficios. Incluso en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se alude en su artículo 6o. a esta concepción antigua de dignidad (Waldron, 2012: 30 y 31). Si bien la modernidad implica un quiebre con esta noción de dignidad como rango, iniciado con la noción kantiana de valor (*würde*), erróneamente traducido como dignidad según Waldron; algo queda de la noción antigua, y Waldron intentará conciliar esta idea antigua de rango con la concepción igualitaria de dignidad (Waldron, 2012: 24, 31).

En efecto, para Waldron la moderna noción de dignidad conlleva una elevación del rango, de modo que ahora tratamos de otorgar a cada ser humano algo de la dignidad, rango y expectativa de respeto que antes se otorgaba a la nobleza (Waldron, 2012: 33).

Por lo anterior, en nuestra sociedad actual, y recordando lo dicho hace años por Vlastos, no es que nuestra actual organización social excluya la nobleza o el rango, por el contrario, se trata de una suerte de sociedad aristocrática con un solo alto rango para todos sus integrantes (Gregory Vlastos citado por Waldron, 2012: 34). Es decir, somos como una sociedad de castas, pero solamente con una casta (Waldron, 2012: 34).

Burke criticaba duramente la Revolución francesa, por considerar que “bajo este esquema de cosas, un rey no es más que un hombre, una reina no es más que una mujer; una mujer no es más que un animal, y un animal no del más alto orden” (Burke, 1993: 77). Por el contrario, Waldron sostiene que puede entenderse que la Revolución “niveló hacia arriba”, al elevar a todos los seres humanos al estatus de reyes o aristócratas, asegurándoles igualdad de derechos (Waldron, 2012: 69). De esta forma, todo ser humano pertenece a este estatus que puede denominarse de “ciudadano del mundo”, merecedor de amplio respeto (Waldron, 2013: 327-343).

Waldron precisa ejemplos de cómo el derecho actual tutela a la dignidad como estatus, cuando se prohíben los tratos degradantes, cuando se prohíbe el discurso del odio, cuando en algunos países se protege a grupos étnicos o raciales de las amenazas, abusos o insultos, o cuando se prohíbe la discriminación (Waldron, 2012: 35).

Waldron no desconoce que, en la práctica, estamos lejos de reconocer el mismo rango a todos los seres humanos. Realidades como la guerra o el terrorismo desmienten la noción de dignidad como estatus igualitario. Sin embargo, nos advierte, es por esto mismo que se hace necesario recordar los alcances de la noción de dignidad en la modernidad (Waldron, 2012: 35).

### III. CRÍTICAS A LA PERSPECTIVA DE WALDRON

Una primera crítica a la noción de Waldron, de dignidad como estatus, podemos encontrarla en la observación realizada por Rosen, quien, concordando con el planteamiento general de Waldron, expresa su escepticismo frente a la estrategia de ocupar conceptos legales para resolver dilemas morales, porque hay más conflicto y confusión en el uso legal de la noción de dignidad que lo que Waldron está dispuesto a admitir (Rosen, 2012: 79-81).

Lo anterior no debiera extrañar, dado que Rosen nos recuerda que la dignidad figura con un rol protagónico en diversos instrumentos y constituciones aprobados por representantes de grupos distintos, con conceptos e ideas bien diferentes, y que fueron adoptados en un particular contexto histórico excepcionalísimo (luego de la Segunda Guerra Mundial), como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Constitución de la República Federal Alemana. Por tanto, el acuerdo en torno al concepto de dignidad en esos textos no logra resolver los desacuerdos en torno a su alcance, lo cual Waldron no está dispuesto a reconocer (Rosen, 2012: 81 y 82).

En defensa de la noción de dignidad como estatus, podemos afirmar que el planteamiento de Waldron no busca otorgar un concepto definitivo de dignidad, sino atesorar un avance legal inédito en la historia de la humanidad, como fue el equiparar en rango a todos los seres humanos, lo cual incide en ciertos consensos mínimos, como por ejemplo, en la condena de los tratos crueles y degradantes, o en casos de conducta sexual inapropiada (Waldron, 2019: 11 y 12).

Otra crítica que puede formularse a Waldron es su lectura ingenua de los instrumentos que consagran la dignidad en el siglo XX, sobre todo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este punto, cabe recordar que la intención original era confeccionar un “tratado internacional” vinculante para los estados, según el mandato del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Clavero, 2014: 31). Pero Estados Unidos de América exigió incluir una “cláusula constitucional” que dejara en suspenso la aplicación de este nuevo tratado a lo dispuesto en las normas constitucionales de cada país (Clavero, 2014: 57 y 58). Esta exigencia atendía a las preocupaciones estadounidenses, por los efectos de un tratado de derechos humanos respecto de la tesis sostenida por su Corte Suprema, permitiendo la segregación de las personas negras a través de la doctrina “separados pero iguales”, postulada en 1896 en el caso *Plessy con Ferguson* (Clavero, 2014: 58). Finalmente, Estados Unidos no logró imponer la “cláusula constitucional”, pero producto de este veto, se aprobó algo distinto, una simple Declaración de Derechos en vez de un tratado. Como señala Clavero, se trataba de una nueva clase de norma internacional que se caracteriza por no serlo (Clavero, 2014: 30).

Algo similar ocurrió con otras potencias, como Francia y Gran Bretaña. La primera, preocupada de excluir la prohibición de trabajo forzoso, dado que Francia lo aplicaba en Argelia (Clavero, 2014: 35 y 36). Por su parte, Gran Bretaña deseaba que hubiera una “cláusula colonial” que diera a entender que este tratado o declaración no afectaba su soberanía sobre las colonias (Clavero, 2014: 23 y ss.). Ambas exigencias tuvieron éxito, en el artículo 4o. se borró la prohibición de trabajo forzoso, y en el artículo 2o., párrafo segundo, se incorporó la “cláusula colonial”.

Resulta problemático el entusiasmo de Waldron, considerando la “letra chica” del principal instrumento de derechos humanos del siglo XX.<sup>4</sup>

Sin embargo, no resulta ingenuo observar cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos en particular y los derechos humanos en general, han tenido un desarrollo muy importante más allá de la “letra chica”

---

<sup>4</sup> Con los años, la fuerza de la Declaración Universal ha sido tal que los tribunales de todo el mundo la citan como si fuera un tratado internacional. Luego de 1966, con mayor razón, dado que los dos pactos ONU (de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales) concretizan su contenido en tratados propiamente tales. Además, la doctrina ha buscado fundamentar la obligatoriedad de la declaración, sosteniendo que es costumbre internacional, o argumentando que se trata de una interpretación de la Carta de la ONU, y que, por ende, debe entenderse incorporada a la misma. Respecto de la primera tesis, véase Keller (2003), p. 562; y sobre la segunda, véase Medina (1996), p. 81, nota 128.



en sus orígenes. El balance durante el siglo XX es positivo, no obstante los numerosos obstáculos (Sikkink, 2017: 141 y ss.).

Por otra parte, Waldron es consciente de que aún falta mucho para que en la práctica todos los seres humanos gocen de un rango análogo. Pero por lo mismo hace presente la importancia de recordar los alcances de la noción de dignidad en la modernidad (Waldron, 2012: 35).

Otra crítica a la noción de Waldron es que, aceptando la noción de dignidad como estatus, no se suprime la ambigüedad del término dignidad. Es decir, vincular la dignidad a un estatus o rango igualitario no elude los problemas de determinar los alcances del mismo. Por ejemplo, equiparar a los seres humanos con el alto rango de la nobleza puede llevar a conclusiones inapropiadas, como la irresponsabilidad que caracterizaba a la aristocracia premoderna (Herzog, 2012: 99 y ss.).

En su defensa, Waldron precisa que el elemento noble es importante por la forma en que uno debe ser tratado por los demás, es decir, uno debe ser tratado por otros evitando cualquier tipo de degradación (Waldron, 2012: 142). Es así como esta elevación de estatus se hace visible en el artículo 3o., letra c, del III Convenio de Ginebra, que prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”. Antes de esta norma, sólo aquellos prisioneros de un cierto estatus o rango elevado tenían derecho a recibir un trato privilegiado al ser hechos prisioneros por sus enemigos. En idéntico sentido opera el artículo 16 del mismo Convenio: “todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora”. De esta forma, la dignidad como estatus se conecta con la prohibición de tratos crueles, humillantes, vejatorios o degradantes, en cualquier situación (Waldron, 2019: 11).

Waldron agrega que muchos términos valóricos cumplen su función en el derecho constitucional sin contar con una definición simplista. Es decir, no todas las definiciones legales están definidas con exhaustividad y el hecho de que una noción tenga distintos usos o diferentes sentidos, no es lo mismo que tener un sentido equívoco (Waldron, 2019: 16 y 17).

En una línea similar, Andorno sugiere abandonar la idea de contar con una definición abstracta y general de dignidad, centrándose en los casos concretos en que los individuos ven afectada su dignidad, especialmente los más vulnerables (Andorno, 2011: 138).

#### IV. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS EN LA CONSTITUCIÓN: LECCIONES PARA EL ACTUAL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

La noción de dignidad como estatus puede operar en la conformación de derechos específicos en la Constitución, por ejemplo, el gobierno debe tratar con dignidad a todas las personas (Waldron, 2019: 18).

La dignidad como estatus, siguiendo el planteamiento de Waldron, debiera tener importantes proyecciones en el nuevo articulado de la Constitución chilena, sin perjuicio de consagrar también a la dignidad como un valor esencial de Chile, ya sea en el preámbulo o en los primeros artículos del nuevo texto constitucional.

El movimiento popular chileno de octubre de 2019, dado el gran malestar de la sociedad chilena por la enorme desigualdad (PNUD, 2017),<sup>5</sup> los abusos y la corrupción (Romero, 2015), ha generado un itinerario constituyente inédito en su historia. Excede a los propósitos de este artículo analizar sus orígenes, alcances y consecuencias.<sup>6</sup> No obstante, resulta interesante ver los reclamos expresados en los grafitis y las pancartas mostradas en las manifestaciones.

Las protestas se han focalizado en uno de los puntos neurálgicos de la capital Santiago, en la Plaza Baquedano, llamada popularmente Plaza Italia, pero rebautizada por los ciudadanos como Plaza de la Dignidad (Márquez, 2020: 3). Algunos de los grafitis y pancartas más populares manifiestan lo siguiente (Molina, 2020: 23-92):

- “Hasta que la dignidad se haga costumbre”.
- “¡Chile Despertó!”.
- “Me sobra mucho mes al final del sueldo”.
- “Si no hay pan para el pobre, No habrá paz para el rico”.

---

<sup>5</sup> Según la OCDE, Chile es uno de los tres países latinoamericanos con más desigualdad de ingreso, disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/2020/03/09/segun-informe-de-la-ocde-chile-es-uno-de-los-tres-paises-latinoamericanos-mas-desiguales-en-cuanto-a-ingresos/>.

<sup>6</sup> En las protestas populares, iniciadas desde octubre de 2019, se han cometido numerosas violaciones a los derechos humanos, constatadas por diversos organismos internacionales. Entre otros, véase Human Rights Watch en <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336397> y Amnistía Internacional en <https://amnistia.cl/informe/capitulo-de-chile-informe-anual-2020-21/>.

- “Lamento que mi protesta colapse tu tránsito, pero tu INDIFERENCIA colapsa mi país”.
- “No es necesario ser comunista para querer un mundo mejor”.
- “No tengo miedo a la muerte. Tengo miedo a jubilar”.
- “Al Congreso: Si no suben las jubilaciones al menos aprueben ley de eutanasia”.
- “No + rifas y bingos. X una salud digna”.
- “SAQUEO es que un universitario tenga que pagar por 20 años lo que un diputado gana en 2 meses”.
- “Nos quieren sacar los ojos porque saben que ya los abrimos”.
- “Lucha hasta que valga la pena vivir”.
- “Soy Nutricionista, y violento es que el 50% de los adultos mayores que ingresan a los hospitales padezcan DESNUTRICIÓN”.
- “Violencia es llamar a los años de abusos «NORMALIDAD»”.

Este es el clamor de los chilenos en las manifestaciones. La noción de dignidad como estatus —que hemos expuesto en este trabajo— se relaciona con muchas de las falencias denunciadas en este movimiento popular, aunque resulta obvio que la exigencia de “dignidad” del movimiento popular chileno no se basa en la noción de Waldron sino en una perspectiva intuitiva y popular, que en todo caso alude a lo mismo que sugiere Waldron, el pueblo chileno se siente con un estatus disminuido en relación a la élite gobernante. Y por ello la perspectiva de Waldron es útil en este análisis.

En esta parte revisaremos cómo puede consagrarse la dignidad como estatus en el nuevo articulado constitucional chileno, específicamente en la parte dogmática de la Constitución, respecto de los derechos laborales.

Lo anterior no impide que la noción de dignidad pueda tener un rol protagónico en otros artículos de la Constitución, como por ejemplo, en la no discriminación, en la prohibición de tratos crueles y degradantes (Waldron, 2010b: 281-283), y en la libertad de expresión (Carmi, 2008: 277-374 y Waldron, 2010a: 1596-1657). Pero nos hemos focalizado en los derechos laborales por varias razones. Primero, por su efecto redistributivo (Davidov, 2016: 57-59), clave para superar las desigualdades en Chile, segundo, porque la dignidad como estatus puede sustentar el establecimiento de reglas que *prima facie* debieran ser competencia de ley, y tercero, porque una consagración en términos absolutos de la dignidad como

estatus podría llevarnos a un cambio de paradigma en materia laboral y a un cambio del sistema capitalista.

El derecho laboral resulta clave en la protección de los ciudadanos (en su gran mayoría, trabajadores subordinados), tanto por el derecho individual del trabajo como por el colectivo o sindical.

Si numerosos chilenos exigen que “la dignidad se haga costumbre”, será necesario establecer en la nueva Constitución derechos laborales vinculados al respeto de la dignidad del trabajador, y la noción de Waldron constituye un aporte en este sentido.

Waldron ha enfatizado que, en el caso de las personas en situación de calle (*homeless*), la posibilidad de satisfacer sus necesidades más básicas como orinar, cocinar o dormir, son indispensables para el eventual goce de todos sus demás derechos y libertades. En sus palabras:

Podemos decir que si valoramos la autonomía deberíamos considerar la satisfacción de sus condiciones previas como una cuestión de importancia ya que, de lo contrario, nuestros valores simplemente suenan vacíos en lo que respecta a las personas reales. Además, aunque no hay nada particularmente digno en dormir u orinar, hay algo profundamente indigno en que un ser humano se vea impedido de hacerlo (Waldron, 1991: 320).

Y en cierta forma los derechos laborales constituyen también una condición previa para el goce de otros derechos fundamentales.

Desarrollaremos la perspectiva de Waldron en cuatro estadios en materia laboral, de menor a mayor intensidad, a saber, la perspectiva redistributiva en derecho laboral, el derecho laboral como límite a las potestades del empleador, la renta básica universal, y la superación del trabajo subordinado.

### *1. La perspectiva redistributiva de derecho laboral*

El derecho laboral ha sido muy relevante para la redistribución del ingreso en el sistema capitalista (Davidov, 2016: 57-59).

La tradición de derechos laborales en las constituciones es centenaria, desde el artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917 (De la Cueva, 1994: 399). Luego se aprobaría la Constitución de Weimar y se crearía en el mismo año, 1919, la Organización Internacional del Trabajo, cuya

Constitución fue influenciada por el texto mexicano de 1917 (Palacio, 2018: 23 y 24).

En 1944, la OIT aprobará la Declaración de Filadelfia, que será agregada como anexo a la Constitución de este organismo, reconociendo que el trabajo no es una mercancía (apartado I), y afirmando luego que la paz sólo puede basarse en la justicia social, reconociendo en su apartado II, letra a, que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Este principio de dignidad consagrado en la Declaración de Filadelfia obliga a otorgar seguridad física y económica a los seres humanos para que puedan ejercer sus libertades (Supiot, 2011: 24 y 25).

Otras declaraciones y tratados contemplan ampliamente derechos laborales, siendo el más importante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos artículos 6o. y 7o. establecen el derecho al trabajo, a una remuneración equitativa, a condiciones de existencia dignas para los trabajadores y para sus familias, a la seguridad, a la higiene, a la igual oportunidad para todos de ser promovidos, al derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de las horas de trabajo y el derecho de vacaciones o feriado. Además, su artículo 8o. establece los derechos sindicales que no sólo sirven para redistribuir sino también para limitar el poder del empleador (ver párrafo 2 siguiente).

La actual Constitución chilena de 1980 establece los derechos laborales en su artículo 19, núms. 16 y 19, con una redacción insuficiente. En efecto, el artículo 19, núm. 16, párrafos primero y segundo, dispone:

La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con derecho a una justa retribución.

La Constitución actual no consagra el derecho al trabajo, y, aunque la doctrina ha interpretado que el derecho laboral tiene rango constitucional por las frases “y su protección” y “justa retribución” (Bulnes, 1980: 210-214 y Gamonal, 2013a: 425-458), sería mejor que fuera expresamente establecido, sobre todo si estimamos que los trabajadores deben “subir de estatus” en la perspectiva de Waldron.

Por tanto, la nueva Constitución chilena debiera contemplar, expresamente, la fórmula de la Declaración de Filadelfia: “el trabajo no es una

mercancía”, así como la idea de que el derecho del trabajo debe guiarse por la idea protectora del débil y asegurar la dignidad de los trabajadores en este globalizado siglo XX (Fudge, 2011: 120-136 y Blackett, 2011: 420-436).

## 2. *El derecho laboral como límite a las potestades del empleador*

El contrato de trabajo no es un simple contrato desnivelado, en que la parte fuerte impone condiciones leoninas al débil y, por ello, deben establecerse derechos mínimos en favor de este último. En el contrato de trabajo una parte queda bajo el poder de la otra, de forma que debe ejecutar las faenas bajo subordinación del contratante fuerte.

Es decir, la estructura del lugar de trabajo conlleva relaciones que dominan una parte importante de la vida del trabajador (Sunstein, 1984: 1049). Esta dominación se contextualiza por la jerarquía impuesta al trabajador y por su falta de *agencia*. Al respecto, Anderson, como muchos otros antes, ha denunciado el ámbito de autoritarismo que reina al interior de las empresas (Anderson, 2017: 37 y ss.) y es por ello que suele hablarse de relaciones de dominación al interior de las mismas (Wright, 2015: 66). Esta visión no es nueva, Menger hace 130 años denunciaba la relación de dominación que subyacía en la relación obrero-patronal (Menger, 1998: 279).

¿Cuál ha sido el remedio del derecho del trabajo a esta vulnerabilidad de los trabajadores? La protección contra el despido, el derecho de huelga y la democracia industrial.

Que el despido deba ser por justa causa permite que el trabajador tenga ciertas seguridades, y que no esté bajo la coacción permanente de ser despedido por una decisión arbitraria (Gamonal, 2017: 53-89). En palabras de Baylos y Pérez, con las causales de término, la violencia del despido es sometida a la civilización democrática (Baylos y Pérez, 2009: 47).

El derecho de huelga concede a la libertad de asociación, en materia laboral, la necesaria efectividad para que los trabajadores puedan negociar de igual a igual con sus empleadores, y de esta forma, tutelar diversos aspectos de su personalidad (Gamonal, 2020: 405). Aunque la libertad sindical ha sido reconocida desde los inicios de la OIT en 1919 y desde la Constitución mexicana, sólo luego de la Segunda Guerra Mundial se ha interpretado que la huelga es un derecho fundamental que forma parte esencial de la libertad sindical (Gamonal, 2020: 85-87).

La democracia industrial alude a la participación de los trabajadores en la toma de decisiones dentro de la empresa, es decir, que puedan participar en la fijación de las condiciones laborales que los regirán (Windmuller, 1987: 23 y 24). La democracia industrial puede desarrollarse a través de la negociación colectiva (Clegg, 1985: 107), así como por medio de otras opciones institucionales al interior de la empresa, por ejemplo, los consejos de trabajo y la codeterminación (Poole, 1993: 200).

Estos tres remedios a la dominación fueron desarrollándose desde los orígenes del derecho laboral, aunque su reconocimiento constitucional no es generalizado sino más bien de rango legal, con excepción del derecho de huelga.

En la Constitución actual de Chile, de 1980, la libertad sindical se establece en forma bastante restrictiva, contemplando la negociación colectiva a nivel de empresa y prohibiendo la huelga en el sector público, sin consagrarla expresamente en el sector privado, lo cual ha operado en concordancia con las normas limitativas de la libertad sindical del Código del Trabajo (Irueta, 2006 y Gamonal, 2013b: 105-127). Además, no hay normas constitucionales que se refieran al término de contrato o a la democracia industrial.

Por tanto, si tomamos en serio a la dignidad como estatus, deberíamos limitar las potestades del empleador al consagrar que el despido deba ser por justa causa. En otras palabras, un trabajo digno implica que el despido sólo puede operar ante justa causa (Barak, 2015: 299 y 300).

Asimismo, debiera consagrarse el derecho de huelga, como en numerosas constitucionales de América Latina y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8o., letra d).

Por último, la dignidad como estatus exige la participación de los trabajadores dentro de la empresa, es decir, la democracia industrial en varios niveles, desde la información y la consulta, hasta la codeterminación. La cogestión, tan característica del derecho alemán del trabajo, es también una característica europea, de hecho, desde 2001 la regulación de la sociedad anónima europea exige la implicación de sus trabajadores en la gestión de la misma.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Directiva/2001/86/CE: “Artículo 2.h: información, consulta y participación o cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adoptan en la empresa”.

### 3. *La renta básica universal*

Si la perspectiva de Waldron es cierta, en el sentido de que la dignidad expresa la idea de un rango alto e igualitario para todos los seres humanos, sin excepción (Waldron, 2012: 14), los dos enfoques anteriores podrían ser insuficientes y quizás el debate que asumiera en serio la dignidad como estatus debiera consagrar, en el nuevo texto constitucional, una renta básica universal para todos los ciudadanos.

Hemos dicho que Anderson ha denunciado el ámbito de autoritarismo que reina al interior de las empresas (Anderson, 2017: 37 y ss.), y este autoritarismo se presenta contradictorio con la noción republicana de libertad como no dominación, es decir, no estar sometido a la voluntad arbitraria de otro (Anderson, 2017: 45 y 46). Pettit ejemplariza la dominación como la relación entre el amo y el esclavo o el amo y el siervo, donde la parte dominante puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada, puede interferir a su arbitrio, no tiene que buscar la venia de nadie, y nadie lo castigará o controlará por sus decisiones (Pettit, 2020: 41).

Aunque existan condiciones mínimas en favor de los trabajadores, reglas para terminar el contrato por justa causa, derecho a huelga y democracia industrial, los trabajadores siguen ocupando una situación de subordinación.

Si las condiciones laborales son deplorables, los afectados deberán demandar tutela administrativa (inspección del trabajo) o judicial, ambas costosas y muchas veces demorosas; en otras palabras, aunque tenga éxito el reclamo administrativo, el denunciante queda sujeto a represalias, y no es un misterio que los juicios laborales suelen ser demorosos en todo el mundo, incluso a veces pueden pasar años antes de una sentencia. La huelga implica la pérdida de los salarios y no puede resolver cada conflicto en la empresa, no puede haber huelgas permanentes sin que el sistema se desmorone. Asimismo, la democracia industrial es un gran paso pero no ha impedido que, por ejemplo, en los países de capitalismo avanzado las empresas se hayan deslocalizado a otros países con menores costos laborales, y tampoco ha suprimido la potestad de mando del empleador.

Por lo anterior, consagrar una renta básica universal puede implicar un paso más en favor de la igualdad de estatus de todos los ciudadanos y, por cierto, de los trabajadores.



La renta básica alude a “un ingreso conferido por una comunidad política a todos sus miembros, sobre una base individual, sin control de recursos ni exigencia de contrapartida” (Parijs y Vanderborght, 2015: 41), es decir, todo residente de un país recibe un estipendio mensual suficiente para vivir con un nivel de vida respetable culturalmente definido, por encima del límite de la pobreza (Wright, 2015: 226). Esta propuesta, entre otras virtudes, puede generar mayor igualdad en los mercados laborales, elimina la pobreza y reconoce la importancia del trabajo de reproducción (Wright, 2015: 227 y 228). Con una renta básica, el temor al despido, al acoso sexual y laboral, o al uso abusivo de los poderes de mando disminuye, otorgando *agencia* al trabajador dentro y fuera de la empresa.

Si se desea avanzar en la consagración de la dignidad como estatus, la renta básica universal puede ser una alternativa atractiva (Parijs y Vanderborght, 2015: 91-124 y Standing, 2014: 310-326). Obviamente, la nueva Constitución debiera consagrarla como un derecho fundamental que luego deberá ser regulado por ley en todos sus detalles.

#### 4. *La superación del trabajo subordinado*

No obstante todo lo dicho, puede ser que el trabajo subordinado tenga un pecado original de tal magnitud que ni siquiera una renta básica universal pueda salvarlo, si tomamos en serio el planteamiento de Waldron. Es decir, ¿puede haber una relación de subordinación entre dos personas del mismo estatus?

En la primera mitad del siglo XIX, Tocqueville se escandalizaba con el trabajo subordinado que observaba en Estados Unidos de América:

El amo y el obrero no tienen nada de semejante y cada día difieren más: son como los dos anillos finales de una cadena. Cada uno ocupa el puesto que le está destinado, del cual no sale jamás. El uno se halla en relación de dependencia continua, estrecha y necesaria con el otro, y parece nacido para obedecer, como éste para mandar. ¿Y qué es esto sino aristocracia? (Tocqueville, 2009: 515).

Quizás Kant es el más categórico en este punto:

El muchacho empleado en casa de un comerciante o fabricante, el sirviente que no está al servicio del Estado, el *pupilo* (*naturaliter*, *vel civiliter*); todas

las mujeres, y en general cualquiera que se encuentra compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro (Kant, 2004: 149, destacado en el original).

Para el derecho laboral, el poder privado del empleador es de tal magnitud que la doctrina suele compararlo con el del Estado (Gamonal, 2004: 75; Oliver, 2011: 344, y Alon-Shenker y Davidov, 2013: 379), es decir, el empleador dentro de su empresa sería una suerte de mini “Estado” de tipo monárquico o dictatorial (Palma, 2000: 247).

Para David Ellerman, la idea de la existencia del contrato de trabajo subordinado constituye un imposible, dado que conlleva una suerte de enajenación de la personalidad que debe conducir a la nulidad radical de cualquier tipo de contrato de trabajo (Ellerman, 2015: 3-18).

Ellerman denuncia que, si fuéramos consecuentes, deberíamos aplicar al contrato de trabajo las mismas críticas a los argumentos contractualistas a favor de la esclavitud. Estos argumentos contractualistas postulaban, por ejemplo, que el hombre libre, apresado en combate, y que devenía en estado de esclavitud, había dado su consentimiento, ya que, en dicha situación, subyacía un contrato tácito entre el captor y el capturado, con base en el cual el precio de perdonarle la vida era la esclavitud (Ellerman, 2015: 18). Este consentimiento tácito es una falacia, dado que los derechos fundamentales son inalienables (Ellerman, 2015: 7), y no puede haber algo así como una alquiler voluntario de personas (Ellerman, 2015: 14).

Ellerman describe el contrato de trabajo como un contrato de enajenación donde una persona adulta con plena capacidad acepta voluntariamente, por cualquier motivo y a cambio de cualquier consideración, un papel legal menor. Sin embargo, lo anterior no aliena su capacidad como persona para cumplir ese papel legal disminuido. En cambio, se acepta legalmente su obediencia al amo como “cumplimiento” del contrato. Por tanto, los derechos y obligaciones siguen su curso legal, como si la persona no fuera de hecho una persona de plena capacidad. Todo el esquema equivale a una ficción y a un fraude a escala institucional que, sin embargo, desfila en el escenario histórico como una institución contractual válida (Ellerman, 2015: 17).

Si esta perspectiva es acertada y la nueva Constitución desea consagrar hasta sus últimas consecuencias la dignidad como estatus, quizás debiera

alterarse el sistema económico capitalista y superarse el trabajo subordinado. Sin embargo, es probable que hayamos llegado demasiado lejos en estas reflexiones, y que desde el ámbito de lo posible estemos arribando a la frontera de la utopía.

## V. CONCLUSIONES

Como mencionábamos en la introducción, la dignidad es un concepto complejo y de difícil definición (Andorno, 2011: 138), y por ello es seductora la noción de dignidad como estatus de Waldron, dado que posibilita un acercamiento concreto para el derecho constitucional.

En este artículo hemos explorado la noción de dignidad como estatus y su aporte eventual a la que será la nueva Constitución chilena, centrándonos en el caso del derecho laboral.

Hemos caminado con esta noción de menor a mayor intensidad, primero desde la perspectiva redistributiva en derecho laboral, luego considerando al derecho laboral como límite a las potestades del empleador, explorando a continuación la renta básica universal, y finalizando con una propuesta de momento utópica: la superación del trabajo subordinado.

La noción de Waldron sustenta los dos primeros enfoques, redistributivo y de limitación de las potestades del empleador. Este aporte puede considerarse trivial, es decir, no necesitamos la noción de Waldron para justificar su inclusión en la Constitución chilena. Pero las normas laborales en las constituciones chilenas han sido más bien modestas, y en este sentido la dignidad como estatus puede ayudar a su actual inclusión y a fundar su rango constitucional y no sólo legal. En la tercera perspectiva, de renta básica universal, la noción de Waldron puede ser un soporte importante, dado que más allá de casos puntuales de implementación (Bregman, 2017: 33-51 y 77-94), aún no es una realidad en el mundo. Por último, la propuesta de Waldron puede también sustentar cambios radicales en el sistema capitalista, lo cual escapa a los objetivos de este artículo.

No cabe duda de que la noción de dignidad como estatus deberá jugar un rol relevante en la consagración de ciertos derechos constitucionales en Chile, si desea alcanzarse la anhelada paz social que todo proceso constituyente persigue.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALON-SHENKER, P. y DAVIDOV, G. (2013). “Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts”. *McGill Law Journal*. Vol. 59. Núm. 2.
- ANDERSON, E. (2017). *Private Government*. Princeton: Princeton University Press.
- ANDORNO, R. (2011). “Four Paradoxes of Human Dignity”. En JOERDEN, J. *et al.* (eds.), *Menschenwürde unde moderne Medizintechnik*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- BARAK, A. (2015). *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BAYLOS, A. y PÉREZ, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.
- BELOFF, M. y CLÉRICO, L. (2016). “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*. Año 14. Núm. 1.
- BLACKETT, A. (2011). “Emancipation in the Idea of Labour Law”. En DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (eds.). *The Idea of Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- BREGMAN, R. (2017). *Utopía para realistas*. Barcelona: Salamandra.
- BULNES, L. (1980). “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*. Núm. 28.
- BURKE, E. (1993). *Reflections on the Revolution in France*. Oxford: Oxford University Press.
- CARMI, G. (2008). “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”. *Boston University International Law Journal*. Vol. 26.
- CLAVERO, B. (2014). *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- CLEGG, H. (1985). *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva. Una teoría basada en la comparación de seis países*. Madrid. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- DALY, E. (2021). *Dignity Rights. Courts Constitutions, and the Worth of the Human Person*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

- DAVIDOV, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- DE LA CUEVA, M. (1994). *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva*. Recopilación de escritos realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica.
- DONNELLY, J. (1982). "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights". *The American Political Science Review*. Vol. 76.
- ELLERMAN, D. (2015). "On the Renting of Persons: The Neo-Abolitionist Case Against Today's Peculiar Institution". *Economic Thought*. Vol. 4. 1.
- FUDGE, J. (2011). "Labour as a «Fictive Commodity»: Radically Reconceptualizing Labour Law". En DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (eds.). *The Idea of Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- GAMONAL, S. (2020). *Derecho colectivo del trabajo*. 3a. ed. Santiago: DER.
- GAMONAL, S. (2017). "El despido libre en el contrato de trabajo estadounidense". *Revista Chilena de Derecho Privado*. Núm. 28.
- GAMONAL, S. (2013a). "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena". *Estudios Constitucionales*. Año 11. Núm. 1.
- GAMONAL, S. (2013b). "El derecho de huelga en la Constitución chilena". *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Año 20. Núm. 1.
- GAMONAL, S. (2004). *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- HERZOG, D. (2012). "Aristocracy Dignity?". En *Dignity, Rank, & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- IRURETA, P. (2006). "Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 núm. 16 de la Constitución chilena". *Colección de Investigaciones Jurídicas*. Núm. 9, Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- IZQUIERDO, Ana Luisa (1994). *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica.
- KANT, I. (2004). *Principios metafísicos del derecho*. Sevilla: Ediciones Espuela de Plata.
- KELLER, L. (2003). "The American Rejection of Economics Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of

- Happiness Require Basic Economic Rights?”. *New York Law School Journal of Human Rights*. Vol. 19. Núm. 2.
- MÁRQUEZ, F. (2020). “Por una antropología de los escombros. El estallido social en Plaza Dignidad”. *Revista 180*. Santiago de Chile. 45.
- MEDINA, C. (1996). “El derecho internacional de los derechos humanos”. En MEDINA, C. y MERA, Jorge (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- MELTZER, L. (2011). “The Jurisprudence of Dignity”. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 160.
- MENGER, A. (1998). *El derecho civil y los pobres*. Granada: Comares.
- MOLINA, R. (2020). *Hablan los muros. Grafitis de la rebelión social de octubre de 2019*. Santiago: Lom.
- OLIVER, H. (2011). “Employment Law”. En HOFFMAN, David (ed.). *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- PALACIO, J. (2018). “Introduction. Labor Justice across the Americas”. En FINK, Leon y PALACIO, Juan Manuel (eds.). *Labor Justice across the Americas*. Urbana: University of Illinois Press.
- PALMA, M. (2000). *Da Autonomia Dogmática do Directo do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- PARIJS, P. van y VANDERBORGHT, Y. (2015). *La renta básica*. Barcelona: Ariel.
- PETTIT, P. (2020). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- PNUD (2017). *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago: Uqbar Editores.
- POOLE, M. (1993). *Relaciones Industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- ROMERO, S. (2015). “Chile Joins other Latin American Nations Shaken by Scandal”. *New York Times*. 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/04/10/world/americas/chile-joins-other-latin-american-nations-shaken-by-scandal.html>.
- ROSEN, M. (2012). “Dignity Past and Present”. En *Dignity, Rank, & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.

- SHULZTINER, D. y CARMÍ, G. (2014). "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Danger". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 62.
- SIKKINK, K. (2017). *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press.
- STANDING, G. (2014). *Precariado. Una carta de derechos*. Madrid: Capitán Swing.
- SUNSTEIN, C. (1984). "Rights, Minimal Terms, and Solidarity: A Comment". *University of Chicago Law Review*. Vol. 51.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado*. Barcelona: Ediciones Península.
- TOCQUEVILLE, A. (2009). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VAN PARIJS, P. y VANDERBORGHT, Y. (2015). *La renta básica*. Barcelona: Ariel.
- WALDRON, J. (2019). "Human Dignity-A Pervasive Value". *Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Working Paper núm. 19-51. New York University School of Law.
- WALDRON, J. (2013). "Citizenship and Dignity". En MCCRUDDEN, Christopher (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2012). *Dignity, Rank & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2010a). "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate". *Harvard Law Review*. Vol. 123.
- WALDRON, J. (2010b). "Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXIII. Núm. 2.
- WALDRON, J. (1991). "Homelessness and the Issue of Freedom". *UCLA Law Review*. Vol. 39.
- WINDMULLER, J. (1987). *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*. Madrid: Informes OIT y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- WRIGHT, E. (2015). *Construyendo utopías reales*. Madrid: Akal.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El control de la constitucionalidad de la ley en México\*

### *Constitutionality control of the Law in Mexico*

*Recepción:* 30 de septiembre de 2020

*Aceptación:* 4 de septiembre de 2021

Carla HUERTA OCHOA \*\*

**RESUMEN:** El control de constitucionalidad, reconocido en general como el medio jurídico más importante de salvaguarda del Estado de derecho, tiene como finalidad evaluar la conformidad de los actos de autoridad y de las normas inferiores con la Constitución. En este artículo, se aborda solamente en relación con lo previsto en el sistema jurídico mexicano sobre el control judicial de la constitucionalidad de la ley. Para lograr dicho objetivo, se ofrece una explicación del sistema de control de la constitucionalidad, actualmente operante en México, para reflexionar, desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucio-

**ABSTRACT:** *The purpose of the control of constitutionality, by and large recognized as the most important legal instrument to safeguard the rule of law, is to evaluate the conformity of acts of authority and inferior norms with the Constitution. This article only addresses the provisions of the Mexican legal system on the judicial control of the constitutionality of the law. To achieve this objective, an explanation of the control system of constitutionality currently in operation in Mexico is offered to reflect, from the perspective of the theory of constitutional law and the law in force, on the means and the parameter of control of*

---

\* Este trabajo se ha efectuado en mi condición de integrante del proyecto I+D DER 2016-78391-P, “El control de la ley: constitucional, comunitario y convencional”, de la Agencia Estatal de Investigación Española (Ministerio de Ciencia, Investigación y Universidades. No solamente por haber sido diseñado, siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América, sino también por haber previsto un modelo de control difuso junto con un control concreto.

\*\* Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. ORCID: 0000-0002-7457-5822; [chuerta@unam.mx](mailto:chuerta@unam.mx).



nal y el derecho vigente, sobre los medios y el parámetro de control de la constitucionalidad de la ley, así como los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad.

*the constitutionality of the law, as well as the legal effects of the declaration of unconstitutionality.*

**Palabras clave:** Constitución, sistema de control, revisión de constitucionalidad de la ley, declaración de invalidez.

**Keywords:** *Constitution, control system, constitutional review of the Law, declaration of invalidity.*

SUMARIO: I. *El modelo de control de constitucionalidad en México.* II. *Presupuestos del control de la constitucionalidad.* III. *La Constitución como criterio de validez.* IV. *El parámetro de control de la constitucionalidad de la ley.* V. *La ley como objeto del control.* VI. *Los órganos de control jurisdiccional.* VII. *La declaración de inconstitucionalidad.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

## I. EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

Conforme a la clasificación elaborada por la doctrina, el modelo de control de la constitucionalidad de la ley previsto en la Constitución mexicana se asemeja más al sistema americano que al europeo. Esto se debe en parte, al control previsto en el artículo 133 que se caracteriza por la facultad atribuida a los jueces para inaplicar en un proceso concreto las disposiciones normativas secundarias que contravengan la Constitución para resolverlo. Es un control de tipo difuso de la constitucionalidad, dado que cualquier órgano judicial puede realizarlo.

La Constitución mexicana prevé además otros medios de control de la constitucionalidad, como es el respeto que deben a la Constitución los funcionarios públicos, previsto en su artículo 128, y formas más elaboradas de control jurisdiccional como son: el amparo,<sup>1</sup> las controversias constitu-

---

<sup>1</sup> El amparo, regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales, se configura como un juicio que se sigue siempre a instancia de parte agraviada, su objeto es proteger a una persona en el caso específico, y las sentencias solamente tienen efectos *inter partes*. Cabe mencionar que actualmente el control de convencionalidad (o control *ex officio* de constitucionalidad) es posible respecto de todas las normas sujetas a conocimiento de los

cionales y la acción de inconstitucionalidad.<sup>2</sup> Estas formas de control concentrado son complementarias de lo previsto en el artículo 133, lo que da lugar a un sistema mixto. El amparo no será analizado en este ensayo, ya que los jueces competentes no están facultados para emitir una declaración general de inconstitucionalidad de la ley.<sup>3</sup>

La función de control de la constitucionalidad de los actos de la autoridad (incluidos, por supuesto, los actos normativos creadores de normas generales), es la principal garantía del Estado de derecho, pues hace efectivos los límites al ejercicio del poder público, y tiene como finalidad evaluar la conformidad de los actos y normas inferiores con la Constitución.

Los orígenes del control de constitucionalidad en México se encuentran en el siglo XIX, con la creación del amparo que se atribuye a Manuel Crescencio Rejón, en la Constitución yucateca de 1841. A partir de entonces, se produce una conciencia de la necesidad de realizar un control jurídico del ejercicio del poder y de la constitucionalidad a través del amparo, institución que queda consolidada en la Constitución mexicana de 1857.<sup>4</sup> En el artículo 98 de dicha Constitución se encuentra además una forma de control general de la constitucionalidad de la ley, disposición que después de las reformas de 1917 pasa al artículo 105 constitucional que regula el control de constitucionalidad de las leyes por invasión de esferas competenciales.<sup>5</sup>

En la evolución del sistema de control, cabe destacar las reformas de 1994 que adicionan la acción de inconstitucionalidad, con lo cual se am-

---

órganos jurisdiccionales del Poder Judicial federal, tanto en amparo directo como indirecto. Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 351/2014. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre de 2021.

<sup>2</sup> En materia de control de la constitucionalidad de la ley, el artículo 104 constitucional prevé que es competencia exclusiva de la Suprema Corte conocer estas formas de control de constitucionalidad de la ley que regula el artículo 105 constitucional.

<sup>3</sup> La jurisprudencia señala que el objeto del amparo, como juicio protector de los derechos fundamentales, es el control de los actos de la autoridad responsable (independientemente de su naturaleza formal). Juicio de amparo. Es un medio para el control de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los actos de autoridad. Tesis I.5o.C. J/1 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1305.

<sup>4</sup> En la Constitución mexicana de 1857 se regula el amparo en los artículos 101 y 102.

<sup>5</sup> En realidad, antes de la reforma de 1994, se interpusieron pocas controversias constitucionales, en parte por la forma errónea en que se comprendía la operatividad de la Constitución.

plían y consolidan las formas de depuración del sistema normativo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) actúa, a partir de dicha reforma, más bien como un tribunal constitucional, ya que sus funciones se enfocan a la protección de la Constitución.<sup>6</sup>

Los medios de control de la constitucionalidad previstos en el artículo 105 de la Constitución son, como el amparo, formas de control concentrado. Se puede decir que la intención del Constituyente originario fue la de prever dos sistemas de control con objeto y fines distintos, y cuyos efectos fueran diferentes. La controversia constitucional es una forma de control concreto que se sigue a instancia de parte agraviada, y tiene por objeto conocer de los asuntos de carácter controversial entre los miembros de la Federación y sus órganos de gobierno, excepto en materia electoral. Su finalidad es preservar la vigencia del principio de división de poderes y de distribución competencial entre los distintos ámbitos de gobierno de la Federación mexicana. Las acciones de inconstitucionalidad, en cambio, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. Es un medio de control *a posteriori*, cuya finalidad es preservar la supremacía de la Constitución, que se puede considerar como de tipo abstracto ya que no requiere de un agravio. En ambos casos es posible la declaración de invalidez general de una norma, a diferencia de las resoluciones de amparo, cuyos efectos solamente pueden ser relativos por ser un control concreto de los derechos fundamentales.<sup>7</sup>

En el sistema jurídico mexicano, el control de la constitucionalidad, a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, es llevado a cabo por el Poder Judicial federal. La regla general es que el control de constitucionalidad lo lleva a cabo un órgano distinto al que realiza el acto que se considera incompatible con la Constitución. El objetivo es proteger la esfera de acción de los individuos, las esferas competenciales de las entidades federativas y la Federación para preservar su autonomía, así como la coherencia del sistema jurídico al hacer posible depurarlo de las normas inconstitucionales cuando son privadas de su validez.

<sup>6</sup> Publicada en *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 31 de diciembre de 1994.

<sup>7</sup> Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional. Tesis P./J. 71/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 965; esta tesis sintetiza las principales diferencias entre los medios de control previstos en las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

La Suprema Corte ha señalado que el control de la constitucionalidad de las normas inferiores es una función del “orden total” o “constitucional”,<sup>8</sup> por lo que en el ejercicio de esas atribuciones, el órgano competente para controlar la constitucionalidad no actúa simplemente como un órgano federal, sino que en virtud de la competencia constitucional que ejerce, se coloca por encima de los órganos en conflicto como un órgano neutral. Esto le permite vigilar, desde una posición jerárquicamente superior, que los actos y disposiciones normativas de la Federación, las entidades federativas y los municipios sean conformes a la Constitución.

En consecuencia, al aplicar normas constitucionales directamente, los órganos federales no estarían subordinados a las normas del orden federal, ya que ejercen una función del orden constitucional. En el caso del control de la constitucionalidad, aunque las normas secundarias regulan el procedimiento, la función de control es propia de ese “orden total”, ya que los tribunales competentes pueden aplicar directamente la Constitución.<sup>9</sup> Asimismo, las resoluciones que interpretan la Constitución de manera vinculante, si producen una modificación de la norma constitucional se consideran como resultado de un acto del orden constitucional.

Este orden constitucional es, según la Suprema Corte, el que establece en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deben sujetarse la Federación, las entidades federativas y los municipios. De modo que la distinción hecha respecto de los mencionados órdenes, o niveles, solamente es aplicable a la cuestión competencial, pues por lo que a los derechos fundamentales se refiere, la Constitución establece obligaciones que deben ser respetadas sin distinción por las autoridades de todos los órdenes.

---

<sup>8</sup> La Suprema Corte adoptó en sus resoluciones la tesis de Schmill, según la cual en el sistema jurídico mexicano existen tres órdenes normativos distintos que se pueden jerarquizar: el orden total (o constitucional) que es supremo y los órdenes federal y local que se encuentran subordinados al total. Schmill (1977: 140). Actualmente reconoce también el orden municipal como distinto. Controversia Constitucional 14/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1887.

<sup>9</sup> La jurisprudencia ha establecido que el orden constitucional tiene una “naturaleza total”, “en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho”, lo cual determina el alcance de este orden. *Cfr.* Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional, a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución federal. Tesis P/J. 98/99. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, p. 703.

## II. PRESUPUESTOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los presupuestos del modelo de control de la constitucionalidad en México son el carácter de norma jurídica de la Constitución, así como su función y su posición en el sistema jurídico. Considerar a la Constitución como norma implica principalmente reconocer que produce efectos jurídicos y que su cumplimiento es obligatorio y, por lo tanto, exigible.<sup>10</sup> Su carácter de norma jurídica se hace patente en la previsión de medios de control de la constitucionalidad.

Dado que el derecho se distingue de otros tipos de normatividad porque regula su propia creación, esto debe hacerse en la norma suprema.<sup>11</sup> Así, la Constitución regula la producción normativa por lo que funda y conforma el sistema jurídico, en consecuencia, su fuerza y eficacia normativas derivan de su posición en el sistema jurídico. Como primera norma del sistema regula los procedimientos de creación, y de su conformidad con ella derivan cadenas de validez de las normas. Si el derecho se caracteriza por la creación y la aplicación de normas como decía Kelsen (1988: 157),<sup>12</sup> entonces el control de la constitucionalidad se realiza respecto de dos tipos de objetos distintos: normas (actos de creación normativa) y actos (o acciones de aplicación de normas). En términos generales, se podría decir que en el derecho mexicano las acciones de inconstitucionalidad controlan la regularidad de las normas, mientras que la controversia constitucional y el amparo también controlan actos de aplicación.<sup>13</sup> En un sistema ordenado jerárquicamente, según el modelo kelseniano como es el diseño del sistema jurídico mexicano,<sup>14</sup> todo acto de creación, excepto el del Consti-

---

<sup>10</sup> Hamon y Troper (2013: 44-45) distinguen las funciones jurídicas de las políticas de la Constitución en virtud de su complejidad, aquí se considera únicamente su función jurídica, que consideran como triple: fundamentar la validez del sistema jurídico, determinar las modalidades de designación de gobernantes y sus competencias, y enunciar principios que justifiquen las reglas positivas y su ulterior interpretación.

<sup>11</sup> Kelsen (1988: 156) sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individualizadas “entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación” (p. 156).

<sup>12</sup> Para Kelsen (1988: 157), la “creación del derecho es siempre aplicación del mismo”, en su opinión, “normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho”, excepto los casos limítrofes.

<sup>13</sup> Por vía de controversia constitucional, pueden impugnarse tanto normas generales como actos. Véase Tesis P./J. 71/2000, cit. *supra* nota 6.

<sup>14</sup> Esto se observa en el artículo 133 constitucional, como se verá más adelante, así como en la interpretación de éste hecha por la Suprema Corte.

tuyente originario, es un acto de aplicación. En este modelo, el legislador ordinario es el primer intérprete de la Constitución,<sup>15</sup> pues la elaboración de las leyes debe conformarse a ella, ya que una ley solamente puede ser considerada norma jurídica, ser obligatoria y servir de fundamento a otras normas, si ha sido adoptada conforme a la Constitución (Hamon y Troper, 2013: 45). De modo que el Poder Legislativo debe realizar una tarea doble: precisar y desarrollar de manera conforme los contenidos de la Constitución, y realizar un trabajo de interpretación consistente para evitar su impugnación en la mayor medida posible.

Como norma suprema del sistema jurídico, la función de la Constitución es regular y limitar el ejercicio del poder para garantizar la libertad; esto se lleva a cabo mediante la previsión de controles (Huerta, 2010: 59). El control jurídico de las conductas reguladas por la Constitución refuerza su obligatoriedad y eficacia, así también lo considera Manuel Aragón, para quien las garantías jurídicas solamente son efectivas cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales (2015: 41). El control de la constitucionalidad es uno de los tres ejes que integran la estructura de la Constitución (Huerta, 2009: 58-61)<sup>16</sup> y sustenta la supremacía constitucional subordinando al legislador y a la ley a la misma, contribuyendo así al equilibrio entre los derechos fundamentales y la distribución de funciones.

El control jurídico de la acción normativa, tanto constitucional como de ley secundaria,<sup>17</sup> constituye un elemento indispensable de la eficacia constitucional que, a su vez, sustenta su carácter obligatorio y la supremacía constitucional al subordinar la ley a la Constitución,<sup>18</sup> además de operar

---

<sup>15</sup> En ese sentido, Kelsen (2000: 349) sostiene que hay interpretación constitucional, “en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo”.

<sup>16</sup> Los otros dos ejes son los derechos fundamentales y la división de poderes que en términos del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano son un referente para la identificación formal de una Constitución.

<sup>17</sup> En México, sin embargo, de conformidad con lo sostenido por la Suprema Corte, no procede el control material de una reforma constitucional; y el artículo 61, fracción I de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013, lo prohíbe expresamente. Véase *infra* apartado 5.

<sup>18</sup> La supremacía de la Constitución es confirmada por la jurisprudencia al señalar que: “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. 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 restric-

como factor de equilibrio entre los otros dos ejes. Respecto del control de la constitucionalidad, Aragón sostiene que es necesario regular los “instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución, y éstos no son otros que los propios del control judicial, mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales”.

Para él, las garantías jurídicas solamente son efectivas cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales (Aragón, 2015: 94).

### III. LA CONSTITUCIÓN COMO CRITERIO DE VALIDEZ

Como punto de partida de la explicación del sistema de control de la constitucionalidad de la ley, por las razones indicadas previamente, se toma el modelo de Kelsen, en el cual el concepto de Constitución es desarrollado a partir de su jerarquía y función, así como de su naturaleza de norma jurídica, como “deber ser”. Por lo que a los contenidos se refiere: para Kelsen, la Constitución ha de regular los procesos de creación de normas generales, distribuir las competencias entre los órganos a cargo de la producción normativa, determinar los contenidos fundamentales y prever los procedimientos respectivos. Así, conforme a un modelo dinámico del derecho, en la Constitución se regula la producción de las normas jurídicas y, en consecuencia, el orden jurídico se organiza como un sistema escalonado de cuya norma fundamental desciende por grados el resto del orden jurídico (Kelsen, 1988: 186 y ss).

En consecuencia, la Constitución como primera norma positiva del sistema constituye el criterio último de validez formal y material del sistema. De su posición en el sistema jurídico deriva la posibilidad misma del control de la constitucionalidad de la ley en virtud de su supremacía. La Constitución como norma suprema opera como parámetro de referencia último de todas las normas del sistema y de los actos jurídicos realizados y ha de ser exigible jurídicamente. La supremacía es una cualidad que le corresponde a la Constitución como primera norma del sistema jurídico

---

ción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

que regula la producción normativa (Kelsen, 2000: 232). Esta supremacía, además de indicar la posición de la Constitución en el sistema jurídico, determina su fuerza derogatoria y su normatividad al establecer su eficacia directa.<sup>19</sup> El control de la constitucionalidad, a su vez, garantiza la supremacía de la Constitución y afirma su carácter de fuente del derecho.

La Constitución es el marco de referencia para el desarrollo y aplicación de las normas del sistema jurídico, y al regular las fuentes del derecho, fundamenta la validez de las normas que se desarrollan de manera conforme. La relevancia del modelo jerárquico radica en que se sustenta en los valores de orden, estabilidad, seguridad y responsabilidad, y además vincula al legislador ordinario a lo previsto en la Constitución. De tal forma que la Constitución se configura como parámetro de validez de las demás normas del sistema.

Formalmente hablando, es conveniente que la Constitución, como norma jurídica, sea escrita, y preferiblemente que se regule con un procedimiento especial de modificación, para asegurar su permanencia y estabilidad frente a posibles intentos de modificación por el legislador ordinario (Aragón, 1986: 23 y ss). Es por ello que en la Constitución se ha de regular su modificación y la posibilidad de controlar la constitucionalidad de sus reformas y adiciones para posibilitar la preservación de su fuerza normativa. La suprallegalidad, o supremacía legal, de la Constitución determina la subordinación del orden jurídico a la Constitución y la aplicación de las leyes conforme a la misma.<sup>20</sup> Para Aragón, esta suprallegalidad es la garantía jurídica de la supremacía de la Constitución como cualidad política, y toda Constitución pretende transformar su supremacía en suprallegalidad, pues en su opinión, la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía sólo puede operar a través de la suprallegalidad (Aragón, 1986: 23, 26).

La suprallegalidad hace posible distinguir la norma fundamental de la ley ordinaria por su forma de creación, por lo que se puede decir que la forma de la norma es un primer criterio para identificar el objeto del control

---

<sup>19</sup> Como señala De Otto (1989: 88-91), la fuerza derogatoria de una norma depende de los criterios de organización de un sistema jurídico, en general de los principios de jerarquía y distribución de materias.

<sup>20</sup> Según Aragón, la supremacía refiere una característica política de la Constitución como conjunto de reglas fundamentales, mientras que la suprallegalidad es una cualidad jurídica que resulta de su procedencia de una fuente de producción jerárquicamente superior a la de la ley (Aragón, 1986: 17, 23).



de la constitucionalidad de la ley. Además, en caso de conflicto entre leyes secundarias y la Constitución, prevalece esta última.

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad de la ley en México se rige por lo previsto en la propia Constitución en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, sirviendo de parámetro de control, lo previsto en los artículos 1o. y 133 constitucionales.

Por lo que al control difuso de la constitucionalidad de las leyes se refiere, el segundo enunciado del artículo 133 constitucional prevé que: “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

De este precepto se sigue que existe un sistema difuso de control de constitucionalidad, previsto ya en 1857.<sup>21</sup> Este artículo establece, en primer lugar, la obligación de conformar los actos a la Constitución y prevé una forma de control jurisdiccional directo de la constitucionalidad por parte de los jueces locales, que reafirma la prevalencia de la “Constitución, de las leyes federales y los tratados internacionales” en caso de incompatibilidad de las normas locales, incluidas las constituciones locales, con las normas mencionadas. Esta disposición además faculta a los jueces para no aplicar la normatividad local que contravenga esas normas, de modo que el constituyente facultó de manera expresa a los jueces locales para realizar un control de constitucionalidad de sus normas. Lo que no es claro, sin embargo, es el parámetro de control, lo cual ha llevado a diversas interpretaciones.<sup>22</sup>

Este medio de control difuso, durante mucho tiempo, no se pudo llevar a cabo, en virtud de una interpretación de la Suprema Corte que determinaba que los jueces locales no deben interpretar la Constitución federal. La jurisprudencia limitaba así el control de constitucionalidad, al interpre-

---

<sup>21</sup> El artículo 126 establecía ya, al promulgarse la Constitución de 1857, el control difuso y un parámetro de control al prever que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

<sup>22</sup> A la fecha de la reforma constitucional de 2011, la jurisprudencia establecía que solamente la Constitución se consideraba como norma suprema, por lo que las demás normas debían ser conformes a la misma y no formaban parte del parámetro de control de la constitucionalidad.

tar este precepto restrictivamente, y concluía que un control difuso de la constitucionalidad no era posible.<sup>23</sup> Con ello la Suprema Corte modificó la Constitución al interpretar el artículo 133, y suprimir el control difuso con fundamento en la existencia de otros medios de control de la constitucionalidad, como el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, como si fuesen excluyentes.<sup>24</sup> Esa interpretación era contraria a la letra de la Constitución y a la voluntad del constituyente originario que expresamente facultaba a los jueces locales para desconcentrar el control de la constitucionalidad para hacerlo expedito, además de que limitaba la protección de los derechos fundamentales.

Por lo que al control de constitucionalidad y su alcance, por parte de las entidades federativas se refiere, especialmente tras la regulación de formas de protección de los derechos fundamentales previstos en las constituciones locales, así como por la previsión de órganos jurisdiccionales locales de control de la constitucionalidad de sus constituciones, la opinión de la Suprema Corte no había sido consistente. En 2012, sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte legitimó el control constitucional local de la forma de organización de sus poderes, de la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito del orden estatal, así como la creación de tribunales constitucionales locales en virtud de la superioridad de la Constitución de cada entidad federativa sobre el resto de sus normas internas.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Este criterio se confirmó constantemente desde la década de los años cuarenta del siglo veinte. Véase control difuso de la constitucionalidad de las normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución. Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5. En México, la jurisprudencia es entendida como interpretación obligatoria, y se establece por “precedentes obligatorios”, por reiteración y por contradicción de conformidad con el artículo 215 de la Ley de Amparo.

<sup>24</sup> Esta interpretación no se sostiene más a partir de la sentencia Radilla Pacheco del 23 de noviembre de 2009 y de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, por lo que durante la discusión del expediente Varios 912/2012, publicado en el *DOF* el 4 de octubre de 2011, se acordó modificar la interpretación del artículo 133 constitucional, para permitir un control de convencionalidad y constitucionalidad difuso e incidental en el país. En consecuencia, se dejó sin efectos la Tesis P./J. 74/99

<sup>25</sup> Control constitucional local. Es válido establecer un tribunal constitucional y un sistema de medios para exigir la forma de organización de los poderes y la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito estatal. Tesis P./J. 23/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, t. 1, octubre de 2012, p. 288.

Después de las reformas del 2011, una interpretación *a coherencia* hizo de nuevo posible el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley de manera difusa, y se agrega, lo que se ha llamado a partir de entonces el “control de convencionalidad” (Ferrer, 2011: 343).<sup>26</sup> Actualmente, esta forma de control consiste en la interpretación conforme de las normas y su no aplicación cuando se concluya que contravienen a la Constitución federal, o las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México.<sup>27</sup> El control difuso previsto en el artículo 133 no faculta, sin embargo, para declarar la invalidez de las normas inconstitucionales con efectos generales, ni para realizar una interpretación obligatoria con carácter de norma general.

Recapitulando, si bien hoy en día todos los jueces pueden realizar el control difuso de constitucionalidad, el control concentrado, en términos de lo previsto en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, es competencia federal exclusiva.

#### IV. EL PARÁMETRO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Como ya se ha mencionado, las reformas del 2011 en materia de amparo y el artículo 1o. constitucional,<sup>28</sup> junto con las decisiones tomadas por la Suprema Corte a raíz del *caso Radilla Pacheco*,<sup>29</sup> especialmente la Contradicción de Tesis 293/2011, han tenido un gran impacto en la discusión sobre el alcance e implementación del funcionamiento del control de cons-

---

<sup>26</sup> Ferrer denomina el control realizado conforme al artículo 133 constitucional “control difuso de convencionalidad” para distinguirlo del adoptado por la Corte IDH en 2006.

<sup>27</sup> La jurisprudencia ha determinado que la obligación de ejercer el control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad de una norma, se actualiza aun en aquellos casos en los que el derecho de que se trate esté regulado en la propia Constitución. Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. No es una cuestión de subsidiariedad, por lo que debe llevarse a cabo aun cuando el derecho humano de que se trate esté contenido en la Constitución federal. Tesis 1a./J. 38/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 18, mayo de 2015, p. 186.

<sup>28</sup> Tras la reforma de 2011, el capítulo I del título primero de la Constitución se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, relativo a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución por el juicio de amparo.

<sup>29</sup> La Suprema Corte ha señalado en su jurisprudencia que ésta “se expresa a través de sus resoluciones y sentencias” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1998: 29).

titucionalidad resultante.<sup>30</sup> La Suprema Corte ha intentado por diversos medios aclarar estas dudas, primero con el expediente Varios 912/2012 y posteriormente con la jurisprudencia.<sup>31</sup>

La obligación de realizar el denominado “control difuso de convencionalidad” (Ferrer, 2011: 343)<sup>32</sup> surge en México, solamente después de haber sido dictadas las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano entre 2009 y 2010,<sup>33</sup> en las que se hace referencia a este “deber” por parte de todos los jueces y órganos de la administración de justicia, en todos sus niveles, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).<sup>34</sup> Con el expediente Varios 912/2012, la Suprema Corte comenzó a integrar al derecho nacional el deber de realizar un control de convencionalidad, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),<sup>35</sup> con lo que se amplían los medios de control de constitucionalidad.

---

<sup>30</sup> Las reformas a los artículos 94, 103 y 107, y la reforma al artículo 1o. constitucional se publicaron en el *DOF* el 6 y el 10 de junio de 2011, respectivamente. Contradicción de Tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, t. I, p. 96. Se entiende por “contradicción de tesis” la decisión que crea jurisprudencia al resolver sobre la obligatoriedad de criterios jurisprudenciales discrepantes, y se establece por el pleno o las salas de la Suprema Corte y por los plenos regionales, según lo previsto en el artículo 216 de la Ley de Amparo.

<sup>31</sup> Este expediente especifica el alcance del control de la convencionalidad en México. Es un documento que resuelve cuestiones de índole interna al Poder Judicial, por lo que en general tiene más bien un carácter declarativo y explicativo, incluso organizacional, por lo que no puede ser considerado fuente de derecho.

<sup>32</sup> En palabras de Ferrer Mac-Gregor (2011:340), este tipo de control consiste en la realización de un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

<sup>33</sup> Especialmente, en virtud de lo estipulado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf).

<sup>34</sup> Ferrer (2011), en su análisis, cita todos los elementos que sustentan la obligatoriedad de este tipo de control.

<sup>35</sup> En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte fija el parámetro del control que deben ejercer todos los jueces del país, que se integra por los derechos humanos contenidos en la Constitución, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; los criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores de

En virtud de lo anterior, después de las reformas de 2011, la Suprema Corte ha afirmado que en la Constitución se prevé un “nuevo” modelo de control de la constitucionalidad, y considera que se trata incluso de un nuevo “paradigma” de interpretación constitucional,<sup>36</sup> ya que: “...los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.<sup>37</sup> De modo que al ser de nuevo posible el control difuso, los jueces —incluso los locales—, ejercen vía el control de convencionalidad funciones de control de constitucionalidad, pero con efectos y alcance distintos a los del control concentrado.

Los primeros pasos para guiar el control de convencionalidad, en términos de jurisprudencia, fueron dados mediante tesis aisladas, y se estableció que en el modelo de control de constitucionalidad en México existen dos vertientes que se ejercen de manera independiente:

- 1) El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y
- 2) El control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes.<sup>38</sup>

---

la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. Cit. *supra* nota 31.

<sup>36</sup> La jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.) establece que: “lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional”. Cit. *supra* nota 17.

<sup>37</sup> Véase la nota anterior. También véase cit. *supra* nota 17.

<sup>38</sup> Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Tesis Aislada P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 557. De conformidad con la jurisprudencia, una “tesis” es la “expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal”. Contradicción de tesis. Para que proceda la denuncia basta que en las sentencias se sustenten criterios

En una tesis aislada de 2011, el pleno de la Suprema Corte comienza a delimitar el control de convencionalidad *ex officio* como control difuso de constitucionalidad de la siguiente manera:

- a) Obliga a “todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias”.
- b) La autoridad debe adoptar “la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que en la doctrina se conoce como principio *pro persona*”.
- c) En términos del artículo 133, el control de convencionalidad en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial se realiza de manera oficiosa.
- d) Los “jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior”.
- e) Los “jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados”.
- f) Solamente pueden “dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.<sup>39</sup>

Se podría pensar que el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes se encuentra en el artículo 133 de la Constitución en su primer enunciado —disposición que ha dado lugar a diversas interpretaciones—<sup>40</sup> que establece que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

---

discrepantes. Tesis P./J. 27/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 77.

<sup>39</sup> Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Tesis Aislada P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535.

<sup>40</sup> Sobre las posibles interpretaciones del artículo 133, la supremacía constitucional y el parámetro resultante de control de constitucionalidad, véase Huerta, 2009: 317-321.

Sin embargo, las leyes del Congreso de la Unión, a pesar de ser consideradas como ley suprema, no forman parte del parámetro de control de constitucionalidad, ya que las leyes se subordinan a la Constitución y son más bien objeto del control pues tienen rango constitucional.<sup>41</sup> El sentido de esta disposición es más bien funcionar como regla de prevalencia entre el derecho federal y el local.

Para poder determinar el parámetro de control de la constitucionalidad, este precepto se complementa con lo previsto en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, que tras la reforma de 2011 prevé que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

De la interpretación literal de este precepto se sigue que:

- 1) Las disposiciones sobre derechos humanos, previstas en tratados internacionales celebrados por México que formen parte del sistema jurídico mexicano, tienen rango constitucional.
- 2) Esas disposiciones también forman parte del parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes en México.<sup>42</sup>
- 3) Los derechos humanos son restringibles por la Constitución, lo que a su vez lleva a la conclusión siguiente:
- 4) En caso de conflicto entre la Constitución y una disposición sobre derechos humanos, prevista en un tratado internacional, prevalece la Constitución. De modo que el primer párrafo del artículo 1o. constitucional opera también como una regla de solución de conflictos.

---

<sup>41</sup> Existen diversas interpretaciones, una tesis aislada sugiere que esa disposición hace referencia a las leyes que hacen una distribución de competencia, ya “que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano”. *Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. Tesis P. VII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.*

<sup>42</sup> Esto se debe al cambio de rango de estas disposiciones, por lo que el control de conformidad de actos y leyes es jurídicamente hablando, control de constitucionalidad.

A esta misma conclusión llegó también la Suprema Corte, tras un periodo de incertidumbre e inseguridad jurídica con relación al sentido y alcance de la reforma al artículo 1o. constitucional, lo que dio lugar a la Contradicción de Tesis 293/2011, de la que resulta la tesis P./J. 20/2014(10a.), que confirma la interpretación de dicho artículo aquí realizada. De modo que las restricciones a los derechos fundamentales previstas en la Constitución se consideran como válidas.<sup>43</sup>

La jurisprudencia establece que derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional:

- a) Las “normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, sin embargo
- b) Cuando “en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”
- c) La Constitución, como norma fundamental, es la norma suprema del sistema jurídico mexicano, en consecuencia
- d) Las “normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”, por lo que se concluye que
- e) Los “derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.

Esta última aseveración dio lugar a la discusión sobre la existencia de un “bloque de constitucionalidad”<sup>44</sup> como parámetro del control de constitucionalidad para efectos de la supervisión y control de los actos que pudiesen atentar contra los derechos humanos, en términos del denominado “nuevo” modelo de control. El parámetro de control es, sin embargo, la Constitución, pues no se trata de una equiparación de los tratados interna-

---

<sup>43</sup> La jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.), derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011, se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de abril de 2014. Cit. *supra* nota 17.

<sup>44</sup> A partir de la reforma de 2011, se comenzó a hablar de un bloque de constitucionalidad; esta noción, sin embargo, no se ha utilizado en México en forma similar a como se hace en otros países. No es una construcción jurisprudencial, como en el caso francés, aun cuando en algunas tesis se hace referencia a un bloque; y tampoco se asemeja a la noción española de un diseño institucional.



cionales a la Constitución, sino de la constitucionalización de las normas sobre derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México, por lo que el control de convencionalidad es también control de constitucionalidad. En consecuencia, cuando en México se utiliza el término “bloque de constitucionalidad”, se ha de entender simplemente como el conjunto de normas que integran el texto constitucional.

En cuanto a la jurisprudencia, como interpretación constitucional o de los tratados en cuestión, se puede decir que, en su calidad de significado de dichas normas, también forma parte del parámetro de control.<sup>45</sup> Como objeto de control, en cambio, la tesis jurisprudencial P./J. 64/2014 (10a.) establece que para evitar que pierda su carácter de obligatoria, la jurisprudencia de la Suprema Corte no es susceptible de control de constitucionalidad ni de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos por órganos inferiores, los cuales tampoco pueden decidir no acatarla. En el caso de que se considere que una jurisprudencia específica no atiende o contradice un derecho humano, la Suprema Corte ha indicado que esto se ha de señalar por los medios legales regulados para subsanar dicha situación, pues de lo contrario se ocasionaría una falta de certeza y seguridad jurídica.<sup>46</sup>

El significado y alcance del control *ex officio* de constitucionalidad de los derechos humanos ha sido acotado en una tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte que señala que los jueces, aunque no sean jueces de control constitucional y no exista una solicitud expresa de las partes, pueden ejercerlo, no que “necesariamente” deban realizar dicho control en

---

<sup>45</sup> Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional. Tesis aislada, 1a. CCCXLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, p. 986. La Corte IDH ha indicado que el parámetro de control de convencionalidad es la CADH y el *corpus iuris* interamericano. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C. Núm. 253, párr. 330.

<sup>46</sup> Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. Tesis P./J. 64/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 13, diciembre de 2014, p. 8, y P./J. 20/2014(10a.), cit. *supra* nota 17. La modificación y sustitución de la jurisprudencia debe hacerse por los mismos medios en que su creación es autorizada por la ley, aunque de manera excepcional, por ejemplo, ante los cambios del sistema de control de la constitucionalidad, la Suprema Corte dejó sin efectos criterios jurisprudenciales mediante el expediente Varios 912/2012, cit. *supra* nota 23.

todos los casos. Se aclara también que el control a cargo de los jueces que no forman parte del control concentrado se realiza incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que sean competentes. Además, indica los pasos a seguir: 1) interpretación conforme en sentido amplio, 2) interpretación conforme en sentido estricto, y 3) inaplicación en los casos en que incidentalmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control.<sup>47</sup>

En síntesis, al hablar del parámetro de control de la constitucionalidad, se hace referencia al parámetro normativo constitucional y convencional conforme al cual se realiza no solamente el control concentrado de constitucionalidad, sino también el control oficioso de convencionalidad en el ámbito de la competencia del órgano de control y conforme a sus regulaciones procesales.<sup>48</sup>

## V. LA LEY COMO OBJETO DEL CONTROL

La Suprema Corte ha señalado que el modelo actual de control de constitucionalidad es mixto, se compone, por lo tanto, de un control de la constitucionalidad concentrado e integrado por el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad que se reserva al Poder Judicial federal, y un control incidental de carácter difuso que realizan los jueces del país en términos de los artículos 133 y 1o. constitucionales. A diferencia del control concentrado, el difuso se caracteriza por su dispersión, por lo que corresponde a la jurisprudencia sistematizar los criterios emitidos por los jueces y hacer coherente la aplicación del derecho en el país.

Antes de analizar el alcance del control de la constitucionalidad de la ley, cabe mencionar que en México la jurisprudencia ha sostenido de ma-

---

<sup>47</sup> Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Su significado y alcance. Tesis 1a. CCCLX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, diciembre de 2013, p. 512.

<sup>48</sup> Órganos de control (legalidad, constitucionalidad y convencionalidad). Su ejercicio no puede separarse de su ámbito de competencia. Tesis I.5o.C. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, p. 1306. Cabe mencionar que esta tesis fue objeto de denuncia de la Contradicción de Tesis 351/2014 resuelta el 28 de septiembre de 2021, en relación con la limitación que imponía para hacer un control de convencionalidad *ex officio* en un juicio de amparo.

nera reiterada y consistente que solamente es posible el control formal de la constitucionalidad de reformas y adiciones a la Constitución, es decir, sólo de los aspectos procedimentales, pero no de los contenidos. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que los “preceptos constitucionales no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la Ley de Amparo”.<sup>49</sup>

Para poder explicar adecuadamente el control de constitucionalidad de la ley en México, resulta conveniente comenzar por delimitar el alcance de este concepto. Según la jurisprudencia, ya desde la quinta época, la diferenciación respecto de otro tipo de normas es de carácter formal, pues la ley es distinguida de otros actos normativos, no por su “generalidad ni en la impersonalidad de las órdenes que da”, sino porque son expedidas por el Poder Legislativo, y “la ley es una expresión de la voluntad nacional, manifestada mediante los Congresos”, que se caracteriza por su “fuerza y autonomía”, “que consiste en que sus disposiciones no pueden ser modificadas por un reglamento”; además, el inciso f) del artículo 72 constitucional prevé “que en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.<sup>50</sup> Materialmente en cambio, solamente se puede distinguir la ley cuando existe una reserva de ley prevista en la misma Constitución.

La doctrina en general, a pesar de ser variada, coincide en algunos aspectos generales, así por ejemplo, Burgoa menciona como propiedades relevantes de las leyes, la “abstracción, la imperatividad y la generalidad”, son normas “que no contraen su fuerza reguladora a casos concretos, personales o particulares numéricamente limitados, presentes o pretéritos, sino que la extienden a todos aquellos, sin demarcación de número, que se encuentren o puedan encuadrarse dentro de los supuestos que prevean” (Burgoa, 2010: 609, 610). De tal forma que el control de la constitucionalidad de las leyes es control de normas jurídicas generales y abstractas con rango y fuerza de ley. Por otra parte, la citada jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.) ha señalado que las normas jurídicas deben ser acordes con

---

<sup>49</sup> Control de constitucionalidad. No puede realizarse respecto de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis 2a./J. 3/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 3, febrero de 2014, p. 938.

<sup>50</sup> Véase la siguiente tesis aislada: *Leyes y reglamentos, diferencia entre las. Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXII, p. 6716.

la Constitución, tanto en un sentido formal como material, por lo que se concluye que el control de la constitucionalidad de la ley puede realizarse tanto por vicios procedimentales como por sus contenidos.

Por lo tanto, para efectos del control difuso de constitucionalidad, previsto en el segundo enunciado del artículo 133 constitucional, se han de considerar como objeto de control de la regularidad constitucional también a las Constituciones locales, pues tienen rango y fuerza de ley. Como ya se comentó, en virtud de la interpretación de la Suprema Corte, el primer enunciado de este precepto no instituye un bloque de constitucionalidad, por lo que solamente la Constitución federal y las disposiciones en materia de derechos humanos, previstos en los tratados internacionales que formen parte del sistema jurídico mexicano, conforman el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes.

La controversia constitucional, de conformidad con la fracción I del artículo 105 constitucional, procede por motivo de la invasión de la esfera competencial, y tiene por objeto el control de la constitucionalidad de actos, omisiones y “normas generales”,<sup>51</sup> por lo que se puede interponer contra las leyes, sean federales o locales, las constituciones locales, así como los tratados internacionales por su carácter de norma, pues “reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción”,<sup>52</sup> solamente se excluye constitucionalmente del control por este medio la regulación electoral.

A efectos de delimitar el alcance de ese precepto, la jurisprudencia ha señalado que la controversia constitucional puede interponerse solamente a partir de que es publicada la norma general,<sup>53</sup> porque solamente en ese

---

<sup>51</sup> Como indica García Máynez, la “palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplícase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos”, y “a las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Éstas imponen deberes o conceden derechos” (García Máynez, 2014: 4, 7). Este precepto fue reformado, pues antes hacía referencia a “disposiciones generales”; reforma publicada en el *DOF* el 11 de marzo de 2021.

<sup>52</sup> Tratados internacionales. Son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional. Tesis P./J. 84/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, septiembre de 2004, p. 1258.

<sup>53</sup> Controversia constitucional. Los vicios del procedimiento legislativo sólo pueden impugnarse a partir de que es publicada la norma general. Tesis P./J. 129/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, p. 804. El mismo criterio rige la acción de inconstitucionalidad. Acción de inconstitucionalidad. Los actos

momento adquieren definitividad los actos legislativos. Esto se debe a que el procedimiento de creación de normas constituye “una unidad indisoluble con la norma general emanada de ese procedimiento, de tal forma que no es posible jurídicamente impugnar cada acto legislativo individualmente” (Tesis P./J. 35/2004). Este criterio es aplicable también por analogía a los tratados internacionales, para determinar el momento a partir del cual se puede impugnar un tratado.

El objeto señalado por la Constitución, en materia de acción de inconstitucionalidad, son solamente las normas generales, por lo que se puede decir que esta forma de control concreto no se restringe a un tipo específico de norma. La fracción II del artículo 105 constitucional prevé que esta acción procede en contra de leyes federales, tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, normas generales de carácter federal y de las entidades federativas, incluso leyes electorales federales y locales.

## VI. LOS ÓRGANOS DE CONTROL JURISDICCIONAL

El control de la constitucionalidad en México es un control jurídico, y jurisdiccional específicamente, pues a pesar de las diversas interpretaciones hechas del artículo 1o. constitucional, según la Suprema Corte, la autoridad administrativa no está facultada para hacer un control de constitucionalidad, ni de convencionalidad.<sup>54</sup> La obligación de la autoridad administrativa de realizar al menos un control de convencionalidad, que parece derivar del artículo 1o. constitucional, ha sido descartada por la jurisprudencia. En una tesis aislada que reitera el criterio de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) del pleno de la Suprema Corte, se confirma que “las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo”, pues “ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio

---

que integran el procedimiento legislativo sólo pueden impugnarse a partir de que es publicada la norma general. Tesis P./J. 35/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, junio de 2004, p. 864.

<sup>54</sup> A partir de la interpretación hecha a dicho artículo en el expediente Varios 912/2010, la autoridad administrativa solamente puede realizar “interpretación conforme”, aplicando la norma más favorable a las personas, sin dejar de aplicar la norma o hacer una declaración de inconstitucionalidad.

de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto”.<sup>55</sup> En consecuencia, el control de la constitucionalidad de la ley corresponde al Poder Judicial federal que debe realizar el control en el ámbito de su competencia.

De conformidad con la jurisprudencia, en el “nuevo” modelo de constitucionalidad se han de mencionar específicamente las normas ordinarias que se consideran que contravienen la Constitución, para que los jueces, en el ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad, puedan realizar el estudio de las normas generales.<sup>56</sup> Esto se debe a la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas, de modo que para que la autoridad judicial pueda ejercer el control *ex officio*, “debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación”, cuando se identifica una norma que parece contravenir la Constitución en materia de derechos humanos. Las normas, por lo tanto, no pierden su presunción de constitucionalidad, sino hasta que el resultado del control así lo refleje.<sup>57</sup>

En consecuencia, la jurisprudencia ha establecido que en “el control difuso de constitucionalidad —connotación que se refiere al control de convencionalidad—, que se ejerce en la modalidad *ex officio*”, las partes que solicitan su ejercicio deben señalar “claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produ-

---

<sup>55</sup> Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo. Tesis 2a. CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 11, t. I., octubre de 2014, p. 1097.

<sup>56</sup> Unos meses antes, la misma sala había sustentado el criterio opuesto en la tesis 69/2014 (10a.), obligatoria a partir del 30 de junio de 2014, de tal forma que durante algunos meses era obligatorio para los jueces federales revisar la constitucionalidad de las normas aplicables, aunque no hubieran sido impugnadas. Se considera un requisito a partir de la tesis: Control de constitucionalidad y convencionalidad. Su ejercicio debe satisfacer requisitos mínimos cuando se propone en los conceptos de violación. Tesis 2a./J. 123/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 12, noviembre de 2014, p. 859.

<sup>57</sup> Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Condiciones generales para su ejercicio. 1a./J. 4/2016. Primera Sala, libro 27, febrero de 2016, p. 430. Esta tesis aislada sostiene la necesidad de justificar esa decisión: Control de convencionalidad *ex officio*. Las autoridades judiciales, antes de la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad. Tesis 1a. XXII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 667.

ce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante”.<sup>58</sup>

El control concentrado de la constitucionalidad de la ley se realiza mediante la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> La controversia constitucional tiene por objeto resolver los conflictos por la invasión de la esfera de competencias que se plantean en relación con el principio de división de poderes y la cláusula federal,<sup>60</sup> y puede ser planteada por los poderes federales, los poderes locales, los municipios y los órganos constitucionales autónomos federales y locales. La acción de inconstitucionalidad, en cambio, puede ser promovida por distintos actores, dependiendo de la materia.<sup>61</sup>

La controversia constitucional se interpone contra la autoridad que haya emitido o promulgado la norma general que se considera que contraviene la Constitución, y se tramita ante la Suprema Corte. Procede por conflictos entre dos órganos del poder público, ya sean del mismo nivel o de diferentes niveles de gobierno, y solamente pueden hacerse valer vulneraciones a la Constitución federal y a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte.

---

<sup>58</sup> Control difuso de constitucionalidad. Si se solicita su ejercicio y no se señala claramente cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar ni el agravio que produce, debe declararse inoperante el planteamiento correspondiente. XXVII.3o. J/11, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro 15, febrero de 2015, p. 2241.

<sup>59</sup> P./J. 71/2000, cit. *supra*, nota 6.

<sup>60</sup> Controversia constitucional. Las violaciones susceptibles de analizarse en el fondo son las relacionadas con el principio de división de poderes o con la cláusula federal, sobre la base de un concepto de afectación amplio. Tesis P./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 33.

<sup>61</sup> Las reglas de legitimación han sido diferenciadas, dependiendo del tipo de norma y la materia que se impugna, y se encuentran legitimados el 33% de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales, respecto de las normas de su competencia, el titular del Ejecutivo federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, los partidos políticos nacionales y locales registrados, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos garantes en materia de acceso a la información, y el fiscal general de la República, aunque este último solamente respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones. Véase artículo 105 constitucional, fracción II, reformado en marzo de 2021.

Al dictar sentencia, la Suprema Corte puede declarar la invalidez de una norma general, y puede llegar a tener efectos generales cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros que la integran.<sup>62</sup>

La acción de inconstitucionalidad es el medio de control de constitucionalidad seguido en única instancia ante la Suprema Corte que tiene como finalidad preservar la supremacía de la Constitución, y no requiere de agravio de parte, sólo precisa que una ley o un tratado internacional se considere inconstitucional. La admisión de una acción de inconstitucionalidad no da lugar a la suspensión de la norma cuestionada, pero si la Suprema Corte declara que una norma es inconstitucional, ésta pierde su vigencia y, por ende, no puede volver a ser aplicada.

De tal forma que, por vía de acción de inconstitucionalidad, los órganos legitimados por la fracción II del artículo 105 constitucional pueden plantear la inconstitucionalidad de leyes en el ámbito de sus competencias, y la Suprema Corte puede anular con efectos generales la norma que sea declarada inconstitucional cuando la resolución sea tomada por al menos ocho de los ministros.

Esta acción procede en contra de normas generales que contravengan la Constitución, por lo que se pueden impugnar leyes, sean federales o locales, incluso en materia electoral, así como tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, siempre y cuando se trate de un nuevo acto legislativo tanto en sentido formal como material, incluso los decretos derogatorios.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> De conformidad con el artículo 105 constitucional, solamente tiene efectos generales, cuando se trate de disposiciones generales de las entidades federativas, los municipios o las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o, en su caso, la Comisión Permanente de éste, dos poderes de una misma entidad federativa, dos órganos constitucionales autónomos de una entidad federativa, así como entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo de esa entidad federativa, y dos órganos constitucionales autónomos federales, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión.

<sup>63</sup> Acción de inconstitucionalidad. Lineamientos mínimos requeridos para considerar que la nueva norma general impugnada constituye un nuevo acto legislativo. Tesis P./J. 25/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 35, octubre de 2016, t. I, p. 65. Acción de inconstitucionalidad. Procede contra decretos que derogan porciones normativas. P. XLII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 11, octubre de 2014, t. I, p. 205.



Cuando el objeto de la acción de inconstitucionalidad sean leyes federales, tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y las leyes expedidas por alguna de las legislaturas de alguna de las entidades federativas, debe estar firmada por cuando menos el 33% de los integrantes de los órganos legislativos respectivos.

La declaratoria de inconstitucionalidad puede fundarse en la infracción de cualquier precepto constitucional, al igual que en la vulneración de los derechos humanos contenidos en cualquier tratado internacional del que México sea parte, aunque no hayan sido invocados en el escrito inicial. En cambio, cuando las sentencias dictadas se refieran a la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, solamente pueden referirse a la infracción de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial. Las resoluciones sólo pueden declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando sean aprobadas por cuando menos ocho votos, de no ser así el pleno de la Suprema Corte debe desestimar la acción ejercitada y ordenar el archivo del asunto.<sup>64</sup>

## VII. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración general de inconstitucionalidad de las normas se encuentra prevista en el artículo 105 constitucional, una declaración de invalidez con efectos generales permite eliminar del sistema las normas que contravienen a la Constitución, reforzando así su supremacía. La declaración de inconstitucionalidad de normas generales no puede tener efectos retroactivos, salvo en materia penal, y de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 14 constitucional, esto es, siempre y cuando no causen un perjuicio a persona alguna.<sup>65</sup>

El cumplimiento de las resoluciones emitidas por controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad se asimila, en lo conducente al del juicio de amparo, por tratarse de formas de control de la constitucionalidad, por lo que en el artículo 105 constitucional se hace remisión expresa,

---

<sup>64</sup> Artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>65</sup> El segundo párrafo de la fracción III del artículo 105 constitucional establece que estos casos “regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia”.

en caso de incumplimiento a los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución.

De conformidad con la Constitución, tratándose de normas generales, los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional, así como en la acción de inconstitucionalidad, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales, solamente cuando haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros de la Suprema Corte.

Cabe mencionar que, a partir de este año, las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias del pleno de la Suprema Corte constituyen “precedentes obligatorios” para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación, y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de ocho votos.<sup>66</sup> De modo que al hacer la declaración general de invalidez de una ley, vía controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, se crea además jurisprudencia.

La práctica jurisdiccional en México, siguiendo el modelo continental, da lugar a la jurisprudencia entendida como norma obligatoria para la resolución de casos futuros. La interpretación que se realiza, con motivo del control de la constitucionalidad, puede dar lugar a una norma jurídica general; la regla general de creación de la jurisprudencia es la reiteración que requiere de la repetición uniforme de cinco ejecutorias en el mismo sentido sin interrupción,<sup>67</sup> y se integra por los criterios contenidos en la parte considerativa de la resolución de casos similares o idénticos; cada una de estas resoluciones constituye un criterio.<sup>68</sup>

La interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales competentes, al controlar la constitucionalidad de la ley, delimita y fija el sentido y

---

<sup>66</sup> Artículo 222 de la Ley de Amparo, reforma publicada en el *DOF* el 7 de junio de 2021.

<sup>67</sup> La jurisprudencia por reiteración es creada por los tribunales colegiados de circuito. El artículo 215 de la Ley de Amparo prevé dos formas más de creación de jurisprudencia que solamente requieren de una decisión, véase *supra* nota 22.

<sup>68</sup> Estos criterios se consideran como tesis aisladas (véase *supra* nota 37) y hay que distinguirlos de la jurisprudencia que es obligatoria, así como del precedente obligatorio, término que refiere a la jurisprudencia creada por una sola resolución por las salas o el pleno de la Suprema Corte a partir de la reforma del 11 de marzo de 2021 al artículo 107 constitucional, y del 7 de junio de 2021 a la Ley de Amparo. Se entienden por precedentes obligatorios, las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias, cuando las del pleno sean adoptadas por una mayoría de ocho votos, y las de las salas por una mayoría de 4 votos de sus 5 integrantes (artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo).

alcance de las normas constitucionales. Así se lleva a cabo un control del ejercicio de la función legislativa a través de la interpretación jurisdiccional, aunque la interpretación constitucional directa, en última instancia, corresponde solamente a la Suprema Corte, como órgano límite.

La Constitución prevé que la obligatoriedad de la jurisprudencia sea regulada por ley,<sup>69</sup> así lo confirma la propia jurisprudencia al sostener que obliga a todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Amparo vigente.<sup>70</sup> Además, la jurisprudencia como ya se mencionó, no puede ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad en términos de los artículos 1o. y 133 de la Constitución, ya que no pierde su obligatoriedad a menos que sea sustituida o declarada no aplicable, porque la Suprema Corte la deja sin efectos. De modo que solamente en términos de los medios legales existentes es posible revisar la jurisprudencia de la Suprema Corte que se considere que afecta o contraviene a la Constitución (Contradicción de tesis 299/2013: 325).

El ejercicio del control de convencionalidad, como control difuso de constitucionalidad, ha sido delimitado por la jurisprudencia, de tal forma que a pesar de haber identificado y declarado el juez la no conformidad de la norma con la Constitución, éste no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, ni establecer criterios interpretativos. El resultado de esta forma de control no es, por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, sino solamente la inaplicación al caso de la norma no conforme.

No obstante, la resolución que se emite con motivo del control de la convencionalidad de una norma general requiere de interpretación, de la que solamente puede resultar la creación de una norma jurídica individualizada. En el caso del control concentrado, en cambio, es posible crear una norma jurídica general, esto es, “jurisprudencia”. Como fuente del derecho, la jurisprudencia es interpretación obligatoria, y ha servido en los últimos años para guiar el nuevo sistema de control de la constitucionalidad, así como para proveer seguridad jurídica.

---

<sup>69</sup> Como bien señala Wróblewski (1988: 33), la validez de la interpretación constitucional depende tanto de las determinaciones del derecho vigente en un determinado país, como de la autoridad de las decisiones interpretativas.

<sup>70</sup> En relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia, el artículo 94 constitucional, párrafo décimo, establece que corresponde a la ley fijar los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia.

## VIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se puede decir que el control de la constitucionalidad de las leyes en México es un medio de control del alcance y ejercicio de las facultades constitucionales para expedir leyes y actos. Las reformas de 1994<sup>71</sup> complementaron el modelo de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, al precisar el procedimiento, legitimación y alcance de las controversias constitucionales. Al adicionar la acción de inconstitucionalidad al artículo 105 constitucional se introdujo, además, un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes. En ambas formas de control, si la norma es inconstitucional, es posible declarar la invalidez de la ley con efectos generales, cuando el pleno de la Suprema Corte lo apruebe por una mayoría de ocho votos de los once ministros que lo integran.

La complejidad del control de la constitucionalidad en México se ha incrementado notoriamente a partir de las reformas de 2011, y su aplicación aún más con posterioridad a las decisiones tomadas en el expediente Varios 912/2010. La Suprema Corte ha intentado delimitar el alcance del modelo vigente de control de la constitucionalidad con las interpretaciones que se han hecho del sistema de control de la constitucionalidad. El carácter objetivado del control de la constitucionalidad de las leyes se ha diluido, sin embargo, por la dispersión y variabilidad de criterios utilizados por los jueces en el control difuso, principalmente en la primera fase de aplicación a partir de 2011. Esto, por supuesto, ha afectado la seguridad jurídica, pero la Suprema Corte sigue tratando de acotar el modelo y su alcance mediante la jurisprudencia, ya que al interpretar las normas busca proveer certeza jurídica a la aplicación de las mismas con los criterios obligatorios que emite.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, Manuel. (1986). "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional". *Revista de Estudios Políticos*. 50.

ARAGÓN, Manuel. (2015). "Dos problemas falsos y uno verdadero: «neo-constitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitu-

---

<sup>71</sup> Publicadas en el *DOF* el 31 de diciembre de 2004.

- ción”. En CARBONELL *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. T. IV. Vol. 1. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. (2010). *Derecho constitucional*. 20a. ed. México: Porrúa.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2011). “Interpretación conforme y control de la constitucionalidad”. En SALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (eds.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Porrúa-UNAM.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (2014). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- HAMON, Francis y TROPER, Michel (2013). *Droit Constitutionnel*. 28a. ed. París: LGDJ.
- HUERTA, Carla. (2009). *Teoría del derecho: cuestiones relevantes*. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HUERTA, Carla. (2010). *Mecanismos constitucionales para el control del poder*. 3a. ed. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- KELSEN, Hans. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KELSEN, Hans. (2000). *Teoría pura del derecho*. 2a. ed. México: Porrúa.
- OTTO, Ignacio de. (1989). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2a. ed. Barcelona: Ariel.
- SCHMILL, Ulises. (1977). *El sistema de la Constitución mexicana*. 2a. ed. México: Librería Manuel Porrúa.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (1988). *75 sentencias relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## ¿El recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias)\*

### *The Chilean writ of protection as an opportunity for legal mobilization? Beyond courts (and their decisions)*

Recepción: 2 de agosto de 2021

Aceptación: 18 de octubre de 2021

Domingo LOVERA PARMO\*\*

Anita PERRICONE\*\*\*

**RESUMEN:** Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Este trabajo intenta colocar a la acción de protección en perspectiva, preguntando cuáles son las variables que han contribuido, pese a su aludida naturaleza cautelar, a dotar a la acción de protección de un poder señalizador efectivo. Para ello, se echa mano de la teoría de la movilización legal con el objetivo de mostrar que los bajos costos de activación que ofrece la acción de protección la transforman en una importante fuente de

**ABSTRACT:** *There is relative agreement in Chilean constitutional doctrine that the writ of protection has been transformed, irremediably, into a precautionary action. This paper attempts to put the writ of protection in perspective, asking what other variables have contributed, despite what has been said about its precautionary nature, to endow the writ of protection with an effective signaling function. To this end, we use the theory of legal mobilization to show that the low activation costs offered by the writ of protection transform it into an important source of legal opportunities.*

---

\* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Coloquio Académico de los viernes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile), el 7 de mayo de 2021. Agradecemos los comentarios y sugerencias que se nos formularon en esa oportunidad. Del mismo modo, gracias por los comentarios de dos evaluadores (as) de la revista, cuyos comentarios sólo nos han permitido mejorar el trabajo. Las interpretaciones que acá ofrecemos, desde luego, son de nuestra responsabilidad.

\*\* Profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile; PhD por York University, Canadá. ORCID: 0000-0002-3601-096X; [domingo.lovera@udp.cl](mailto:domingo.lovera@udp.cl).

\*\*\* Doctora en ciencia política por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0715-4750>; [perricone.a@gmail.com](mailto:perricone.a@gmail.com).

oportunidades legales. Su efecto señalizador, sin embargo, depende de otras condiciones: este trabajo se centra en una de ellas, el tipo de actor que la utiliza. Este factor, que suele ser dejado de lado en los análisis doctrinarios del derecho, complementa la comprensión de la acción de protección, en tanto repertorio de movilización legal.

*The effectiveness of its signaling function, however, depends on other conditions: this paper focuses on one of them, namely, the kind of social actor who use it. This factor, which is often overlooked in doctrinal analyses, complements the understanding of the writ of protection as a repertoire of legal mobilization.*

**Palabras clave:** recurso de protección, movilización legal, poder señalizador.

**Keywords:** writ of protection, legal mobilization, signaling function.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La acción de protección: origen, evolución y alcances.* III. *Cambio social y derecho.* IV. *El potencial del recurso de protección como una oportunidad legal: estudios de caso.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Esto quiere decir que, lejos de ser una herramienta, como alguna vez se la analizó, orientada a la (re)construcción pública de los contornos de los derechos fundamentales que protege (Gómez, 2005: 34-38; Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26), se ha consolidado como una acción excepcional de emergencia con efectos concretos (esto es, más allá del evidente efecto relativo de las sentencias) y transitorios limitados a la situación específica que se propone remediar. De este modo, su efecto señalizador (es decir, su capacidad de señalar la necesidad de adoptar reformas legislativas, antes que la anulación de algún otro acto de autoridad en particular), debiera ser, dado su actual estado, escaso.<sup>1</sup>

El propósito de este trabajo es presentar la acción de protección desde otra perspectiva, preguntándose cuáles son las otras variables que han contribuido, pese a lo dicho sobre su naturaleza cautelar, a dotar a la acción

<sup>1</sup> Sobre este aspecto, esto es, sobre cómo en la región hubo un tránsito en considerar al derecho desde un obstáculo a una herramienta que permitiera empujar cambios sociales, descansamos en Couso, 2006.

de protección de un efecto señalizador en la necesidad de adoptar cambios legales. ¿Cómo es posible que una acción demasiado “delgada” en contenido sustantivo sea capaz de señalar eficazmente la necesidad de realizar reformas? ¿Qué podría empujar a las autoridades de representación popular, sean administrativas o parlamentarias, a atender los reclamos que se presentan por medio de la acción de protección, no obstante ella no contribuya, dada su reconocida naturaleza cautelar, a una mejor reconstrucción pública de los derechos cuya vulneración se reclama?

Una respuesta posible a esta interrogante la plantea el carácter marcador o señalizador que eventualmente podrían traer de la mano muchas acciones de protección presentadas sobre un mismo asunto, función que, por lo demás, es propia de la movilización social. Habermas, por ejemplo, ha sostenido que una de las funciones principales de los movimientos sociales que recurren a la presentación pública de sus reclamos —piénsese en las movilizaciones estudiantiles de la región de la última década—, consiste en señalar (Habermas habla de detectar, identificar, tematizar y problematizar) a las autoridades políticas demandas sociales insatisfechas. La tarea de dar respuesta a esas demandas —como sugiere el mismo Habermas—, sin embargo, descansa en las autoridades: “Besides the «signal» function, there must be an effective problematization. The capacity of the public sphere to solve problems on its own is limited. But this capacity must be utilized to oversee the further treatment of problems that takes place inside the political system” (Habermas, 1998: 359).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Dejamos la traducción al inglés, en la que se enfatiza la señalización a que contribuye la sociedad civil movilizadora. La traducción al español, en cambio, diluye dicho énfasis. Lo pone así: “Es decir, a cada función de señal del espacio público-político ha de sumarse también una capacidad de problematización eficaz”. El resto de la traducción de esta idea es todavía menos feliz (Habermas, 2005: 440). Es cierto que Habermas está pensando en el efecto señalizador que los movimientos sociales realizan en la esfera pública, y que esos movimientos son organizaciones informales, o en cualquier caso grupos que operan por fuera de, aunque en relación a, las avenidas institucionales del poder. De esa forma, podría cuestionarse que el uso de acciones judiciales pueda descansar sobre esta misma idea, en la medida que esas acciones son parte ya (a diferencia de una protesta, por ejemplo) de las avenidas institucionales. Nada de esto obsta a nuestro argumento acá. Primero, porque esa ambivalencia o aparente tensión es lo propio de la denominada movilización legal en la que los movimientos sociales (de esos en los que Habermas está pensando) recurren, entre otras herramientas, a las acciones judiciales para avanzar sus demandas. Como lo señala McCann (2008: 523-525), quienes recurren a las acciones judiciales no lo hacen sólo por las acciones judiciales, sino que recurren al litigio “sólo como una dimensión potencial o fase dentro de uno más extenso, complejo, dinámico y



De esta manera, y tal como el derecho mismo opera como un sistema de señales que se aparecen (asociadas a una sanción) para condicionar la conducta de las personas, muchas acciones judiciales de defensa de los derechos presentadas por personas debieran operar como un sistema de señales que se envían al poder público, el que, a su turno —y dada la escasa capacidad de la sociedad para resolver ese problema por sí misma— debería tomar acciones reparadoras generales (legislación, política pública, etc.). Allí radicaría el potencial de la acción de protección.

Nuestra hipótesis es que esta respuesta es insatisfactoria. En efecto, si tomamos el caso de la litigación masiva en materia de alzas unilaterales a los planes de salud, de parte de las instituciones de salud previsional (Isapres), las que se han cuestionado en sede judicial precisamente a través de la acción de protección, el efecto marcador de ésta parece ser insuficiente. De acuerdo a las estadísticas disponibles, desde 2010 el número de recursos de protección presentados contra las Isapres ha superado el millón de acciones judiciales (Diario Constitucional, 2020).

A estas alturas es un lugar común el reclamo que se formula y el tipo de señal que se envía al recurrir en protección contra la Isapre de turno. El alza unilateral de los planes de salud —esto es lo que ha sostenido la copiosa jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (Zúñiga, 2013: 514-518)—<sup>3</sup> perturba el derecho de propiedad de las personas afiliadas; lesiona su derecho constitucional a elegir el sistema de salud al que desean afiliarse, y afecta el principio de igualdad y no discriminación cuando las alzas van de la mano con criterios como la edad y el género de la persona. La señal enviada, esto es, la tematización problemática que esta forma de reclamos avanza, es la de llamar la atención sobre los límites (cuando se trata de estas alzas unilaterales) del modelo de justicia del plan privado de salud. Esto es algo que puede apreciarse *a contrario sensu* tomando las

---

multicompuesto proceso de disputa”. Pero siguen siendo movimientos sociales. Y esto es, en una frase, nuestra tesis acá: que ello es en verdad, y no al revés, lo que dota a ciertas acciones judiciales de la potencia que en tanto acciones no tienen. Esto explica, como dice el mismo McCann, que muchas (no todas) de las acciones judiciales que se inician, se presentan ya sea como una amenaza, como una forma de llamar la atención sobre las demandas sustantivas y, en el fondo, con el ánimo deliberado de “evitar el juicio”.

<sup>3</sup> Este trabajo se centra en el potencial de la acción de protección. Sin embargo, no debe dejar de advertirse que otro tanto ha ocurrido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase, por todos, y en especial, porque reconstruye el reclamo de justicia (la tematización problemática) también allí: Zúñiga, 2013: 514-518.

críticas que alguna doctrina ha dirigido a los argumentos de los tribunales que han resuelto estas acciones de protección.<sup>4</sup> Así, por ejemplo, el profesor José Francisco García ha señalado que los argumentos de las cortes para declarar la ilegalidad de las alzas unilaterales implican el desconocimiento de la naturaleza contractual y privada de los seguros de salud que ofrecen las Isapres (García, 2013: 51).<sup>5</sup> Desde este punto de vista, la tematización problemática del asunto puede leerse como un reclamo en pos de reformas que maticen algunos de los aspectos del sistema privado de salud actualmente vigente, por ejemplo —una de las reconstrucciones de esta tematización que se ha sugerido— por medio del cuestionamiento del carácter subsidiario del modelo económico que fue instaurado en Chile durante la dictadura (Allard, Henning y Galdámez, 2016: 110, 133).

Sin embargo, la reacción del poder político durante más de 10 años ha sido inexistente.<sup>6</sup> Es más, las últimas noticias relativas a la litigación en materia de Isapres muestran que las instituciones que más recursos han recibido (y perdido) son las que más aumentaron el precio de sus planes (La Nación, 2019). En este sentido, el efecto señalizador de más de un millón de acciones de protección se ha diluido en soluciones puntuales, como es, a estas alturas, normal que ocurra en el caso de la acción de protección. Es decir, respuestas individuales sólo en favor de las personas que reclaman

---

<sup>4</sup> No deja de resultar relevante para la tesis que avanza este trabajo, que estas tematizaciones problemáticas a las que se alude en materia de Isapres deban ser reconstruidas a partir de trabajos académicos. Sobre esto volvemos más abajo.

<sup>5</sup> Se ha sugerido que ese cambio de paradigma se habría “importado” desde el TC, el primer tribunal que abrazó la tesis de un contrato con base en el orden público y, por lo mismo, no enteramente privado (Jordán, 2013). En cualquier caso, una crítica similar a la que García (2013) dirige contra los tribunales superiores de justicia, se ha dirigido, también, contra el TC (Vivanco, 2010).

<sup>6</sup> Es verdad que, durante el primer semestre de 2019, se anunció el envío de un proyecto de reforma legal al sistema privado de salud. Sin embargo, ello no es óbice a las afirmaciones acá realizadas en la medida que el proyecto no responde a la judicialización de los reclamos en contra de las Isapres. Primero, si bien menciona las alzas y su judicialización para justificar la urgencia de la reforma, pareciera ser un recurso más bien retórico, si se anota que han transcurrido cerca de 10 años de litigios, lo que muestra que esta reforma llega muy tarde. Segundo, en especial, si se advierte que el proyecto —una indicación sustitutiva, en verdad— no aborda estructuralmente (al menos no en los términos de la nota al pie que antecede a ésta) el reclamo manifestado. Véase: Boletín núm. 8105-11, 2019.

las alzas judicialmente, y transitorias, pues las mismas personas tienen que litigar judicialmente año tras año las alzas de sus planes de salud.<sup>7</sup>

¿Qué ha faltado? ¿Es posible, entonces, a pesar de lo dicho hasta acá, que la acción de protección tenga el potencial de señalar la necesidad de cambios legales relevantes (como los que claramente no han sido capaz de hacer realidad en materia de Isapres)? Para responder a esta pregunta, recurrimos a la teoría de la movilización legal, definida como una forma particular de movilización que implica acudir al lenguaje de los derechos y a las avenidas institucionales que le son propias: los tribunales. Descansando en ella, sostendremos que los bajos costos de activación de la acción de protección la transforman en una importante fuente de oportunidades legales (lenguaje que, como explicaremos más abajo, se toma prestado de la sociología de los movimientos sociales).

Sin embargo, para dotar a la acción de protección de un efecto señalizador eficaz, es necesario observar la concurrencia de otras variables que la misma teoría de la movilización legal es capaz de iluminar. De ellas, este trabajo se centra en el tipo de actor que hace uso de la acción de protección, sugiriendo —sobre la base de dos estudios de caso— que esta variable resulta crucial para la eficacia del efecto marcador de la acción de protección. Planteamos que en la densidad organizacional de los actores que utilizan el recurso de protección residen, por un lado, el potencial para operar una tematización efectiva de las problemáticas que dicha acción señala, y, por el otro, la capacidad de la esfera pública para supervisar el tratamiento de los problemas al interior del sistema político.

---

<sup>7</sup> Se trata, desde luego, de un reclamo al que las sentencias recaídas sobre el casi millón de recursos de protección no pueden dar respuestas. Como se ha señalado, el recurso de protección en esta materia sólo ofrece respuestas, a cuentagotas, en el caso de cada acción individualmente considerada, pero es insuficiente para abordar el reclamo de forma estructural. No obstante, alguna doctrina sugiere que esto habría ya provocado una mutación constitucional, mientras otra llama la atención sobre el efecto, en términos de inequidad, de que un modelo de derechos sociales, construido sobre la base de la litigación individual, puede tener. Sobre lo primero, Bassa y Aste (2015). Y sobre lo segundo, Salgado (2015). El impacto inequitativo de las acciones puede ser todavía analizado desde otro punto de vista, si es del caso que esas acciones se dirigen contra el sistema público de salud. Sobre la experiencia brasileña al respecto, por caso, Octavio Motta Ferraz ha dicho que los reclamos judiciales individuales en materia de coberturas médicas no previstas o cobertura de medicamentos específicos, tienen el potencial de alterar severamente las políticas públicas que, en materia de salud, se elaboran enfocadas a las personas más pobres (Motta, 2011). En Chile, se trata de un tipo de litigación que ya se está verificando en (y contra) el sistema público de salud. Véase, en general, Figueroa (2015).

*Hipótesis:* Para apreciar la verdadera fuerza catalizadora de cambios legales relevantes de la acción de protección, debemos mirar más allá de las cortes y sus sentencias. Esto quiere decir que, pese al carácter meramente cautelar de la acción de protección, la facilidad para presentar este tipo de acciones (la oportunidad), unida a ciertas condiciones que deben satisfacer los grupos sociales que las utilizan (una determinada densidad organizacional), bien pueden (re)configurarla como una importante herramienta para posibilitar cambios legales.

*Objetivo:* El objetivo de este trabajo, entonces, es ayudar a discernir cuáles son algunas de las variables cruciales para desencadenar el poder señalizador de la acción de protección. Un objetivo secundario, además, llama a considerar otro tipo de variables en el análisis que se haga de esta acción en el caso chileno, como de este tipo de acciones en el ámbito regional.

*Metodología:* Las primeras dos secciones de este trabajo descansan en el análisis propio de las ciencias jurídicas sociales, esto es, la revisión de la literatura para identificar las características principales de la acción judicial que acá analizamos y de los conceptos de la sociología conforme a los que evaluaremos, en tanto oportunidad legal. Enseguida, la última sección de este trabajo descansa en el estudio comparativo de dos casos que nos permitirán presentar las diferencias organizacionales —clave, como decimos, para nuestra hipótesis— que inciden en la mayor o menor relevancia política de la acción. Este trabajo (II) comienza analizando la acción de protección, su introducción en el texto constitucional de 1980 y la forma que, de manera más o menos definitiva, ha adoptado en la práctica constitucional nacional. Enseguida, (III) echamos mano a la teoría de la movilización legal: cómo es que el derecho —alguna vez (si es que esto ya dejó de ser así) concebido como un obstáculo al cambio social— fue ganando terreno progresivo en la región, al punto de transformarse en una herramienta a través de la que, se pensó, era posible avanzar demandas políticas. Ello nos permitirá, por último, (IV) presentar a la acción de protección en una nueva luz, partiendo de la hipótesis antes indicada, esto es, que la acción de protección entendida más allá de sus puros contornos judiciales se presenta como una importante fuente de oportunidades legales. Por medio de la comparación de dos casos de movilización legal, las acciones presentadas en contra de las alzas unilaterales operadas ilegalmente por las Isapres, de una parte, y las acciones para reclamar la cobertura universal

del tratamiento para el VIH, sugerimos que la acción de protección, en tanto oportunidad legal, cuando ha ido de la mano de la densidad organizacional de los actores que la interponen, ha servido como mecanismo para señalar —pese a su anotada naturaleza cautelar— la necesidad de adoptar cambios legales de envergadura social (desde luego, más allá de la decisión concreta del caso o los casos).

## II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ALCANCES

### 1. *Breve nota sobre su origen*

El recurso de protección ha gozado de un singular prestigio en Chile, destacando como una de las novedades y aportes más importantes de la Constitución de 1980. Se trataría de una excepción a nivel comparado, ya que en el resto de la región no existen acciones cautelares aplicables directa e inmediatamente a los derechos constitucionales (Leturia, 2018: 228). A pesar del carácter cautelar que la dogmática constitucional le ha atribuido, el recurso de protección constituye el arreglo institucional más efectivo a disposición de los ciudadanos para restablecer, tanto en forma individual como colectiva, la protección de derechos fundamentales que se considere hayan sido vulnerados (Pfeffer, 2006: 88), no existiendo otro “instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena” (Bordalí, 2020: 201-225).

La idea de introducir un mecanismo de resguardo de los derechos fundamentales tomó forma bajo la presidencia de Salvador Allende (1970-1973), a partir de una propuesta de congresistas de derecha orientada a fortalecer el rol de los tribunales superiores frente a los poderes Legislativo y Administrativo del gobierno socialista, en un contexto histórico de plena guerra fría. El propósito de la introducción del recurso de protección fue extender la garantía existente para el *habeas corpus* a una serie de derechos más amplia, *in primis* el derecho a la propiedad (Bordalí, 2020: 68-69). A pesar de que la acción de protección se limita a una serie de derechos individuales, relacionados principalmente con las libertades económicas; que dicha serie no contempla derechos económicos ni sociales

(Navarro, 2012: 630-640), y que la garantía jurídica, en muchos casos, se encuentra ulteriormente restringida por las condiciones que establece la ley, una serie de factores ha contribuido a su aumento progresivo.

En primer lugar, la regulación de la acción de protección fue reformada sucesivamente por la Corte Suprema, con el resultado de simplificar la interposición<sup>8</sup> de la que siempre fue pensada como una acción sencilla e informal (Ríos, 2007: 38-40). La reforma de 2007 incrementó el margen admitido para su interposición de 15 a 30 días desde la ocurrencia del acto arbitrario o ilegal que originó la transgresión de una garantía constitucional, aumentando significativamente su uso y provocando lo que ha sido llamada una “revolución silenciosa” en la protección de los derechos fundamentales en Chile (Navarro, 2012: 641). En segundo lugar, un rol importante en el incremento de los recursos de protección se ha debido a la propia práctica judicial. Como menciona el artículo 20, el recurso de protección puede ser interpuesto cada vez que un acto “ilegal” o “arbitrario” perjudica el goce de un derecho fundamental que figura en la mencionada norma. Mientras que un acto ilegal necesariamente viola una disposición legal existente, o dicho de otro modo, requiere que se logre acreditar dicha violación, lo que operaría como filtro, un acto arbitrario no necesariamente lo hace, no dejando por ello de ser injusto, inmotivado o infundado y por ende susceptible de ser reprochado por vía de la protección (Pfeffer, 2006: 9). Todo esto, además, en el contexto de una práctica que, en cualquier caso, ha interpretado con especial laxitud ambos requisitos y a veces prescindido derechamente de evaluar si una vez determinada la ilegalidad o la arbitrariedad se afecta un derecho de los listados en el artículo 20, CPR (Vargas, Peña y Correa, 2001: 64-68; Lovera, 2017: 185 y 186). Esta diferencia se volvió importante en el escrutinio de los actos administrativos, un ámbito en el cual la acción de protección fue una herramienta clave, tanto en su origen (Soto, 1976: 157; Cea, 2008: 663 y 664) como en su práctica (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003: 70-72, 79-81), supliendo la ausencia del procedimiento contencioso administrativo, lo que ha comenzado a cambiar con la creación de los tribunales especializados (como el ambiental) y el creciente rol que vendría a cumplir la Contraloría General de la República (Cordero, 2020: 17-21).

---

<sup>8</sup> Auto Acordados, 1992, 2007 y 2015.

## 2. *Una acción cautelar*

La creación del recurso de protección se celebró como un gran avance en la protección de los derechos fundamentales. Se trataba, se dijo, de “la innovación, teórica y práctica... más profunda y significativa de nuestro Derecho Público en el presente siglo” (Contreras y Lovera, 2020: 92).

Su entrada en vigencia también generó un importante debate acerca del alcance de esta acción constitucional y de su carácter más o menos cautelar. Gastón Gómez, por ejemplo, ha planteado que los derechos fundamentales no son meros derechos subjetivos, sino que tienen una dimensión pública en cuanto le corresponden a todo ciudadano. Por lo mismo, el recurso de protección, cuyo objetivo principal es el amparo de ciertos derechos, no tendría un alcance solo individual.<sup>9</sup> Ello equivaldría a “lesionar la finalidad pública y racional —es decir igualitaria y discernible— que subyace a la Constitución” (Gómez, 2005: 21). Por supuesto que, para que ello fuera posible, el recurso de protección debió haber servido como una herramienta institucional que permitiera a los jueces y las juezas dibujar, en conjunto y de modo encadenado en el tiempo, aunque sobre la base de casos individuales, información respecto del contenido de los derechos fundamentales constitucionales — al menos de los amparados por el instituto — (Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26).

¿Era el recurso de protección una acción judicial que podría estar a la altura de esa tarea? Hoy, con la ventaja del paso del tiempo, podemos esgrimir dos tipos de razones para responder negativamente esta pregunta. Su diseño, esto es, cómo se la pensó y configuró, primero, y la práctica constitucional que siguió a su establecimiento, segundo.

Sobre lo primero, es decir sobre el diseño y configuración, debemos anotar que, desde su origen, el recurso de protección fue presentado como un “remedio procesal pronto y eficaz”, para proteger los derechos, ofreciendo una vía “expedita [y] pronta...” (Soto, 1976: 157 y 158). Más importante para lo que destacamos acá: “Un medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona... sin que el ejercicio de él signifique la precisión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos

---

<sup>9</sup> Esta forma de entender el recurso de protección, como una garantía jurisdiccional que satisface una dimensión tanto subjetiva como objetiva, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.

valer más latamente en un procedimiento diferente ante las magistraturas que correspondan” (Soto, 1976: 156).<sup>10</sup>

Incluso, como señala Pfeffer (2006) recordando las discusiones que dieron origen a su constitucionalización, un “procedimiento de emergencia”, mientras (Romero, 1999: 513)<sup>11</sup> se discute (o hasta que vuelva a discutirse) el fondo en algún tribunal de instancia (Pfeffer, 2006: 92), lo que inevitablemente transforma sus decisiones en unas de carácter provisorio (Ríos, 2007: 44). Esto es con fuerza de cosa juzgada formal.<sup>12</sup>

Sobre lo segundo —recuérdese cómo la práctica constitucional ha venido delineando los alcances de la acción— puede afirmarse hoy sin problemas que el recurso de protección ha confirmado el perfil con el que se lo pensó (Henríquez, 2018: 4-6; Contreras y Lovera, 2020: 92 y 93; Almonacid, 2020: 327). De acuerdo a la práctica constitucional, el recurso opera como una acción precautoria (Marshall, 2010: p. 68) de urgencia (como alternativa a la autotutela) (Bordalí, 2006: 207, 217; Jana y Marín, 1996), o de carácter instrumental (Gómez, 2005: 77). Se trataría de una acción cautelar, ya que comparte con otras medidas cautelares su carácter de urgencia, no requiere esperar el juicio para proteger de manera preventiva derechos fuertes y no entrega sentencias definitivas (Leturia, 2018: 231 y 232; Almonacid, 2020: 329), sin perjuicio de que sí logre establecer decisiones permanentes (Larroucau, 2020b). Y aunque en los últimos años la acción se ha extendido a situaciones diversas a las que motivaron su introducción al derecho, por ejemplo, alzando la protección de derechos

---

<sup>10</sup> Más tarde, describiría la tendencia jurisprudencial a rechazar algunos recursos presentados, cuando existieran otros remedios procesales, como una restricción (Soto, 1984).

<sup>11</sup> Romero (1999) se refiere al concurso de acciones.

<sup>12</sup> Es cierto, como advierte Aldunate, que es posible que las cortes, al decidir recursos de protección, decidan el fondo de la cuestión. Aldunate, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección” (1999: 239). Pero esa es una decisión, por la fisonomía propia de la acción, que estará firme, mientras las partes involucradas no activen la vía (constitucionalmente) habilitada para litigar el fondo del asunto a través de la protección en un procedimiento de lato conocimiento. Desde luego, esto dependerá de las circunstancias concretas del caso, en la medida que ellas permitan que el asunto pueda volver a discutirse (lo que podría vincular esta discusión con la relativa al carácter indultado que debe tener el derecho, cuyo agravio se reclama vía protección (Romero, 1999: 511-512). Si esas circunstancias hacen imposible que el asunto pueda revisarse en un procedimiento de conocimiento lato, entonces la controversia sobre el recurso como sustituto o complemento procesal nunca se produjo.



diferentes a los que lista el precepto constitucional que la reconoce, ello “no cuenta como un argumento en favor de que ella deba cumplir un papel distinto del de una tutela de urgencia” (Larroucau, 2019: 251).

Otros autores que han debatido la naturaleza del recurso de protección han argumentado que dicha acción “no persigue la declaración de un derecho” y que “el pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero...” (Larroucau, 2020a: 485, 489). En otras palabras, el recurso de protección no sería, en sí, una acción cautelar, ya que lo cautelar no se refiere al contenido de la acción sino a las medidas de protección aplicadas en consecuencia. Esta posición intermedia admitiría, en principio, la posibilidad de que los jueces y juezas que resuelven los recursos de protección sigan teniendo cierto margen para delinear los derechos fundamentales con los que se relacionan estas acciones legales. Como veremos ahora, éste no ha sido el caso.<sup>13</sup>

En efecto, más allá de estas razones, hay un segundo aspecto de la práctica constitucional que ha conspirado contra el carácter informativo (en los términos arriba definidos) del recurso. Se trata del escaso razonamiento sustantivo que en sus sentencias es posible (o más bien dicho, imposible) encontrar, lo que hace del recurso de protección una herramienta estéril para construir una jurisprudencia sobre derechos fundamentales (Vargas, Peña y Correa, 2001: 62-69; Bordalí, 2011: 68-71). Ello se debe tanto al énfasis judicial en “los criterios legales, más constitucionales” (Larroucau, 2019: 262 y 263), como por el diseño mismo de la acción.

En efecto, la proliferación de acciones de protección se ha dicho que ha contribuido a vulgarizar el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Estos derechos, así, son degradados “al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema” (Gómez, 2005: 77-78). Como señala Leturia (2018), “(l)a adopción de soluciones jurisdiccionales que nacen de la aplicación directa de la Constitución... (ha) empobre(cido) el debate político y dificultando la precisión y correcta delimitación del contenido de los derechos” (234). Se trata de la misma preocupación que ha formulado Bor-

---

<sup>13</sup> De lo que no se sigue, desde luego, que la configuración no pueda tener lugar en otra sede, como la legislativa. Webber y Yowell (2018).

dalí y Aldunate, para quienes “(u)na tutela de urgencia y provisional de los derechos fundamentales se mostraría incapaz de contribuir a consolidar una dogmática constitucional en nuestro país” (Bordalí, 2006: 206), cuya consecuencia sería “un notable empobrecimiento conceptual en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales” (Aldunate, 2008, 365).

Como insinuó Carlos Peña, quizás esto es consecuencia de una cultura judicial poco preparada para un razonamiento de derechos fundamentales.<sup>14</sup> Así, dijo que se trataba de “una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica” (Peña, 1996: 155). Sin embargo, como acertadamente observó Atria (2000), una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una “práctica constitucional (que) es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica” (389). Este empobrecimiento conceptual, entonces, sería consecuencia de la fisonomía misma del recurso de protección. En efecto, el carácter informal de la misma, así como la posibilidad de abrir un espacio institucional a la aplicación directa de las regulaciones constitucionales, allanó el camino a la falta de precisión conceptual de los derechos fundamentales; una «vulgarización por constitucionalización», como se ha sostenido (Correa, 2005: 161-175). El problema de la jurisprudencia del recurso de protección, como el mismo Atria lo indicara hace cerca de 20 años atrás, es que de la forma que ha sido producida hace “difícil, por no decir imposible (su) sistematización” (1997: 129) lo que atenta contra la certeza jurídica (Accatino, 2007: 17-29). Frente a quienes señalaban que la riqueza de las resoluciones de protección descansa en su carácter multiforme, Atria sostenía, acertadamente, que “es poco robusta precisamente porque es multiforme” (1997: 129).

### III. CAMBIO SOCIAL Y DERECHO

Como señalamos más arriba, el recurso de protección ha sido utilizado con una frecuencia creciente debido a cambios tanto formales como ligados a la práctica judicial. Otro factor que contribuyó al aumento de los recursos de protección en el tiempo fue la renovación de la judicatura en

---

<sup>14</sup> Es lo contrario, sostuvo Soto (1984: 365) años atrás, lo que habría llevado a entregar la resolución de este recurso a los tribunales superiores: “conocedor el constituyente de la poca destreza que el juez poseía del manejo de la ley fundamental, entrega el conocimiento del RP a los tribunales superiores...”.

su conjunto, que de reconocidamente iliberal se volvió gradualmente más progresista en sus posturas. Contrariamente a lo que sugiere el sentido común, sin embargo, la transición a la democracia no tuvo un impacto directo sobre esta transformación. Factores ideológicos, junto con una estructura institucional que favoreció el conservadurismo, impidieron por mucho tiempo la adopción de principios más liberales por parte de los jueces. De hecho, durante la década de los noventa, el sistema judicial chileno mantuvo la postura condescendiente que lo había caracterizado durante la dictadura militar de Augusto Pinochet (Hilbink, 2009: 12). Adicionalmente, como sostienen algunos, las cortes chilenas fueron asignadas a tareas de derecho privado, que junto con la resiliencia de una cultura judicial amarrada al derecho natural y a la débil influencia del “nuevo constitucionalismo” sobre los jueces y las juezas, habría contribuido a la perpetuación de una actitud pasiva hasta bien avanzada la década de los noventa (Couso y Hilbink, 2011: 101-105).

### 1. *El derecho como una herramienta de cambio*

Análisis más recientes, reconocen un rol más activo de las cortes chilenas en la política. Aunque el Poder Judicial nunca reconoció su responsabilidad por el rol negligente asumido durante la dictadura, en su interior se dio un debate que produjo cambios importantes en las actitudes de los jueces hacia asuntos de derechos humanos, especialmente tras la detención del general Pinochet en Londres en 1998. Siguió reformas institucionales inspiradas por un cambio de paradigma desde el derecho positivo hacia el nuevo constitucionalismo. Éstas, a su vez, impulsaron cambios en la formación y socialización de los jueces, influenciando su ideología y comportamiento mediante un cambio en los incentivos y en la percepción de su rol en el contexto democrático, favoreciendo en última instancia la transición de una actitud deferente al activismo, al menos en ciertos niveles del Poder Judicial (Couso y Hilbink, 2011: 105-110).

En este nuevo contexto, los miembros del sistema judicial permitieron una extensión progresiva de los derechos constitucionales, en un esfuerzo concertado por ampliar el acceso a la justicia. Este objetivo se logró mediante nuevas interpretaciones jurídicas que permitieron la interposición de recursos de protección en ámbitos en los que antes no lo permitían. El derecho a la propiedad privada, seguido por el derecho a la igualdad ante

la ley y el derecho a la vida, fueron los derechos invocados con más frecuencia mediante recursos de protección, convirtiéndose en un medio para ampliar su alcance hasta incluir derechos que no están garantizados constitucionalmente por la actual formulación del artículo 20 de la Constitución (Navarro, 2012: 625). El alcance del derecho a la propiedad privada, por ejemplo, fue ampliado sustantivamente al ser extendido a bienes inmateriales, con el objetivo de ampliar la garantía constitucional a derechos que no están incluidos en el mencionado artículo. Ejemplo de ello es el esfuerzo realizado por los jueces para proteger el derecho a la salud mediante la reinterpretación del derecho a la propiedad privada en el caso de los planes de salud de las Isapres, cuyo precio sufre cambios unilaterales al alza en forma anual y sistemática. Otro ejemplo se puede encontrar en el ámbito de la educación, donde las cortes han invocado el derecho a la propiedad privada para reafirmar la obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación a los alumnos que fueron expulsados de sus colegios a raíz de las tomas, o cuya matrícula fue ya sea rechazada o cancelada. De la misma forma, el derecho a la vida ha sido utilizado en el caso de enfermedades potencialmente letales, como el VIH-sida, para resguardar el derecho a la salud, que no está protegido constitucionalmente (Pfeffer, 2006: 102).

## 2. La movilización legal

Por movilización legal se entiende, *stricto sensu*, la litigación orientada a promover o frenar el cambio social. Más en general, el término ha sido utilizado para describir cualquier proceso mediante el cual actores tanto individuales como colectivos invocan normas, discursos o símbolos legales con la finalidad de incidir en las políticas públicas o en el comportamiento de los decisores políticos (Vanhala, 2018). La gran pregunta que, implícita o explícitamente, articula la literatura sobre la movilización legal, y que sigue animando el debate académico, fue planteada provocativamente por Rosenberg: ¿tiene la movilización legal el potencial de transformar la sociedad? ¿Bajo qué condiciones? (Rosenberg, 1991: 1).

Las primeras contribuciones, que adoptaron mayoritariamente una perspectiva *top-down*, restringieron el foco a los impactos de las sentencias judiciales en la elaboración de políticas públicas, considerando el sistema judicial como una plataforma conservadora desde la cual era muy difícil conseguir cambios sociales significativos (Scheingold, 1974: 6; Horowitz,

1977, 309; Rosenberg, 1991: 2 y 3). En cambio, contribuciones posteriores, que adoptaron una perspectiva *bottom-up*, subrayaron la importancia de la movilización legal como un canal de participación política a disposición de los ciudadanos (Zemans, 1983: 692), y como una estrategia más dentro del repertorio de contestación al alcance de los movimientos sociales (Burstein, 1991: 1201).

Algunos autores destacaron que la movilización legal juega un rol educativo, ofreciendo una experiencia politizadora que promueve la formación de activistas (McCann, 1993: 203), y que ésta constituye una oportunidad para la participación de actores no organizados, cuyas demandas difícilmente son compartidas de manera transversal (Smulovitz, 2008: 289). Otros, en cambio, señalaron la utilidad de la movilización legal aún en caso de derrota judicial, explorando el potencial de la movilización a la sombra de la ley (Boutcher, 2010), de la victoria a través de la derrota (NeJaime, 2011), y del éxito sin victoria (Contesse y Lovera, 2008).

Sin embargo, otro grupo de autores ha destacado que el litigio es un arma de doble filo, planteando que éste esencialmente inhibe la efectividad de los actores (Brown-Nagin, 2005: 1436; Pieterse, 2008: 364) y que algunas victorias judiciales pueden producir cambios muy poco relevantes, o derechamente regresivos (Barkan, 2013). Esencialmente, este segundo grupo de autores sugiere que la relación entre los tribunales y los actores sociales es mucho más compleja y contingente de lo que se pueda estimar a primera vista.

El debate sobre la utilidad de las cortes para impulsar cambios legales sigue hasta el día de hoy. Muchos políticos y académicos están convencidos de que las cortes no son el lugar indicado para buscar cambios legales que se requieren, y que las leyes que se relacionan con derechos sociales deben ser elaboradas por el Poder Legislativo, implementadas por el Poder Ejecutivo y aplicadas por el Poder Judicial. Además, quienes comparten esta postura señalan que estas prácticas darían lugar a una conducta no democrática y “activista” de los jueces, que tendrían el poder de legislar desde los tribunales (Langford, 2008).

#### IV. EL POTENCIAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO UNA OPORTUNIDAD LEGAL: ESTUDIOS DE CASO

##### 1. *La acción de protección como oportunidad legal*

Consideramos la acción de protección como una oportunidad legal (Andersen, 2005: 8-14) a raíz del hecho que ésta garantiza un acceso expedito y sin costos a la justicia. La interposición de un recurso de protección puede ocurrir frente a cualquiera de las 17 cortes de apelaciones del país, es gratuita y no requiere de los conocimientos de un abogado. Los únicos requerimientos para su interposición son la descripción detallada de cuándo y cómo ocurrió la vulneración o amenaza del goce de uno o varios derechos fundamentales claramente especificados, y el respeto del plazo de 30 días desde que ocurrió dicha vulneración o amenaza. En otras palabras, la interposición de un recurso de protección no pone barreras relevantes en términos de acceso a la justicia por parte de la ciudadanía.<sup>15</sup> Como lo ha señalado recientemente Carrasco, además de la rapidez con que se resuelven estas acciones, las “escasas reglas procedimentales y probatorias han sido un incentivo irresistible para los litigantes al momento de impugnar una acción u omisión antijurídica de un órgano de la Administración del Estado” (2021: 198).

Sin embargo, los obstáculos surgen al momento en que la acción de protección inicia su trámite, ingresando al sistema judicial. En efecto, y para lo que acá nos interesa discutir, el diseño de la acción, así como su práctica constitucional, se han mostrado especialmente hostiles a la hora de defender valores públicos o colectivos derivados del “papel estructurante” que los derechos fundamentales tienen o debieran tener en una sociedad (Jenkins, 2021: 332). Esto se debe, en buena medida, a una concepción individualista que permea el conflicto procesal, en la que camparía una “lógica

---

<sup>15</sup> Esto no es tan cierto en el ámbito medioambiental, donde a menudo se requiere la realización de estudios de suelo, agua, vulcanológicos, entre otros, para demostrar la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19.8); lo que configuraría un acceso desigual a la justicia, siendo que las empresas proponentes de los proyectos cuentan con muchos más recursos económicos para financiar dichos estudios que, por ejemplo, las comunidades y movimientos ciudadanos o indígenas que se oponen a los mismos.

civilista” conforme a la que la acción de protección ha terminado siendo “una acción de carácter individual” (Jenkins y Malebrán, 2021: 333-335). La renuencia de las cortes a acoger acciones de protección que trasciendan al individuo que las presenta (Henríquez, 2018: 21-25), en definitiva, ha reducido los derechos fundamentales a “meros derechos subjetivos” (Jenkins y Malebrán, 2021: 337), lo que hace aún más difícil que cumpla con la función pública arriba identificada.

Mientras la lectura centrada en el ámbito judicial se queda allí, sin por ello dejar de ofrecer importantes antecedentes, nos interesa expandir la mirada. Como hemos dicho al inicio, es aquí donde cobra importancia el tipo de actor que interpone el recurso de protección y las acciones emprendidas por éste, más allá de la interpelación de las cortes. Esto permite explicar que el recurso de protección siga siendo una oportunidad para los individuos o grupos que lo interponen, pues incluso el rechazo de recursos de protección interpuestos en el marco de causas delicadas, y al mismo tiempo respaldadas por actores dotados de una capacidad de problematización de la demanda en cuestión, tiene el potencial de contribuir a delinear los derechos que éstos protegen y, en ocasiones, a propiciar cambios legales relevantes.

En este trabajo postulamos que existen distintos tipos de actores, más o menos densos organizacionalmente, que tienen mayor o menor capacidad de liberar el potencial señalizador de la necesidad de adoptar cambios legales que el recurso de protección guarda. Actores más densos organizacionalmente serán capaces de posicionar demandas individuales como problemáticas colectivas, por medio de un efecto señalizador eficaz del recurso de protección, mediado por interacciones de distinto tipo con el sistema político. Actores menos densos organizacionalmente, en cambio, no lograrían el posicionamiento de demandas individuales en el plano colectivo, y obtendrían un efecto señalizador débil o nulo del recurso de protección.

En cuanto a los factores que favorecen la transposición de una demanda al plano público, lo que ocurre mayoritariamente, aunque no exclusivamente, a través de la protesta y del *lobby*, los teóricos de la movilización de recursos han argumentado que existen distintos tipos de recursos. McCarthy y Zald, por ejemplo, enfatizaron la importancia de los recursos externos, como los económicos, la infraestructura, la legitimidad y la disponibilidad de recursos humanos (McCarthy y Zald, 1977: 1236-1238),

mientras otros se han enfocado exclusivamente en el papel de los recursos internos, tales como las redes preexistentes y el capital humano de los grupos movilizados (Morris, 1981: 746 y 747). Otros autores han apuntado a la disponibilidad de conocimiento experto como un prerrequisito para la activación de estrategias de *lobby*, ya que los legisladores son más propensos a escuchar a quienes son profesionales y hablan su mismo lenguaje. Particularmente relevante, en este sentido, es el “contexto legislativo”, un concepto que agrupa diferentes elementos que influyen el quehacer legislativo, como el conocimiento de los legisladores, la atención de la opinión pública, el consenso político, entre otros (Victor, 2007: 830-833).

## 2. La evidencia a partir de dos casos emblemáticos

A continuación, exploraremos dos casos emblemáticos en los que se aprecia la importancia de una configuración de factores susceptibles de habilitar el rol señalizador del recurso de protección de la urgencia de adoptar cambios legales. En el primer caso, estamos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permite dotar el recurso de protección de un efecto señalizador eficaz, de la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, veremos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional es nula, tiene un efecto señalizador débil, que diluye la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado.

### A. El caso de las personas viviendo con VIH-sida

El primer caso vio el despliegue, a fines de los años noventa, de una estrategia legal por parte de un grupo de personas con VIH-sida, en una época en que el tratamiento para esta enfermedad no estaba disponible en Chile, y su financiamiento no se encontraba cubierto por el Estado. En este caso jugó un rol protagónico Vivo Positivo, una organización de alcance nacional que articulaba a las personas con VIH-sida, una minoría altamente organizada desde los tiempos de la dictadura. Dicha organización gozaba,



por tanto, de cierta legitimidad, y contaba con capital humano especializado en la problemática que afectaba a sus miembros.

La negación del acceso universal y gratuito al tratamiento antirretroviral configuraba, de acuerdo a los afectados, una violación del derecho a la vida, consagrado por el artículo 19.1 de la Constitución política, por parte del Estado. Se trataba de un asunto de vida o de muerte, altamente sensible, cuya resonancia a nivel social fue incrementando en el tiempo.

Frente a la delicada situación de miles de personas, y con el patrocinio de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Vivo Positivo promovió la interposición de una serie de recursos de protección por parte de personas que padecían VIH-sida. Sin embargo, las tres acciones legales interpuestas en 1999 fueron declaradas inadmisibles por invocar el derecho a la vida (artículo 19.1). De acuerdo con los jueces, el derecho a litigar debería haber sido el derecho a la salud (artículo 19.9), y no el derecho a la vida, el que sin embargo se encontraba excluido de la garantía constitucional.<sup>16</sup>

En 2000, tras una intensa cobertura de los primeros tres casos por parte de los medios de comunicación, fueron interpuestos 24 nuevos recursos de protección. Si bien esta vez las acciones legales fueron admitidas, y no obstante el reconocimiento del derecho a la vida como absoluto por parte de la doctrina judicial, estos recursos fueron fallados en contra bajo el argumento que la amenaza a la vida provenía de la enfermedad y no de una omisión del Estado. En 2001, fue presentado un último recurso de protección apelando al derecho a la vida como absoluto, el que fue fallado a favor por la Corte de Apelaciones frente a la cual fue tramitado, pero luego desestimado por la Corte Suprema (Corte Suprema, 2001), que señaló que la sede para resolver ese tipo de problemas no debía ser la judicial, sino aquella política.

Las sucesivas derrotas judiciales habían sido cubiertas extensamente por la prensa, lo que había generado un amplio debate público, una intensa discusión académica y una nueva sensibilidad social con respecto a la

---

<sup>16</sup> La exclusión del derecho a la salud de las garantías constitucionales se remonta a la idea de Estado subsidiario, un Estado en el que la libertad económica es el motor principal de la economía, y en el que el sector público intervenía solamente en los espacios residuales, que excedía la capacidad de los privados y no cubiertos por la capacidad de los mismos. De esta forma, los llamados derechos “positivos”, que dependían de la disponibilidad de fondos públicos, quedaron excluidos de la garantía constitucional plasmada en el texto fundamental de 1980.

situación de las personas con VIH-sida, incrementada por el fallecimiento de varios litigantes, quienes se encontraban a la espera de una definición por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tras haber agotado los recursos internos, en pleno proceso de judicialización.

Las derrotas judiciales tuvieron repercusiones positivas en el sistema político, donde la problemática del VIH-sida, salvo los esfuerzos de algunos parlamentarios por legislar sobre el tema, había dormido extensamente. Sin embargo, dichas repercusiones no se debieron meramente a lo ocurrido en las cortes. Desde 1997, Vivo Positivo había desempeñado un rol clave en las negociaciones entre el gobierno y ONUSIDA, la agencia ONU a cargo de las problemáticas generadas por la epidemia del VIH-sida a nivel mundial. El capital humano y el conocimiento experto del personal que integraba Vivo Positivo permitieron que la organización empezara a tener el peso necesario para influenciar a los tomadores de decisiones en el ámbito de las políticas del VIH.

En 2001, el Estado y organizaciones no gubernamentales postularon al Fondo Global de Naciones Unidas para lograr el financiamiento de las triterapias y garantizar progresivamente la cobertura universal del tratamiento antirretroviral (Contesse y Lovera, 2008: 157 y 158). Además, representantes de la agrupación lograron negociar en forma directa con las principales contrapartes nacionales a cargo de las políticas relacionadas con la gestión de la epidemia en Chile, entre los que destacan el Ministerio de Salud, Conasida, directivos del ámbito de la salud y encargados de programas dedicados al VIH. Adicionalmente, Vivo Positivo lideró la capacitación y generación de condiciones para la integración social de las personas con VIH-sida, jugando un rol clave en la ejecución y control social del proyecto del Fondo Global para Chile, y en el diseño de políticas públicas para asegurar la distribución de los tratamientos en el país (Contesse y Lovera, 2008: 157). Finalmente, Vivo Positivo asesoró al gobierno en la elaboración de un proyecto de ley que garantizara la cobertura universal de algunas enfermedades catastróficas, entre ellas el VIH (Ley 19.779 de 2001).

En este caso, la derrota judicial contribuyó a legitimar la demanda por una cobertura universal y gratuita del tratamiento antirretroviral en Chile. Sin embargo, el empujón más fuerte para el cambio legislativo fue dado por la eficacia del poder señalizador de los recursos de protección interpuestos, respaldado por la densidad organizacional de los actores no gu-

bernamentales involucrados en la generación de políticas públicas para enfrentar la pandemia del VIH-sida en Chile, sin los cuales ni la derrota judicial, ni la sensibilización operada por el debate público, ni la cobertura por parte de los medios de comunicación hubiesen podido lograr algún resultado político.

### *B. El caso de las Isapres*

El segundo caso guarda relación con las alzas unilaterales en el precio de los planes de salud privada, fenómeno que ha generado una ola de judicialización en este ámbito. La impugnación de las alzas ocurrió por primera vez en 2008 en virtud de la violación del derecho a la propiedad (artículo 19.24), piedra angular de la Constitución de 1980. El derecho a la propiedad, aplicado a los planes de salud, implica la imposibilidad de operar variaciones unilaterales en el precio de los mismos, por lo que el argumento de los litigantes fue bien acogido por los jueces.

Tras los primeros éxitos judiciales, que permitieron el reembolso del dinero cobrado ilegalmente a los cotizantes, la interposición de recursos de protección en el ámbito de la salud privada se sistematizó y masificó a niveles jamás pensados. La acogida del argumento basado en el derecho a la propiedad generó un nuevo nicho de negocio, que fue aprovechado por decenas de empresas en línea que ofrecen el servicio de interposición gratuita de recursos de protección en contra de las Isapres que, siendo la parte perdedora, además de restituir las sumas cobradas ilegalmente a los cotizantes a raíz de las alzas unilaterales, también deben pagar los gastos relacionados con los juicios. La ola de judicialización que embistió al sistema judicial, por otra parte, requirió de ajustes por parte del mismo para poder atender a esta nueva clase de demandas, consistentes de la automatización de la tramitación de estos recursos.

Sin dudas que la victoria judicial desincentivó la búsqueda de otras vías para la canalización del descontento de los afiliados de las Isapres, pero ésta está lejos de ser la única responsable del efecto regresivo de los recursos de protección interpuestos en este ámbito. Si bien la cobertura mediática de la oleada de judicialización fue consistente, y se haya inaugurado cierto debate académico sobre la reforma al sistema de salud privada, la vía política no se prospectó como una posible alternativa a la vía judicial, como ocurrió en el caso del VIH-sida. La vía política no se exploró por

la escasez de actores dotados de la capacidad de convertir una demanda individual en una demanda pública.

Como he mencionado, los actores responsables de la interposición de casi un millón de recursos de protección en los últimos 10 años son individuos y empresas en línea, abocadas casi exclusivamente a ese servicio. A lo largo de la historia democrática ha existido un solo intento de acción colectiva en el ámbito de la salud privada: aquél, representado por Corpusapres en 2000, frustrado a causa de la escasa asociatividad que se registraba (y se registra hasta la actualidad) entre los cotizantes de la salud privada, pertenecientes al 20% más rico de la población.<sup>17</sup>

Con la agravante de la victoria judicial sistemática, la demanda, acotada a la ilegalidad de las alzas en el contexto de los derechos contractuales, terminó reduciendo los contornos de una demanda más generalizada por una mayor justicia en el sistema de salud. Además de no existir una verdadera demanda articulada por los actores sociales, en este ámbito se ha observado, a lo largo de las últimas décadas, una voluntad política insuficiente, que no logró catalizar los consensos para adoptar reformas políticas que llevan años siendo debatidas, pero que aún “duermen” en el Congreso.

Como demuestra la comparación de estos dos casos emblemáticos, el recurso de protección tiene el potencial de catalizar reformas legales, siempre y cuando tenga un efecto señalizador eficaz. Para ello, los actores sociales que lo interponen deben poseer cierta densidad organizacional, la que es susceptible de habilitar un proceso de delineamiento de la demanda en la esfera pública. En cambio, si el recurso de protección es utilizado por actores desorganizados, es susceptible de tener un efecto señalizador débil, que no logra dotar la demanda en cuestión de la legitimidad y urgencia necesarias para impulsar cambios legislativos. Para que el recurso de protección cumpla con su función delimitadora de los derechos, entonces, más allá de la victoria o de la derrota judicial, sería clave la existencia de un actor organizado que tenga claro cuáles son los objetivos de su acción colectiva.

---

<sup>17</sup> Entrevista con el abogado del Consejo de Defensa del Estado, 16 de noviembre de 2016.

## V. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, podemos afirmar que el recurso de protección, considerado *per se*, es un dispositivo que responde a la lógica cautelar, más que al llamado a cumplir una función señalizadora de la urgencia de implementar determinados cambios legales. Sin embargo, el recurso de protección ofrece un canal de participación política, constituye una estrategia al alcance de los actores sociales, y puede cumplir una función señalizadora eficaz de la necesidad de implementar cambios legales. En el primer caso analizado, estuvimos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permitió dotar el recurso de protección de un efecto señalizador fuerte, que evidenció la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, vimos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional era nula, tuvo un efecto señalizador débil, que diluyó la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado en los resultados de cientos de miles de litigios puntuales.

Como fue ilustrado claramente por el caso del VIH-sida, la movilización legal, siempre y cuando esté acompañada por cierta densidad organizacional, promueve el interés público y dota a la demanda de la legitimidad y de la urgencia necesaria, como para ser oída por el sistema político. La identificación de este mecanismo causal nos permite desestimar el argumento de la naturaleza cautelar absoluta del recurso de protección, analizado bajo una nueva luz y en conjunto con las características del actor que lo interpone, de que sí serían capaces de activar el poder señalizador del mismo en pos de la urgencia de impulsar cambios por la vía política.

En este sentido, hemos alumbrado la importancia de la densidad organizacional de los actores, definida como un conjunto de recursos tanto internos como externos, materiales como inmateriales, que le permiten a quienes libran una estrategia legal, basada en la interposición de un recurso de protección, interactuar con el sistema político con el propósito de problematizar eficazmente su demanda y de impulsar cambios legales, más allá de las cortes y sus sentencias.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D. (2007). “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”. En BORDALÍ, A. (coord.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2a. ed. Santiago. Chile: LexisNexis.
- ALDUNATE, E. (1999). “La protección al acoso: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 20 (1).
- ALDUNATE, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALLARD, R. *et al.* (2016). “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”. *Revista Estudios Constitucionales*. 14 (1).
- ALMONACID, F. (2020). “Algunas propuestas para el rediseño de la acción constitucional de protección”. En MUÑOZ, F. y PONCE DE LEÓN, V. (coords.). *Conceptos para una nueva Constitución*. Santiago, Chile: DER Ediciones.
- ANDERSEN, E. (2005). *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. The University of Michigan Press: Ann Arbor.
- ATRIA, F. (1997). *Los peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- ATRIA, F. (2000). “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. *Revista Estudios Públicos*. 79.
- BARKAN, S. (2013). “Beware of Lawyers Bearing Gifts, or Why Social Movements Should be Wary of Litigation”. *Mobilizing Ideas*. Disponible en: <https://mobilizingideas.wordpress.com/2013/02/04/beware-of-lawyers-bearing-gifts-or-why-social-movements-should-be-wary-of-litigation/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- BASSA, J. y ASTE, B. (2015). “Mutación de los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos constitucionales a la salud y al trabajo en Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. 42 (1).
- Boletín Num. 8105-11. Núm. 038-367. 22 de abril de 2019.

- BORDALÍ, A. (2006). “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 19 (2).
- BORDALÍ, A. (2011). “El recurso de protección chileno al banquillo”. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 5 (7).
- BORDALÍ, A. (2020). “La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”. *Estudios de Derecho*. 77 (170).
- BOUTCHER, S. (2010). “Mobilizing in the Shadow of the Law: Lesbian and Gay Rights in the Aftermath of *Bowers v. Hardwick*”. *Research in Social Movement, Conflict and Change*. 31.
- BROWN-NAGIN, T. (2005). “Elites, Social Movements and the Law: the Case of Affirmative Action”. *Columbia Law Review*. 105 (5).
- BURSTEIN, P. (1991). “Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: the Struggle for Equal Employment Opportunity”. *American Journal of Sociology*. 96 (5).
- CARRASCO, E. (2021). “El recurso de protección en materia ambiental: ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento”. *Actualidad Jurídica*. 43.
- CEA, J. (2008). *Derecho constitucional chileno*. 2a. ed. T II. Santiago: Ediciones UC.
- CONTESSE, J. y LOVERA, D. (2008). “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH-sida: éxitos sin victoria en Chile”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 5 (8).
- CONTRERAS, P. y LOVERA, D. (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORDERO, L. (2020). *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: DER Ediciones.
- CORREA, R. (2005). “Vulgarización por constitucionalización”. *Revista Derecho y Humanidades*. 11.
- CORTE SUPREMA. 9 de octubre de 2001. Rol núm. 2.186.
- COUSO, J. (2006). “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”. En GARGARELLA, R. et al. (eds.). *Courts and Social Transformations: An Analytical Framework*. Aldershot: Ashgate.

- COUSO, J. y HILBINK, L. (2011). "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile". En HELMKE, Gretchen y RÍOS-EPP, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: Univ. of Chicago.
- EDITORIAL (2019, 6 de abril). "Isapres que recibieron más recursos de protección subirán más sus precios". *La Nación*. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/isapres-que-recibieron-mas-recursos-de-proteccion-subiran-mas-sus-precios/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- FERRADA, J. et al. (2003). "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada para un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho (Valdivia)*. 14.
- GARCÍA, J. (2013). "Nueva jurisprudencia sobre Isapres: aspectos jurídicos y de política pública". *Sentencias destacadas*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- GÓMEZ, G. (2005). *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Diego Portales.
- HABERMAS, J. (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. 4a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- HENRÍQUEZ, M. (2018). *Acción de protección*. Santiago: DER Ediciones.
- HILBINK, L. (2009). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOROWITZ, D. (1977). *Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- JANA, A. y MARÍN, J. (1996). *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JENKINS, G. y MALEBRÁN, E. (2021). "Recurso de protección y proceso constituyente: propuestas de mejoras a la acción desde la perspectiva de la legitimación procesal". *Actualidad Jurídica*. 43.
- JORDÁN, T. (2013). "El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre



- el subsistema privado de salud”. *Revista Estudios Constitucionales*. 11 (1).
- LANGFORD, M. (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge and New York. Cambridge: University Press.
- LARROUCAU, J. (2019). “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”. *Revista de Derecho Privado*. 37.
- LARROUCAU, J. (2020a). “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*. 47 (2).
- LARROUCAU, J. (2020b). “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Coquimbo. 27 (4) [online].
- LETURIA, F. (2018). “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales*. 16 (1).
- LOVERA, D. (2017). “Destinatarios de los derechos fundamentales”. En CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.). *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general*. Santiago: LOM.
- MARSHALL, P. (2010). “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”. *Estudios Constitucionales*. 8 (1).
- MCCANN, M. (1993). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- MCCANN, M. (2008). “Litigation and Legal Mobilization”. En CALDEIRA, G. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford and Nueva York. Oxford: University Press.
- MCCARTHY, J. y ZALD, M. (1977). “Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory”. *American Journal of Sociology*. 82 (6).
- MORRIS, A. (1981). “Black Southern Student Sit-In Movement: An Analysis of Internal Organization”. *American Sociological Review*. 46 (6).
- MOTTA, O. (2011). “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”. *Texas Law Review*. 89.
- NAVARRO, E. (2012). “35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa”. *Estudios Constitucionales*. 10 (2).

- NEJAIME, D. (2011). "Winning Through Losing". *Iowa Law Review*. 96.
- NOTICIAS (2020, 3 de mayo). "Recurso de protección contra Isapres por alza de precios de los planes de salud de sus afiliados presentó Conadecus". *Diario Constitucional.cl*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/05/03/recurso-de-proteccion-contra-isapres-por-alza-de-precios-de-los-planes-de-salud-de-sus-afiliados-presento-conadecus/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- PEÑA, C. (1996). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PFEFFER, E. (2006). "El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile". *Estudios Constitucionales*. 4 (2).
- PIETERSE, M. (2008). "Health, Social Movements, and Rights-Based Litigation in South Africa". *Journal of Law and Society*. 35 (3).
- RÍOS, L. (2007). "La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno". *Estudios Constitucionales*. 5.
- ROMERO, A. (1999). "Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección". *Revista Chilena de Derecho*. 26 (2).
- ROSENBERG, A. (1991). "Selection and Science: Critical of David Hull's Sciences as a Process". *Biology and Philosophy*. 7.
- ROSENBERG, G. (2018). *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change*. 2a. ed. Chicago: University of Chicago Press.
- SALGADO, C. (2015). "Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional". *Revista de Derecho*. Coquimbo. 22 (1).
- SCHEINGOLD, S. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public, Policy, and Political Change*. Yale University: New Haven.
- SMULOVITZ, C. (2008). "La política por otros medios: judicialización y movilización legal en la Argentina". *Desarrollo Económico*. 48 (190-191).
- SOTO, E. (1976). "Amparo judicial y recurso de protección". *Revista de Derecho Público*. 19-20.
- SOTO, E. (1984). "El recurso de protección: aspectos fundamentales". *Revista Chilena de Derecho*. 11 (2-3).
- VANHALA, L. (2018). "Legal Mobilization". *Oxford Bibliographies*. DOI: 10.1093/OBO/9780199756223-0031. Disponible en: <https://www.o>

- xfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml* (recuperado el 15 de noviembre de 2021).
- VARGAS, J., (2001). *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- VICTOR, J. (2007). “Strategic Lobbying: Demonstrating How Legislative Context Affects Interest Groups’ lobbying Tactics”. *American Politics Research*. 35 (6).
- VIVANCO, Á. (2010). “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*. 37 (1).
- WEBBER, G. y YOWELL, P. (2018). “Introduction: Securing Human Rights through Legislation”. En WEBBER, G. *et al.*, *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZEMANS, F. (1983). “Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System”. *The American Political Science Review*. 77 (3).
- ZÚÑIGA, A. (2013). “Isapres, tribunal constitucional y distribución del derecho a cuidado sanitario”. *Revista Médica de Chile*. 141 (4).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La Constitución de la cuarta transformación

### *The Constitution of the fourth transformation*

*Recepción:* 12 de abril de 2021

*Aceptación:* 31 de mayo de 2021

Carlos ELIZONDO MAYER-SIERRA\*

**RESUMEN:** Este artículo pretende ofrecer una respuesta a la siguiente pregunta: ¿por qué, a pesar de todo su poder político, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) no llevó a cabo en los primeros dos años y medio de su gobierno reformas constitucionales que impactaran significativamente la naturaleza del régimen político? ¿Qué reformas si hizo y por qué? Se intentará ofrecer una respuesta a partir de dar cuenta de las reformas constitucionales aprobadas por el gobierno de la autodenominada “cuarta transformación” en sus primeros dos años y medio de gobierno.

**Palabras clave:** CPEUM, reformas constitucionales, regímenes políticos.

**ABSTRACT:** This article aims to offer an answer to the following question: Why, despite all his political power, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) did not carry out in his first two years and a half in power constitutional reforms that significantly impacted the nature of the political regime? Which reforms did take place and why? An attempt will be made to offer an answer based on an account of the constitutional reforms approved by the government of the so-called “fourth transformation” in its first two years and a half of government.

**Keywords:** CPEUM, constitutional reforms, political regimes.

---

\* Doctor en ciencia política por la Universidad de Oxford y profesor e investigador de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey. ORCID: 0000-0002-1919-1586; [carlos.elizondo@tec.mx](mailto:carlos.elizondo@tec.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las reformas constitucionales de AMLO*. III. *Conclusiones*. IV. *Apéndice: reformas constitucionales aprobadas durante la 4T*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La tesis principal de este artículo es que, no obstante su gran poder político —cuyas causas y efectos consideraré en su momento—, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) no lo utilizó en los primeros dos años y medio de su sexenio para llevar a cabo reformas constitucionales que impacten significativamente la naturaleza de nuestro régimen político. Sí ayudan a centralizar el poder en la figura del Ejecutivo, sobre todo cuando AMLO controla ambas cámaras, pero muchas de las reformas constitucionales aprobadas hasta ahora —reformas que describiré en su momento— tienen un carácter más bien simbólico, especialmente aquellas que se refieren a la ampliación de ciertos derechos, como intentaré argumentar.

López *et al.* (2020: 90) ofrecen dos posibles hipótesis para explicar la primera tesis: la primera, que la intención de AMLO es reinventar el orden político y social sin ninguna ruptura revolucionaria de por medio; segunda, que dicho reinvento “se ve acotado por las limitaciones sustantivas, temporales y procedimentales propias de una democracia constitucional, que restringen una voluntad única para someterla al escrutinio público y la pluralidad propia de una sociedad compleja”. De esta tensión entre ambas hipótesis surge lo que López *et al.* (2020: 91) identifican, a la vez, como un riesgo al orden democrático y como una suerte de paradoja: si la llamada cuarta transformación (4T) aspira a un cambio de régimen y, paralelamente, surgió de una elección democrática y de un mandato de cambio, ¿por qué no “relajar ciertos límites y controles en aras de concretar tal transformación” (López *et al.* 2020: 91)?

Este artículo argumenta que AMLO no quiso invertir capital político en hacer esas reformas, sino en dejar un legado en temas que considera fundamentales, pero que muchos de ellos son más simbólicos que otra co-

---

<sup>1</sup> Agradezco a Emilio Méndez su apoyo en la elaboración de este artículo, así como los sugerentes y críticos comentarios de dos dictaminadores anónimos a una versión previa, los cuales lo mejoraron sustantivamente.

sa.<sup>2</sup> Ha optado por otra ruta, que no será discutida en este texto: reformas a la legislación que violan la Constitución, como la reforma eléctrica. La más conspicua, el transitorio que extiende el mandato del presidente de la Corte y de los miembros de la judicatura por dos años.

Como veremos enseguida, la gran cantidad de reformas constitucionales llevadas a cabo por la cuarta transformación no era parte de la oferta electoral de Movimiento de Regeneración Nacional (Morena) ni de su plataforma política inicial. Sin embargo, como también veremos, hubo una circunstancia que, según sostendré, cambió el panorama: la sobrerrepresentación que obtuvo la coalición “Juntos haremos historia” (Morena, Partido del Trabajo y Partido Encuentro Social) en el Congreso federal. Esta circunstancia explica, contrafácticamente, por qué el partido del gobierno ha podido llevar a cabo parte de su 4T mediante reformas constitucionales y no, como en su momento aseguró AMLO (López *et al.*, 2020), mediante “el marco legal actual”. Sin embargo, enfrentó en el tema de la revocación de mandato la oposición en el Senado que le puso un freno en sus aspiraciones de aparecer en la boleta en la elección intermedia.

Esta sobrerrepresentación no obtenida en las urnas, sino construida mediante acuerdos con legisladores de otros partidos una vez pasadas las elecciones, tiene —y ha tenido, según sostendré— serios efectos sobre nuestro marco constitucional, especialmente en lo relativo a la división de poderes. Al respecto, escribe Przeworski (2010: 216 y 217):

Sencillamente no tiene sentido, y es posible que desde el comienzo no lo haya tenido, analizar la separación de poderes y las acciones de los gobiernos sin reconocer el papel de los partidos políticos. Y en la mayoría de las circunstancias, éstos hacen que el foco puesto en la separación de poderes se vuelva en gran parte insignificante. Si el mismo partido, o una coalición de partidos, controlan la legislatura y el Ejecutivo, y designan a los jueces, no hay más que un poder: la mayoría. Las funciones siguen siendo distintas y sigue siendo verdadero que diferentes ramas hacen diferentes cosas: aun en el sistema parlamentario puro, el Parlamento legisla, el gobierno ejecuta y los tribunales juzgan. Además, es posible que miembros del mismo partido todavía se tomen en serio los intereses del poder al que

---

<sup>2</sup> Una discusión sobre el marcado contraste que existe entre cómo está definido constitucionalmente el derecho a la salud y la forma en la que se distribuye y financia en la práctica, se encuentra en Elizondo (2007).

sirven. Pero el Parlamento legisla y el gobierno ejecuta la voluntad de una mayoría partidaria.

En el caso del gobierno de AMLO, le faltó tener las dos terceras partes de los votos en el Senado. Ahí estuvo el dique para las reformas que afectaban la naturaleza del régimen político. AMLO no puso mucha energía en tratar de vencer esas restricciones y la oposición se sumó al resto de sus reformas constitucionales.

Los cambios constitucionales hasta ahora aprobados no fueron parte de la oferta de campaña de AMLO a la presidencia de México para el periodo 2018-2024. En ésta, en el marco del aniversario 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), AMLO dijo que la Constitución actual “ya no es la original”, porque se ha “ajustado a los intereses de la banda de malhechores que se han dedicado a robar, a saquear nuestro país”. Sin embargo, semanas más tarde, durante una reunión con la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex), AMLO dijo que “no queremos iniciar con reformas [constitucionales]; con el marco legal actual podríamos iniciar los cambios. Vamos a dejar las reformas para mediados del sexenio” (AFP, 2018).

Como se verá a lo largo de este artículo, AMLO no cumplió con esta promesa. Cuando la hizo, probablemente no creía que su victoria le daría una mayoría tan amplia en el Poder Legislativo. Ésta fue muy superior a lo que sería esperable dado el porcentaje de votos que obtuvo su coalición en la elección legislativa.

Al respecto, Crespo (2020: 1053, 1093 y 1114) señala que

... la consecución de la mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas no se debe a la votación recibida en las urnas por la coalición obradorista, sino a la sobrerepresentación permitida por el sistema electoral vigente. En efecto, si bien AMLO recibió 55% de la votación efectiva para la presidencia, su coalición recibió solamente 44% en la pista legislativa (tanto en diputados como en senadores)... En 2018 el gran favorecido... fue el obradorismo, pues en la Cámara de Diputados su coalición quedó sobrerepresentada en 18 puntos porcentuales (mismos en que el resto de partidos quedaron subrepresentados); es decir, Morena, el PES y el PT obtuvieron en conjunto 44% del voto en dicha pista (11 puntos menos de lo captado por AMLO en la presidencial), pero recibieron el 61% de curules en dicha cámara. En otras palabras, eso significa que 44% de los votantes deseaba darle a López Obrador una mayoría absoluta en la Cámara de Diputados, en tanto que el restante 56%

no votó por eso (incluido el 11% de electores que sufragó por AMLO para presidente, pero no por su coalición para el Legislativo).<sup>3</sup>

Una vez que se encontró con todo ese poder, optó por modificar la Constitución para tratar de cumplir su proyecto de transformación, pero sin afectar de fondo la naturaleza del régimen político, lo cual contrasta con lo hecho por otros presidentes disruptivos como AMLO. Es relativamente común cambiar la Constitución a la menor oportunidad que tengan. Hugo Chávez convocó a un referéndum para dar forma a una asamblea constituyente (oficialmente llamada Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela) el mismo día que asumió el primero de sus dos mandatos presidenciales, el 2 de febrero de 1999. Dicho referéndum se llevó a cabo el 25 de abril de 1999, y la pregunta relativa a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que crease un nuevo ordenamiento jurídico a fin de conseguir una democracia “social y participativa” obtuvo el “sí” del 87.7 por ciento de los votantes.<sup>4</sup>

Chávez había ganado con el 56.5 por ciento de los votos la elección del seis de diciembre de 1998. En la elección concurrente para legisladores, su coalición, Movimiento V República (MVR), obtuvo el 21 por ciento de los votos para diputados, lo cual le dio 49 de 189 escaños. Muy lejos de la mayoría. En la elección para la Asamblea Constituyente del 25 de julio de 1999, la coalición chavista obtuvo 125 asientos de un total de 131.

Con lo aprobado por esta Asamblea Constituyente se logró rediseñar el sistema político para, entre otras cosas, controlar los tres poderes constitucionales venezolanos.<sup>5</sup> En la primera elección posterior a la nueva Constitución, llevada a cabo el 30 de julio de 2000, su movimiento, denominado Polo Patriótico, ganó las elecciones presidenciales y las parlamentarias. Chávez obtuvo el 59.76 por ciento de los votos, y en la Asamblea Nacional

---

<sup>3</sup> Para un análisis más detallado al respecto, véase a Murayama (2019).

<sup>4</sup> El 15 de diciembre de 1999, el gobierno chavista convocó un segundo referéndum constitucional para ratificar la Constitución resultante del primer referéndum.

<sup>5</sup> Por cierto, el debilitamiento institucional es uno de los peligros que puede traer consigo una asamblea constituyente en el contexto latinoamericano, según los estudios comparados de Estrada *et al.* (2005). Los otros dos peligros, también relevantes para el caso venezolano, son: 1) que el proceso (de una asamblea constituyente) puede surgir de la actuación personal del jefe de Estado; 2) que “cuando la sociedad presiona reclamando cambios estructurales, el derecho tiene que asumir su carácter de producto social” (Estrada *et al.*, 2005: 210).



su movimiento obtuvo el 44.38 por ciento de los votos, lo que se tradujo en una mayoría absoluta (ganó 92 de los 165 escaños, es decir, el 55.7 por ciento). Empezaba la sobrerrepresentación del chavismo, que mediante artilugios destinados a subvertir la representación proporcional, a manipular las circunscripciones electorales, así como las proyecciones poblacionales, garantizó a los candidatos oficialistas una sobrerrepresentación insólita, alcanzada en la elección parlamentaria de 2005, con 60 por ciento de los votos, el 88 por ciento de los escaños. Esto se debió a que, en la práctica, virtualmente todos los parlamentarios “perteneían a las filas del oficialismo” (de manera particular, los candidatos de los partidos minoritarios del chavismo) (Jiménez, 2011: 93).

Abundan los ejemplos de reformas constitucionales al arranque de un gobierno de ruptura, que luego se pueden ir profundizando en el tiempo.<sup>6</sup> Las reformas constitucionales son un mecanismo utilizado por muchos líderes que llegaron democráticamente al poder para minar esas mismas instituciones democráticas que les permitieron ganar.<sup>7</sup> Ya no es usual hacer golpes de Estado o suspender la Constitución, sino que ésta se va modificando a fin de que el Ejecutivo tenga el mayor poder posible, incluyendo el relativo a los procesos electorales.<sup>8</sup>

El gobierno de AMLO ha seguido, hasta ahora, una ruta distinta. Optó por no buscar una nueva Constitución, sino cambiar lo que le parecía relevante, algo que todos los presidentes de México han hecho. La nuestra se había modificado, antes de la llegada de AMLO, 707 veces mediante 233 decretos, lo que hizo que pasara de tener 21,382 palabras en 1917 a 111,783 palabras en octubre de 2018 (Giles, 2018).

AMLO prefirió hacer su cuarta transformación, según lo dijo en una entrevista con motivo de su Segundo Informe de Gobierno, sin hacer

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Arenas (2007; 2010), López (2008) y Mayorga (2006).

<sup>7</sup> En la ciencia política se han estudiado desde hace tiempo los conceptos de “constitucionalismo popular” y de “populismo constitucional” (Tushnet, 2013), pero no así, como acertadamente señala Alterio 2016, en la teoría constitucional. En la ciencia política —Rincón (2006) y Mudde (2013) son claros casos de esto, según Alterio (2016)— no es poco común encontrar, de una u otra forma, la afirmación de que “la defensa a formas de constitucionalismo popular puede devenir en una especie de «populismo constitucional»” (Alterio, 2016: 63 y 64). Para la teoría constitucional, en cambio, ambos conceptos pertenecen a *categorías constitucionales* distintas que siguen sus propias lógicas.

<sup>8</sup> Al respecto, un muy sugerente estudio que analiza cómo es que, a nivel global, los principales atractivos de la democracia liberal han ido perdiendo fuerza incluso en los regímenes democráticos, es el de Poppe *et al.* (2018).

“saltar por los aires una institucionalidad y una legalidad”, como se dio con las tres anteriores transformaciones. En su opinión, le habría “costado más trabajo una nueva Constitución; aun teniendo mayoría en el Congreso... habríamos dedicado más tiempo a eso. Analizamos que se podía transformar con lo establecido y añadiendo cosas claves” (*La Jornada*, 2020).<sup>9</sup>

En sus primeros dos años y medio de gobierno, Morena, el partido gobernante, ha llevado a cabo 14 reformas constitucionales.<sup>10</sup> En términos del número de artículos reformados, ningún presidente tiene el récord de AMLO durante su primer año de gobierno: 34 artículos reformados. Las reformas del llamado “pacto por México” supusieron 50 artículos constitucionales modificados en sus primeros dos muy productivos años (información recuperada del sitio *web* de la Cámara de Diputados, el 13 de abril de 2021, disponible en: [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm)).

Las reformas constitucionales del gobierno de AMLO son tan recientes que no hay mucho escrito al respecto, salvo alguna descripción particular de cómo se votaron en un Congreso local (Mejía, 2019), del impacto de una de ellas en el desarrollo profesional de un gremio (Trujillo, 2019), o del supuesto efecto positivo que tendrán para la autodenominada cuarta transformación (Arkonada, 2019). El texto más completo y detallado al respecto es el de López *et al.* (2020), quienes hacen un análisis muy instructivo de las reformas constitucionales de AMLO. El título del artículo es “Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben): la tensión entre Constitución, reformas y gobierno”, éste resume bien su argumento, el cual discuto en las conclusiones de este artículo.

En contraste con las reformas del sexenio inmediatamente anterior, cuando se requirió una amplia coalición para concertarlas en el pacto por

---

<sup>9</sup> Un dictaminador anónimo señaló acertadamente que, para la 4T, la Constitución implica una atadura, pero al mismo tiempo la utiliza, la desdeña; sin embargo, la necesita, quiere ponerla al servicio de su proyecto, pero desde el discurso la debilita. Ahondar en estas cuestiones nos permitiría entender si la 4T pretende poner en crisis a la Constitución o, en cambio, instaurar una nueva mirada constitucional. Este artículo se inclina por lo segundo, habida cuenta, por ejemplo, de que las reformas constitucionales de la 4T tienen, según sostengo, un carácter esencialmente simbólico, y de que en nuestra historia política es una práctica común el reformar extensamente la Constitución cada sexenio.

<sup>10</sup> En este artículo considero como reformas distintas la reforma de revocación de mandato y la de consulta popular. Sin esta distinción, Morena ha llevado a cabo 13 reformas constitucionales.

México, en el gobierno de AMLO las reformas constitucionales no han requerido de mucha negociación. Son fundamentalmente producto de la voluntad y del deseo del presidente.

AMLO está tan orgulloso de sus reformas que argumenta que ya son, para fines prácticos, una nueva Constitución. Durante el evento por el 103 Aniversario de la Promulgación de la Constitución de 1917, el 5 de febrero de 2020, afirmó:

Con esta Constitución, con su espíritu ahora estamos emprendiendo la Cuarta Transformación de la vida pública del país y se están actualizando las reformas que han hecho los legisladores a propuestas del Ejecutivo o iniciativas de diputados y de senadores. Pueden... ser consideradas dichas reformas como una nueva Constitución. Es una nueva Constitución dentro de la Constitución del 17 (discurso disponible en: <https://presidente.gob.mx/05-02-20-version-estenografica-103-aniversario-de-la-promulgacion-de-la-constitucion-de-1917-desde-queretaro/>, fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

El 5 de febrero de 2020, AMLO dijo que su nueva Constitución ya estaba casi lista, que faltaba muy poco. En sus palabras:

...que los programas de bienestar, en especial del derecho de fondo a la salud, a la atención de adultos mayores, la atención para niñas y niños con discapacidad, de los estudiantes de familias de escasos recursos... estos derechos se deben subir a rango constitucional, esa es la reforma pendiente... Y estoy seguro que en este periodo de sesiones se va a discutir, y en su caso a aprobarse, y eso va a significar el establecimiento de un auténtico Estado de bienestar (Almanza, 2020).

Este artículo analiza estas reformas. Contra las promesas citadas al inicio de este texto, de las 11 reformas estructurales de la administración anterior,<sup>11</sup> sólo se ha anulado la educativa. El resto permanecen sin cambios, y aunque en materia energética las políticas públicas al respecto han sufrido cambios importantes, incluida una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, no se ha modificado la Constitución al respecto.

---

<sup>11</sup> Reformas en materia laboral, de competencia económica, de telecomunicaciones, financiera, hacendaria, electoral, educativa, de seguridad social, energética, de transparencia y penal.

El contraste con las reformas de Peña Nieto es evidente. Como parte de la negociación del pacto por México, las reformas restringieron al Ejecutivo al crear ciertos órganos autónomos que, en términos políticos, eran la garantía de que no se estaba fortaleciendo al presidente, sino al Estado mexicano. Con respecto a las reformas económicas, en un artículo previo señalé que, después de la modificación del artículo 28 constitucional por parte de Carlos Salinas de Gortari en 1993, con el propósito de dar autonomía al Banco de México, “[h]asta la administración del presidente Peña Nieto no se volvería a dotar de autonomía constitucional a un órgano encargado de implementar una política pública” (Elizondo, 2014: 39).

De las reformas propuestas por AMLO, sólo dos no se aprobaron según los objetivos específicos trazados por el Ejecutivo: la relativa a la consulta popular y la relativa a la revocación de mandato. AMLO pretendía ser él quien convocara la revocación de mandato, y que tal consulta fuera el mismo día que el de las elecciones intermedias que se celebrarán el 6 de junio de 2021. Cuando ello no se pudo, demandó que fuera antes de la elección intermedia. Eso tampoco lo consiguió. AMLO sólo obtuvo su reforma concediendo que no fuera convocada por el Ejecutivo y que fuera hasta el primer trimestre de 2022. En todas las otras reformas ha logrado imponer su voluntad, con algunos cambios menores en algunos casos, como veremos a continuación.

En aras de la exposición, las reformas estarán agrupadas bajo las siguientes categorías: 1) combate a la inseguridad y al crimen organizado; 2) cambios en las relaciones de poder; 3) provisión de bienes y servicios públicos; 4) reconocimiento de nuevos derechos, y 5) cambios en el régimen político.

A lo largo de este trabajo sostendré dos tesis. La primera es que las reformas agrupadas en los grupos 2) y 5) tienen la pretensión de centralizar el poder en la figura de López Obrador, con el propósito ulterior de llevar a cabo la “transformación de la vida pública nacional”. Son reformas pensadas para un presidente con la legitimidad de AMLO y para quien, como es su caso, controla el Poder Legislativo. Estas reformas seguramente tendrían un impacto distinto con un presidente sin mayoría en el Congreso, dado que en algunos casos éste tendría más instrumentos contra el jefe del Ejecutivo.

La segunda es que las reformas agrupadas bajo la tercera categoría, y en especial la pretensión de llevar a la Constitución ciertos derechos so-

ciales, obedece a la muy particular tradición mexicana constitucionalista, sobre todo en la era priista cuando el presidente tenía todo el poder, de plasmar en la Constitución su proyecto de país. AMLO abreva de esa tradición. Quiere dejar su sello. Que esos derechos sociales estipulados en el texto constitucional queden asociados con él.

## II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE AMLO

En aras de la exposición, agruparemos las reformas constitucionales de AMLO, como ya dijimos, según los siguientes criterios.

Primero están las que centralizan el poder con la justificación de combatir al crimen organizado, pero que en la práctica le dan al Ejecutivo un gran poder contra los presuntos criminales, estén organizados o no.<sup>12</sup> Éstas son las siguientes.

### 1. *Extinción de dominio*

#### *Artículos constitucionales modificados: 22 y 73*

Puntos clave: se definió en la nueva ley como “la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes a que se refiere la presente ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario”. La extinción la solicita el Ministerio Público (MP). El proceso lo lleva a cabo un juez por la vía civil.

Su objetivo es fortalecer el combate al crimen organizado y a la corrupción. Una vez al año, la Fiscalía General de la República (FGR) y las fiscalías estatales entregarán un informe a los congresos sobre el uso que le dieron a este recurso. Su aplicación es nacional (antes no era así: había algunas leyes locales con procesos distintos) y abarca once delitos: corrupción, robo de hidrocarburos, delincuencia organizada, secuestro, delitos contra la salud, trata de personas, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, robo de vehículos, lavado de dinero y extorsión.

---

<sup>12</sup> Como se verá, la concepción de “crimen organizado” que tiene el gobierno de López Obrador es sumamente amplia, tanto que resulta ser sumamente vaga.

Se puede aplicar sobre inmuebles, terrenos, ejidos y otros objetos que estén relacionados con estos once delitos. También se puede aplicar sobre recursos económicos, estén en efectivo o en cuentas bancarias. En la primera fase del proceso (preparatoria), el MP reunirá sus elementos de prueba y notificará al acusado (a través de un edicto en el *Diario Oficial de la Federación [DOF]*, en el periódico de mayor circulación de su localidad, o a través de Internet, en la página de la fiscalía que corresponda). Después, en la fase judicial, se presenta la solicitud de extinción de dominio a un juez. El proceso será oral y público. Para que los bienes no se vean afectados, el MP podrá asegurar propiedades o cuentas bancarias de manera preventiva, incluso sin la petición formal del inicio del juicio. El MP tiene cuatro meses para iniciar el juicio, de lo contrario, se retira el decomiso preventivo. Los bienes confiscados podrán ser utilizados “para el servicio público o como auxilio en la aplicación de políticas públicas”. También podrán venderse, subastarse o donarse.

Para los propósitos de este artículo, el principal problema de esta reforma es, como señalan Sergio López *et al.* (2020: 87), que, si bien “puede ser un buen instrumento para combatir al crimen organizado... ¿cómo operar esta figura de manera eficaz cuando hay una contradicción patente entre la manera como se entiende en el texto constitucional y en la ley que la regula?”. En la práctica se verá si esta tensión se puede resolver sin violar los principios generales de la Constitución.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 474 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 99 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2019.

## 2. Prisión preventiva oficiosa

### *Artículo constitucional modificado: el 19*

Puntos clave: el MP ya no tiene que pedir prisión preventiva justificada, basta con que solicite prisión preventiva automática para los siguientes delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos violentos cometidos con armas, uso de programas sociales con fines electorales, enriquecimiento ilícito, ejercicio abusivo de funciones, delitos en materia de hidrocarburos, abuso y violencia sexual

contra menores, feminicidio, robo a casa habitación, robo a transporte de carga, desaparición forzada, delitos contra la Ley de Armas de Fuego.

Todos estos delitos pasan a estar contemplados en la Constitución, ya no en los códigos de procedimientos penales. A los cinco años de entrada en vigor de esta reforma se evaluará su pertinencia y su eficacia. Los criterios para decidir tal pertinencia y eficacia son: 1) desempeño eficaz de las unidades estatales de supervisión a medidas cautelares; 2) eficacia de las medidas cautelares aplicadas; 3) creación y desempeño de instancias de atención integral a víctimas; 4) implementación de sistemas de información criminal y de judicialización, y 5) avances en la capacitación de los poderes judiciales, fiscales, policías y peritos.

La propuesta original de AMLO sólo contemplaba la adición de tres delitos: robo de combustible, delitos electorales y enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Fue la propia oposición la que demandó la inclusión de otros crímenes, con lo cual le dieron más instrumentos de poder al Ejecutivo. Muy extraña su falta de visión respecto a las implicaciones de hacerlo, pero en México es popular la mano dura con los delincuentes. Para el presidente, lo importante es que con esto se termina con la corrupción y el fraude electoral. En sus palabras (Oficina de la Presidencia, 2020):

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.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 377 votos a favor, 96 en contra y 5 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 91 votos a favor, 18 en contra, y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 2019.

A través de un cambio legal de dudosa constitucionalidad, el gobierno argumentó que el fraude fiscal es cuestión de seguridad nacional y de ahí su castigo con prisión preventiva oficiosa. Hay varios amparos al respecto, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no se ha pronunciado sobre ellos.

### 3. *Guardia Nacional*

*Artículos constitucionales modificados: 10, 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76, 78 y 89*

Puntos clave: la Guardia Nacional estará integrada por elementos de las policías Militar, Naval y Federal. Tiene el carácter de policía nacional y de órgano desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana. Consta de un secretario, comandantes, coordinadores territoriales, coordinadores estatales y coordinadores de unidad. Entre sus facultades están: 1) salvaguardar la integridad de las personas y de su patrimonio. Garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz social; 2) prevenir la comisión de delitos en todo el país, así como realizar investigaciones para cumplir con este objetivo; 3) efectuar tareas de verificación para la prevención de infracciones administrativas; 4) recibir denuncias, comprobar su veracidad y hacerlas del conocimiento del Ministerio Público; 5) realizar operaciones de inteligencia, encubiertas y de usuario simulado en Internet; 6) intervenir las telecomunicaciones personales bajo autorización de un juez; 7) realizar, bajo la conducción del MP, la investigación de delitos cometidos; 8) dar cumplimiento a las órdenes de aprehensión y efectuar detenciones bajo lo establecido por el artículo 16 de la Constitución; 9) proporcionar atención a víctimas y testigos de algún delito; 10) colaborar con otras autoridades federales en funciones de vigilancia, verificación e inspección, y en operativos conjuntos; 11) vigilar vías de comunicación terrestre e imponer infracciones; 12) vigilar aduanas, puertos, aeropuertos y garitas; 13) vigilar prisiones y centros de detención a solicitud de la autoridad competente; 14) colaborar con el Instituto Nacional de Migración (INM) en la inspección de documentos migratorios y en el resguardo de sus instalaciones.

Entre lo originalmente propuesto y lo aprobado con el visto bueno de la oposición, hay un cambio fundamental. Originalmente, se propuso que la Guardia Nacional tuviera un mando único militar; al final, se aprobó que el mando caería en la Secretaría de Seguridad Pública. Digo que “caería” porque lo que se ha creado es un régimen transitorio en el que se establece que, durante sus primeros cinco años de operación, la Guardia Nacional está adscrita a la Secretaría de la Defensa Nacional. En entrevista, así lo expuso Mario Delgado, coordinador de los diputados de Morena (Ángel, 2018):



En el diseño constitucional, el mando de la Guardia Nacional va a quedar bajo la Secretaría de Seguridad Pública; y todo el régimen interno, de ascensos, de disciplina y organización será a cargo de la Defensa Nacional. De tal manera que vamos a tener una institución híbrida, que va a tener disciplina y organización militar, pero una actuación 100 por ciento en el ámbito civil y bajo el mando de la Secretaría de Seguridad Pública.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 362 votos a favor, 119 en contra y 4 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 127 votos a favor, 0 en contra, y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019.

El gobierno ha incumplido con el supuesto constitucional de que el control de la Guardia Nacional sería civil. El informe “Militarización en la 4T (2018-2020)”, publicado por el Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia (López Portillo *et al.*, 2020), da cuenta de dos marcadas características del gobierno de López Obrador con respecto a la militarización: primero, que, en la práctica, su gobierno ha continuado e incluso profundizado “la dinámica expansiva de transferencia de la responsabilidad de la seguridad pública a las fuerzas armadas”; segundo, que ha impulsado “nuevas vías de influencia militar en funciones públicas que van más allá de la seguridad, desbordando más y más los parámetros del rol militar fijados en el marco constitucional y convencional” (López Portillo, 2020). El informe detalla cómo es que el acuerdo presidencial del 11 de mayo de 2020, que autorizaba al Ejecutivo el hacer uso de las fuerzas armadas permanentes para realizar tareas relativas a la seguridad pública, carece de los mecanismos que, según la propia Constitución (y según denunció en su momento la Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH]), deben estipular tales tareas militares: ser extraordinarias y complementarias, estar subordinadas al poder civil, y estar fiscalizadas.

El informe “Militarización en la 4T (2018-2020)” cuestiona la estrategia de militarización de la vida pública llevada a cabo por la 4T en tres frentes: 1) *empíricamente*, la militarización de la vida civil no ha dado, en el mejor de los casos, los resultados esperados, y, en el peor, ha dado resultados sumamente adversos a los inicialmente esperados (sobre esto hay abundante evidencia en América Latina); 2) *normativamente*, la intervención militar en la seguridad pública entra en conflicto directo con ciertos derechos humanos consagrados en la Constitución; 3) *políticamente*, dicha

intervención creciente subvierte la lógica de la relación entre el poder civil y el poder militar.

El segundo grupo de reformas se refiere a: 1) cambios en la relación de poder entre las cámaras, y entre las cámaras y el Ejecutivo; 2) manejo y control presupuestal; 3) salario de los funcionarios públicos.

#### 4. *Prohibición de partida secreta en el Presupuesto*

*Artículo constitucional modificado: el 74*

Puntos clave: se pretende evitar que haya “previsiones de gasto con carácter secreto”. De nuevo, la reforma sigue la lógica de fortalecer

...las atribuciones constitucionales exclusivas de la Cámara de Diputados en materia presupuestaria, lo que se enmarca en el principio de control y fiscalización de los recursos de la Federación, y refrenda de decidir el objeto y cuantía del gasto público al eliminar recursos discrecionales a través de las partidas secretas en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Esta reforma fue aprobada por unanimidad el 25 de abril de 2019 en la Cámara de Diputados, con 437 votos a favor.<sup>13</sup>

#### 5. *Prohibición de condonación de impuestos*

*Artículo constitucional modificado: el 28*

Puntos clave: solamente habrá condonación de impuestos cuando los sectores productivos se vean perjudicados por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias. Solamente en casos extraordinarios, la federación, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, establecerán las exenciones y los estímulos fiscales que consideren necesarios para fomentar el desarrollo económico. Esto siempre teniendo en cuenta la rectoría del Estado en la actividad económica según los principios de igualdad, generalidad, temporalidad, máxima publicidad y no afectación de las finanzas públicas.

<sup>13</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 421 votos a favor, 0 en contra y 25 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 76 votos a favor, 0 en contra y 18 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 2020.

Parecía mandada a hacer para darles respiro a los causantes como respuesta a los altos costos de la pandemia en muchos sectores de la economía. No se ha utilizado para ese fin.

## 6. Ampliación de los periodos ordinarios del Congreso

### *Artículo constitucional modificado: el 66*

Puntos clave: se amplía el segundo periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, quitándoles a senadores y diputados 31 días de receso legislativo. El segundo periodo comienza el 1o. de febrero (como antes), pero ahora termina el 31 de mayo, y no el 30 de abril, como antes. Esto fortalece a quien tenga la mayoría en el Congreso, dado que para los periodos extraordinarios se requieren las dos terceras partes de los votos de la Comisión Permanente, y se tiene que definir la agenda para la que es convocado.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados el 2 de octubre de 2019, con 364 votos a favor y 3 abstenciones.<sup>14</sup>

## 7. Remuneración de servidores públicos

### *Artículos constitucionales modificados: 116 y 127*

Puntos clave: ningún funcionario federal, estatal o municipal tendrá una remuneración mayor a la que recibe el presidente (108 mil pesos mensuales). En sus proyectos presupuestales, los poderes deberán incluir tabuladores desglosados de las remuneraciones de los funcionarios.

Esta reforma constitucional fue aprobada en la Cámara de Diputados el 10 de octubre de 2019, con 318 votos a favor, 12 en contra y 99 abstenciones.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

<sup>15</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

El siguiente grupo de reformas tiene que ver con una visión distinta de la provisión de bienes públicos. En salud, su provisión se centraliza en la federación. En educación, se le regresa poder a los sindicatos. Esta última es la única reforma que revierte una de las reformas estructurales de Peña Nieto.

## 8. *Derecho a la salud preventiva*

### *Artículos constitucionales modificados: 4o. y 23*

Puntos clave: Desaparece el Seguro Popular y se crea el Instituto Nacional de Salud para el Bienestar (INSABI). Éste brindará servicios de salud y medicamentos a cualquier persona que esté en territorio nacional, independientemente de su nacionalidad. El INSABI quitará la rectoría de los servicios de salud a los estados, aunque los estados podrán continuar administrando sus sistemas de salud si no firman un convenio con la federación. Para aquellos estados con fuertes gastos en salud se crearán un Compendio Nacional de Insumos para la Salud y un Fondo de Salud. Dicha centralización pretende evitar los que, según Morena, eran los vicios del Seguro Popular: la subrogación y el copago.

Los estados que en su momento no se adhirieron al INSABI, ni contaban con IMSS-Bienestar (Aguascalientes, Baja California Sur, Guanajuato, Jalisco y Nuevo León), tendrán que garantizar ellos mismos la atención médica y los medicamentos gratuitos, según informó el subsecretario de Salud, Hugo López-Gatell, el 4 de febrero de 2020. Otros cuatro estados —Chihuahua, Coahuila, Michoacán y Tamaulipas— tampoco se adhirieron al INSABI, pero en ellos sí opera el programa IMSS-Bienestar, de modo que, según los lineamientos de la reformas, estos estados sí seguirían recibiendo recursos de la Federación (al igual que las otras 23 entidades federativas que, independientemente de si en ellas opera o no el programa IMSS-Bienestar, decidieron adherirse al INSABI).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 385 votos a favor, 49 en contra y 18 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 91 votos a favor, 1 en contra, y 1 abstención. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2019.

## 9. *Reforma educativa*

Se incluye en esta sección, aunque el eje de esta reforma es eliminar los objetivos de la reforma educativa de Peña Nieto: hacer competitivo y abierto a cualquier profesionista el ingreso de los maestros a las aulas, así como quitar del control sindical todo lo relativo a la promoción y permanencia de los maestros en las mismas.

### *Artículos constitucionales modificados: 3o., 31 y 73*

Puntos clave: 1) Sustitución del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) por el Centro Nacional para la Revalorización del Magisterio y la Mejora Continua de la Educación, que tendrá funciones más amplias que las que tenía el INEE, como expedir lineamientos para evaluar al sistema educativo y a las autoridades educativas, aunque no será autónomo de la Secretaría de Educación Pública; 2) el nuevo Centro pretende sustituir supuestas evaluaciones punitivas por evaluaciones no punitivas (al hacer participar a todos los actores educativos en las evaluaciones), las cuales, por tanto, no tendrán consecuencias para quienes las reprobaban; 3) se incluye la gratuidad de la educación hasta el nivel superior; 4) se agregan en la Constitución los principios de “interés supremo” de la educación, “integralidad”, “equidad” y “excelencia”; 5) la reforma dice que se pondrá atención prioritaria en las escuelas normales y en las instituciones de educación superior dedicadas a formar docentes; 6) se incluyen materias obligatorias relacionadas con el civismo, los valores, la cultura, el arte, la música, el deporte y el respeto al medio ambiente; 7) los contenidos educativos estarán diferenciados por región; 8) se crea el sistema de becas “Benito Juárez” para evitar la deserción escolar, y 9) los sindicatos tendrán libertad y autonomía al momento de elegir a sus dirigentes.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 381 votos a favor, 77 en contra y 2 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 97 votos a favor, 20 en contra y 3 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 2019.

## 10. *Reforma en materia de movilidad y seguridad vial*

[Esta reforma] eleva a rango constitucional el derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad, [y] faculta al Congreso para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de las entidades federativas, de los municipios y, en su caso, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en materia de asentamientos humanos (Senado de la República, 2020).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 351 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; en la Cámara de Senadores, con 88 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de diciembre de 2020.

El siguiente conjunto versa sobre el reconocimiento igualitario de los derechos civiles de las mujeres y sobre el reconocimiento de los derechos político-sociales de una minoría: los afroamericanos.

## 11. *Paridad de género*

*Artículos constitucionales modificados: 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115*

Puntos clave: se obliga al Poder Judicial, a los cabildos municipales, a los órganos autónomos y a los gabinetes de los gobiernos federal y estatales, a establecer la paridad de género. Refuerza una tendencia mundial de buscar la paridad en el sector público.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 445 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 120 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2019.

## 12. *Reconocimiento de los pueblos afroamericanos*

*Artículo constitucional modificado: el 2o.*

Puntos clave: se reconoce constitucionalmente a los pueblos afrodescendientes de México. “Esta Constitución reconoce a los pueblos y comu-

nidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos... a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social”.

Esto significa, según Avendaño (2019), que: 1) el reconocimiento de tales pueblos implica su “visibilización normativa” como sujetos colectivos; 2) nominalmente, los pueblos y las comunidades afrodescendientes pueden adoptar como propia cualquier otra denominación; 3) se reconoce que tales comunidades forman parte de la nación, lo que contribuye, según Avendaño Villafuente, “a marcar una ruta para identificar las acciones que se requieren para que el Estado mexicano afronte su deuda histórica con ellos”; 4) al igual que sucede con las comunidades indígenas, las comunidades afromexicanas podrán invocar cualesquiera derechos (civiles, políticos, sociales, etcétera) cuando así lo crean conveniente; 5) se obliga al Estado mexicano a garantizar la libre determinación, la autonomía, el desarrollo y la inclusión social de las comunidades afrodescendientes.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 374 votos a favor, 0 en contra y 1 abstención; y en la Cámara de Senadores con 95 votos a favor, 25 en contra y 2 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2019.

### 13. *Reforma en materia de nacionalidad*

Puntos clave: tendrán nacionalidad mexicana quienes hayan nacido en el extranjero y sean hijos de madre o de padre mexicano, incluso si, a su vez, también nacieron en el extranjero y adquirieron posteriormente la nacionalidad mexicana. Se elimina la otrora “limitación generacional para la adquisición de la nacionalidad” entre hijos de personas mexicanas nacidas en México o naturalizadas y entre hijos de personas mexicanas no nacidas en México.

Esta reforma, aún no publicada en el *DOF* al momento de escribir estas líneas, fue aprobada en la Cámara de Diputados con 396 votos a favor, 0 en contra y una abstención; en la Cámara de Senadores, con 92 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones.

#### 14. *Reforma en materia de juventud*

##### *Artículos constitucionales modificados: 4o. y 73*

Puntos clave: se obliga al Estado a promover el desarrollo integral de los jóvenes “a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país”, y se faculta al Congreso de la Unión para que expida una ley general “en materia de formación y desarrollo integral de la juventud” (Cámara de Diputados, 2020a).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 386 votos a favor, 0 en contra y 3 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 113 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 2020.

El último conjunto de reformas tiene que ver con ciertos cambios en el régimen político. Contra lo que se observa en reformas similares en otros países con gobernantes disruptivos, donde el eje de las reformas es la permanencia del Ejecutivo en el poder, el debilitamiento de los otros poderes y la sobrerrepresentación en el Legislativo del grupo en el poder, en este caso, hasta el momento de escribir este texto, son sólo tres los cambios en el régimen político.<sup>16</sup> El primero se refiere al acotamiento del fuero presidencial, que es, en la práctica, un potencial debilitamiento del Poder Ejecutivo. El segundo es el fallido intento de convertir la elección intermedia en un referéndum del presidente en turno, aunque sí se incorporan cambios importantes en materia de democracia directa (como la instauración de la revocación de mandato). Y el tercero es la reforma al Poder Judicial, que centraliza mucho poder en el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>16</sup> A diferencia, por ejemplo, de lo que en su momento planteó Hugo Chávez, a saber: 1) la reelección presidencial indefinida; 2) el reordenamiento de la división político-territorial de Venezuela; 3) la supresión de la autonomía del Banco Central; 4) la creación de nuevas formas de propiedad (cooperativas); 5) la distribución entre el campesinado de las tierras no productivas, y 6) la imposibilidad de privatizar los recursos naturales de Venezuela.



## 15. Acotamiento del fuero presidencial

### *Artículos constitucionales modificados: 108 y 111*

Puntos clave: se amplía el número de delitos por los que puede juzgarse a un presidente en funciones: 1) ilícito del servicio público; 2) abuso de autoridad; 3) coalición con servidores públicos para cometer un delito; 4) uso ilícito de atribuciones y facultades; 5) pago indebido o remuneración de servidores públicos; 6) intimidación; 7) ejercicio indebido de funciones; 8) tráfico de influencias; 9) cohecho; 10) cohecho a servidores públicos extranjeros; 11) peculado, y 12) enriquecimiento ilícito.

La reforma que elimina el fuero constitucional al presidente fue aprobada en el Senado el 26 de noviembre de 2020 con 89 votos a favor y 23 en contra. Se modificó el artículo 108 de la Constitución a fin de que, ahora, el presidente pueda ser “imputado y juzgado por traición a la patria, hechos de corrupción, delitos electorales y todos aquellos por los que podría ser enjuiciado cualquier ciudadano común” *durante su tiempo en el cargo* (Grupo Parlamentario de Morena en el Senado, 2020).

Se modificó el artículo 111 de la Constitución a fin de que, ahora, sólo bastará con acusar al presidente ante la Cámara de Senadores para que ésta, “con base en la legislación penal aplicable”, proceda penalmente en contra del Ejecutivo. Se requiere mayoría de dos tercios para proceder contra el presidente. Morena tiene amplia mayoría como para evitar que este instrumento sea usado en contra de AMLO.

## 16. Revocación de mandato

### *Artículos constitucionales modificados: 35, 36, 41, 81, 84, 99, 116 y 122*

Puntos clave: ni el Ejecutivo ni el Congreso podrán solicitar la revocación de mandato. Solamente pueden solicitarla los ciudadanos a través del Instituto Nacional Electoral (INE). Debe tener el respaldo del 3% de los electores en al menos 17 entidades federativas, y solamente se podrá solicitar una vez por cada administración (sexenio).

Sus resultados pueden ser impugnados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Para que la revocación tenga

validez, en ella deberá participar al menos el 40 por ciento de los electores inscritos en la lista nominal.

### 17. *Consulta popular*

En cuanto a la consulta popular, ésta se convocará por el Congreso federal a petición del presidente, por el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de ambas cámaras del Congreso federal, o por el equivalente a cuando menos el 2% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Una vez hecha la petición de consulta (cuyos temas son los actos de carácter legislativo del Congreso federal y los actos de carácter administrativo del Ejecutivo federal), ésta deberá ser aprobada por la mayoría simple de cada una de las cámaras del Congreso federal. Será la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que, por convocatoria del Congreso federal, decida sobre la constitucionalidad del tema de la consulta, y será el Instituto Nacional Electoral el encargado, si es aprobada, de llevarla a cabo. Si la participación total en la consulta equivale al menos a 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado de la consulta será vinculatorio (Gobierno de México, s/f).

No son objeto de consulta popular: 1) la restricción de derechos humanos; 2) la permanencia y continuidad en el cargo de servidores públicos elegidos popularmente; 3) asuntos electorales; 4) el sistema financiero; 5) ingreso, gasto, y presupuesto públicos; 5) obras de infraestructura en ejecución; 6) seguridad nacional, y 7) organización, funcionamiento y disciplina de las fuerzas armadas.

Estas reformas fueron aprobadas en la Cámara de Diputados con 329 votos a favor, 153 en contra y 2 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 98 votos a favor, 22 en contra y 1 abstención. Fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2019.

Tendremos la primera consulta el 1 de agosto de 2021. En un principio, AMLO descartó que fuera él quien promoviera la consulta popular (como lo contempla el artículo 35 constitucional), y pidió que fueran las Cámaras o la ciudadanía quienes iniciaran ese proceso. El 26 de agosto de 2020, AMLO señaló que votaría en contra del enjuiciamiento, en dado caso de que se llevara a cabo una consulta al respecto. Pero al ver que no se juntaban las firmas, y por la premura del tiempo, optó por presentar él la petición de consulta.

La SCJN recibió dicha solicitud al día siguiente, el 16 de septiembre. El 1o. de octubre de 2020, por mayoría de ocho votos, la Corte avaló la constitucionalidad de la consulta popular al respecto, aunque ahora bajo la pregunta:

¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos encaminadas a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?

La pregunta enviada originalmente por AMLO era:

¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los ex presidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?

## 18. *Reforma al Poder Judicial*

Esta reforma modifica los artículos 94, 97, 99, 100, 105 y 107 de la Constitución en el sentido de que (Cámara de Diputados, 2020b):

- a) La SCJN adopta: el sistema de precedentes judiciales; la depuración de controversias constitucionales; la ampliación de su facultad para promover controversias constitucionales por parte de órganos constitucionales autónomos locales; la restricción de la procedencia del recurso de revisión en amparo directo, y la eliminación de la posibilidad de impugnar los acuerdos presidenciales cuando determine desechar un recurso de este tipo;
- b) Se sustituyen los tribunales unitarios de circuito por tribunales colegiados de apelación; se sustituyen los plenos de circuito por plenos regionales; la SCJN, el Consejo de la Judicatura Federal y el TEPJF adquieren facultad autoreguladora;

- c) Se le quita a la SCJN la facultad de revocar los acuerdos del Consejo de la Judicatura; se le da al Consejo de la Judicatura la facultad de designar órganos jurisdiccionales especiales que decidirán sobre violaciones graves a derechos humanos; se eleva a rango constitucional al Instituto Federal de Defensoría Pública, que depende del Consejo de la Judicatura;
- d) El cumplimiento de la sentencia de amparo pasará a estar a cargo del órgano que lo concedió; se modifican los mecanismos de inmovilidad judicial; se amplía la aplicación de la carrera judicial y se adopta la paridad de género como principio rector de la misma y, por último, el Instituto de la Judicatura Federal pasa a nombrarse Escuela Federal de Formación Jurídica.

Esta reforma, aún no publicada en el *DOF* al momento de escribir estas líneas, fue aprobada en la Cámara de Diputados con 319 votos a favor, 88 en contra y 0 abstenciones; en la Cámara de Senadores con 84 votos a favor, 13 en contra y 3 abstenciones.

Es una reforma propuesta por el presidente de la Corte y cuyo objetivo central es darle todo el poder a él. En palabras de Martínez (2020):

El ministro presidente [Arturo Zaldívar] intenta reducir la interpretación de la Constitución a una sola voz: la suya. La gravedad de este intento es cancelar el libre desarrollo del debate dentro del poder judicial y anular (acusando de corruptos a los disidentes) el pluralismo de enfoques legales, que precisamente vive en la capacidad intelectual de encontrar nuevas formas de convivencia armónica y en paz.

Martínez (2020) señala cuatro herramientas con las que Zaldívar conseguiría “reducir la interpretación de la Constitución a una sola voz: la suya”. La primera, mediante la no impugnabilidad de las designaciones de nuevos jueces; la segunda, mediante la imposición de un dique a la admisión de recursos de revisión en amparos directos; la tercera, mediante la creación de plenos regionales sin ninguna certeza constitucional, lo que, prosigue Martínez (2020), llevaría a que “los acuerdos generales que los organicen serán la voz suprema interna de la justicia de la unión”, y la cuarta, mediante el cambio de criterio sobre la idoneidad al momento de dirimir las reglas de turno y la competencia para la designación de jueces, que ahora será en función del “interés social y el orden público”.

### III. CONCLUSIONES

El presidente ha celebrado que, para efectos prácticos, ya tenemos una nueva Constitución sobre la cual se sentarán las bases de su transformación. En su primera legislatura, con todo el poder, sin embargo, no llevó a cabo un cambio de fondo en la naturaleza de nuestro régimen político y no tocó las reglas electorales; sólo se han incorporado la revocación de mandato y la consulta popular. Esto constituye una gran diferencia respecto de gobiernos como el de Chávez, que destruyen el régimen electoral con el que llegaron.

Los cambios han sido muchos, pero en otros ámbitos. Una buena parte son más simbólicos que reales, como es la tradicional ampliación de derechos, sin tener las capacidades institucionales para hacerlos cumplir. Otros cambian el peso relativo del poder presidencial, como prohibir las condonaciones de impuestos. Otros son simbólicos cuando se tiene el control de ambas cámaras, como los nuevos delitos por los que un presidente puede ser juzgado. Otros son retrocesos claros, como la contrarreforma educativa o la militarización de la seguridad pública.

Pero no estamos ante una nueva Constitución genuinamente transformadora. Se trata más bien de la vieja tradición priísta de darle un sello propio a cada presidencia dentro de las reglas del juego del marco constitucional heredado. Hasta ahora, AMLO ha mantenido la esencia de nuestro régimen democrático.

De esta circunstancia surge lo que López *et al.* (2020) identifican, a la vez, como un riesgo al orden democrático y como una suerte de paradoja en la propia dinámica de la cuarta transformación: si, en efecto, ésta supone (o al menos aspira a ser) un cambio de régimen, y si, por otro lado, surgió de una elección democrática y un mandato de cambio, ¿por qué no, a partir de lo primero, “relajar ciertos límites y controles en aras de concretar tal transformación” y, por el otro lado, no es un mandato de cambio “suficiente para subvertir el orden establecido por el mandato popular, encarnado en la figura presidencial” (López *et al.*, 2020: 91)?

A este riesgo, concluyen los autores, sólo puede responder la revitalización democrática. Pero la democracia representativa, no la democracia directa, donde un líder habla en nombre del pueblo.

Los resultados de las elecciones del 6 de junio de 2021 apuntan a un fortalecimiento de la democracia representativa. El partido en el gobierno

no alcanzó ni siquiera una mayoría simple en el Congreso de Diputados federal. Esto dificultará que el gobierno lleve a cabo reformas constitucionales en la segunda mitad del sexenio, como pretendía AMLO en 2018 y como ya señalamos en la introducción. El 17 de mayo de ese año, en una reunión con la Coparmex, AMLO dijo que, de ganar la presidencia, “no queremos iniciar con reformas, con el marco legal actual podríamos iniciar los cambios... Vamos a dejar las reformas para mediados del sexenio”.

Esto no significa que la fiebre reformista haya terminado. Recién pasadas las elecciones del 6 de junio de 2021, el 15 de ese mes AMLO anunció que promovería tres reformas de gran calado. La primera, que espera alcanzar antes de que acabe 2021, consiste en reformar la Constitución a fin de que a la Comisión Federal de Electricidad le corresponda el 54% de la participación en el sector eléctrico y el 46% a los privados. La segunda, que espera alcanzar en 2022, pretende eliminar los 200 diputados plurinominales y los 32 senadores plurinominales que hoy en día son elegidos vía representación proporcional, y reformar al INE a fin de que deje de ser un órgano autónomo y que las elecciones cuesten menos dinero. La tercera, que espera alcanzar en 2023, pretende que la Guardia Nacional, hoy parte de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, forme parte de la Secretaría de la Defensa Nacional.

Pero ya no tiene la fuerza para imponerlas. Deberá tener el apoyo de alguno de los partidos de oposición. AMLO ha señalado que este podría ser el PRI. Está por verse si lo logran.

La más disruptiva, en términos del sistema político, es la de desaparecer a los diputados y senadores de representación proporcional. No parece probable que tenga el apoyo ni siquiera de los partidos pequeños de su alianza, el PT y el PVEM. Las modificaciones al INE no han sido especificadas.

Falta, por supuesto, un tema central. Si la SCJN validará leyes presuntamente inconstitucionales o no. Esto lo iremos viendo en los siguientes años, aunque es cierto que los resultados electorales del 6 de junio dan cierto margen de maniobra a la propia SCJN en su trato con la autodenominada cuarta transformación.

IV. APÉNDICE: REFORMAS CONSTITUCIONALES  
 APROBADAS DURANTE LA 4T<sup>17</sup>

<i>Reforma constitucional (denominación)</i>	<i>Cámara de Diputados (votación)</i>	<i>Cámara de Senadores (votación)</i>	<i>Publicación en el DOF</i>
Que reforma el artículo 22 y la fracción XXX del artículo 73 de la CPEUM en materia de extinción de dominio.	A favor: 474 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 99 En contra: 0 Abstenciones: 0	14/03/2019
Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la CPEUM en materia de Guardia Nacional.	A favor: 362 En contra: 119 Abstenciones: 4	A favor: 127 En contra: 0 Abstenciones: 0	26/03/2019
Que reforma el artículo 19 de la CPEUM en materia de prisión preventiva oficiosa.	A favor: 377 En contra: 96 Abstenciones: 5	A favor: 91 En contra: 18 Abstenciones: 0	12/04/2019
Que reforma los artículos 3o., 31 y 73 de la CPEUM en materia educativa.	A favor: 381 En contra: 77 Abstenciones: 2	A favor: 97 En contra: 20 Abstenciones: 3	15/05/2019
Con proyecto de decreto que reforma los artículos 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la CPEUM en materia de paridad de género.	A favor: 445 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 120 En contra: 0 Abstenciones: 0	06/06/2019
Al proyecto de decreto que adiciona un apartado C al artículo 2o. de la CPEUM en materia de personas, pueblos y comunidades afro mexicanas.	A favor: 374 En contra: 0 Abstenciones: 1	A favor: 95 En contra: 25 Abstenciones: 2	09/08/2019
Del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM en materia de consulta popular y revocación de mandato.	A favor: 329 En contra: 153 Abstenciones: 2	A favor: 98 En contra: 22 Abstenciones: 1	20/12/2019
Con proyecto de decreto por el que reforma el primer párrafo del artículo 28 de la CPEUM en materia de prohibición en la condonación de impuestos.	A favor: 421 En contra: 0 Abstenciones: 25	A favor: 76 En contra: 0 Abstenciones: 18	06/03/2020

<sup>17</sup> Información suministrada, vía comunicación personal (correo electrónico), por Sergio Bárcena Juárez, director de Buró Parlamentario, cuyo sitio *web* es: <https://buro-parlamentario.org/>. Al momento de escribir estas líneas, las últimas dos reformas aún no habían sido publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.

<i>Reforma constitucional (denominación)</i>	<i>Cámara de Diputados (votación)</i>	<i>Cámara de Senadores (votación)</i>	<i>Publicación en el DOF</i>
Del proyecto de decreto que reforma el artículo 4o. de la CPEUM en materia de bienestar.	A favor: 385 En contra: 49 Abstenciones: 18	A favor: 91 En contra: 1 Abstenciones: 1	08/05/2020
Con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la CPEUM en materia de movilidad y seguridad vial.	A favor: 351 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 88 En contra: 0 Abstenciones: 0	18/12/2020
Con proyecto de decreto que reforma los artículos 4o. y 73 de la CPEUM en materia de juventud.	A favor: 386 En contra: 0 Abstenciones: 3	A favor: 113 En contra: 0 Abstenciones: 0	24/12/2020
Con proyecto de decreto por el que reforma y adiciona diversas disposiciones de la CPEUM relativos al Poder Judicial de la Federación.	A favor: 319 En contra: 88 Abstenciones: 0	A favor: 84 En contra: 13 Abstenciones: 3	
Con proyecto de decreto por el que reforma el artículo 30 de la CPEUM en materia de nacionalidad.	A favor: 396 En contra: 0 Abstenciones: 1	A favor: 92 En contra: 0 Abstenciones: 0	

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMANZA, Lucero (2020). “Programas de bienestar deben subir a rango constitucional, insiste López Obrador”. *El Financiero*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/programas-de-bienestar-deben-subir-a-rango-constitucional-insiste-lopez-obrador/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- ALTERIO, Ana Micaela (2016). “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”. En GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- “AMLO: sin base social, ninguna transformación se lleva a cabo” (2020). *La Jornada*. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/09/07/politica/002n1pol#:~:text=Madero%3A%20Era%20un%20hombre%20bueno,llevarse%20a%20cabo%20ninguna%20transformaci%C3%B3n%E2%80%9D> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).



- ANGEL, Arturo (2018). “Los cambios clave en la propuesta de Guardia Nacional que fue aprobada en comisiones”. *Animal Político*. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2018/12/morena-propuesta-guardia-nacional-mando-civil-ejercito/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- APS (2018). “AMLO no hará reformas constitucionales en tres primeros años, de ganar la elección”. *El Economista*. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/AMLOno-hara-reformas-constitucionales-en-tres-primeros-anos-de-ganar-eleccion-20180517-0093.html> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- ARENAS, Nelly (2007). “Poder reconcentrado: el populismo autoritario de Hugo Chávez”. *Politeia*. 30(39).
- ARENAS, Nelly (2010). “La Venezuela de Hugo Chávez: rentismo, populismo y democracia”. *Nueva Sociedad*. 229.
- ARKONADA, Katu (2019). “El México de López Obrador: reformismo, ruptura y construcción de hegemonía”. En CACIABUE, Matías y ARKONADA, Katu (coords.). *Más allá de los monstruos. Entre lo viejo que no termina de morir y lo nuevo que no termina de nacer*. Argentina: UniRío Editora, Universidad Nacional de Río Cuarto.
- AVENDAÑO, Elia (2019). “Implicaciones jurídicas de la inclusión de los pueblos y comunidades afromexicanas en la Constitución federal”. *Cultura y Política*. Disponible en: [http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura\\_politica/elia\\_avendano\\_20190905.html](http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura_politica/elia_avendano_20190905.html) (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIV Legislatura (2020a). Boletín no. 6027.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIV Legislatura (2020b). Nota no. 8152.
- CRESPO, José Antonio (2020). *AMLO en la balanza. De la esperanza a la incertidumbre*, México, Grijalbo.
- ELIZONDO, Carlos (2007). “El derecho a la protección de la salud”. *Salud Pública de México*. 49(2).
- ELIZONDO, Carlos (2014). “¿Una nueva Constitución en 2013? El capítulo económico”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 13.
- ESTRADA MICHEL, Rafael y NÚÑEZ TORRES, Michael (2005). “Una asamblea constituyente para México (consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con

- especial referencia al caso de la transición mexicana)". En CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A. (coords.). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GILES NAVARRO, César A. (2018). *Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Instituto Belisario Domínguez. Disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/4193>.
- GOBIERNO DE MÉXICO. Voz "consulta popular". Sistema de Información Legislativa (s. f.). Disponible en: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=252> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA EN EL SENADO, LXIV Legislatura (2020). "Aprueba Senado reforma que suprime fuero constitucional al presidente de la República". Boletín.
- JIMÉNEZ MONSALVE, Ingrid (2011). "El debilitamiento del principio de representación proporcional en Venezuela o autoritarismo electoral: dos caras de la misma moneda". *Politeia*. 34(46).
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio *et al.* (2020). "Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben). La tensión entre Constitución, reformas y gobierno". En BECERRA, Ricardo y WOLDENBERG, José (coords.). *Balance temprano*. México: Granos de Sal.
- LÓPEZ PORTILLO, Ernesto (2020). "Militarización en la 4T, el informe que viene". *Animal Político*. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/ruta-critica/militarizacion-en-la-4t-el-informe-que-viene/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- LÓPEZ PORTILLO, Ernesto y STORR, Samuel (2020). "Militarización en la 4T (2018-2020)". Informe del Programa de Seguridad Ciudadana de la Universidad Iberoamericana. México. Disponible en: <https://www.casade.org/index.php/biblioteca-casade-2-0/defensa-y-fuerzas-armadas/relaciones-civico-militares/559-militarizacion-en-la-4t-2018-2020/file> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- LÓPEZ, Margarita (2008). "Venezuela: Hugo Chávez y el Bolivarianismo". *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. 14(3).
- MARTÍNEZ, Germán (2020). "La reforma judicial: mascarada sobre la toga". *Nexos*. Disponible en: <https://eljujodelacorte.nexos.com.mx/>

*reforma-judicial-mascarada-sobre-la-toga/* (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

- MAYORGA, Fernando (2006). “El gobierno de Evo Morales: entre nacionalismo e indigenismo”. *Nueva Sociedad*. 206.
- MUDDE, Cas (2013). “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”. *Jay Heritage Center*. Ryle.
- MURAYAMA, Ciro (2019). “La captura del Congreso por Morena”. *Nexos*. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=43100> (fecha de consulta: 12 de junio de 2021).
- POPPE, Annika E. *et al.* (2018). “Democracy Promotion in the 21<sup>st</sup> Century”. En PRIF REPORT. *Democracy Promotion in Times of Uncertainty. Trends and Challenges*. Frankfurt: Peace Research Institute Frankfurt-Leibniz Institut Hessische Stiftung Friedensund Konfliktforschung.
- PRZEWORSKI, Adam (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- RAMÍREZ, S. (2019). “Un año de reformas constitucionales en México”. *Altavoz*. Fecha de consulta: 13 de abril de 2021.
- RINCÓN, Javier (2006). “Las democracias andinas, entre «populismo constitucional» y «constitucionalismo popular»”. *Visages d’Amérique Latine*. 3.
- SENADO DE LA REPÚBLICA (2020). “Declaran aprobada la reforma de movilidad y seguridad vial, con el aval de 23 congresos”. *Boletines*. Disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/49864-declaran-aprobada-la-reforma-de-movilidad-y-seguridad-vial-con-el-aval-de-23-congresos.html>.
- TRUJILLO HOLGUÍN, Jesús Adolfo (2019). “Las reformas al artículo 3o. constitucional de 2013 y 2019, ¿continuidad o cambio de rumbo educativo?”. En TRUJILLO HOLGUÍN, Jesús Adolfo *et al.* (coords.). *Desarrollo profesional docente: reflexiones de maestros en servicio en el escenario de la Nueva Escuela Mexicana*. México: Escuela Normal Superior Prof. José E. Medrano R.
- TUSHNET, Mark (2013): “Popular Constitutionalism and Political Organization”. *Roger Williams University Law Review*. 18(1).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país\*

### *Protection of nature from the ecocentric paradigm: analysis of sentences of the Constitutional Court of Colombia and other courts of this country*

Recepción: 24 de junio de 2021

Aceptación: 3 de septiembre de 2021

Viridiana MOLINARES HASSAN\*\*

Daniela DÍAZ MARRIAGA\*\*\*

**RESUMEN:** Presentamos un análisis de sentencias, expedidas desde 1991 hasta 2020, sobre protección a la naturaleza en Colombia, que forma parte de los países del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, para identificar la aplicación del paradigma ecocéntrico. La originalidad de nuestro aporte se encuentra en que ubicamos en los discursos de los accionantes y de los órganos judiciales, la aplicación de las categorías de ecojusticia y ecodemocracia, como integrantes del paradigma ecocéntrico para la protección a la

**ABSTRACT:** We present an analysis of sentences, issued from 1991 to 2020, on the protection of nature in Colombia, which is part of the countries of the constitutionalism of biodiversity or new andean constitutionalism, to identify the application of the ecocentric paradigm. The originality of our contribution lies in the fact that we place the application of the categories of ecojustice and ecodemocracy as members of the ecocentric paradigm for the protection of nature in the discourses of the actors and of the judicial bodies. In the conclusions, we

\* Artículo derivado de la investigación “Constitucionalismo de la biodiversidad: estado del arte en derecho comparado”, dirigida por la profesora investigadora Viridiana Molinares Hassan. Es parte de la línea de Asuntos públicos y administración de justicia del Grupo de investigación en derecho y ciencia política de la Universidad del Norte.

\*\* Doctora en derecho público y filosofía jurídico-política de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora investigadora de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3138-7805>; [vmolinar@uinorte.edu.co](mailto:vmolinar@uinorte.edu.co).

\*\*\* Abogada egresada de la Universidad del Norte y estudiante de la especialización en Derechos Humanos por la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4186-7930>; [damarriaga@uinorte.edu.co](mailto:damarriaga@uinorte.edu.co).

naturaleza. En las conclusiones destacamos la ausencia de una acción directa de protección a la naturaleza, además, aunque en este país se cuenta con decisiones judiciales relevantes, éstas se sustentan en un paradigma antropocéntrico y no ecocéntrico, lo que motiva a un cambio necesario para la efectiva protección de la naturaleza.

**Palabras clave:** nuevo constitucionalismo andino, constitucionalismo de la biodiversidad, antropocentrismo, ecocentrismo, biocentrismo, ecodeocracia, ecojusticia.

*highlight the absence of a direct action to protect nature, in addition, although there are relevant judicial decisions in this country, these are based on an anthropocentric and non-ecocentric paradigm, which motivates a necessary change for the effective protection of nature.*

**Keywords:** *new andean constitutionalism, biodiversity constitutionalism, antropocentrism, ecocentrism, biocentrism, ecodeocracy, ecojustice.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Paradigma ecocéntrico: ecodeocracia y ecojusticia.* III. *Colombia como país del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino.* IV. *Análisis de sentencias expedidas en Colombia sobre protección a la naturaleza.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El impacto del ser humano sobre la tierra es cada vez más evidente, por ello, gran parte de la comunidad científica ha denominado la era geológica actual como “Antropoceno” (Crutzen y Stoermer, 2000), que se caracteriza, precisamente, por cambios en los ecosistemas terrestres provocados por la actividad humana.

Existen distintas teorías sobre el punto de partida de esta época, entre los más mencionadas se encuentran: “el desarrollo de la agricultura; la revolución industrial; el descubrimiento, conquista y expansión sobre América, y la primera detonación nuclear” (Anzoátegui, 2000: 5).

A pesar de no existir consenso sobre el inicio exacto del Antropoceno, sí lo hay respecto a la “huella” que la actividad humana ha estado dejando en el planeta. Muestras de ello son: el fenómeno del cambio climático, la contaminación de los océanos, bosques deforestados, incendios forestales, desplazamientos climáticos, y otros eventos que han provocado cambios significativos en los ecosistemas y sus procesos, hasta el punto de llegar a

hablarse de una probable “sexta extinción masiva de especies” (Anzoátegui, 2000: 8).

Para enfrentar la crisis actual en la que nos encontramos, desde la academia se han formulado diferentes propuestas, una de ellas consiste en la necesidad de un cambio de paradigma, del antropocéntrico a uno *ecocéntrico*, desde el que se considere a la naturaleza (no humana) como portadora de un valor intrínseco y no uno instrumental para el beneficio de la especie humana. A partir de esta propuesta se han desarrollado categorías como las de *ecodemocracia*—democracia ecocéntrica— (Gray y Curry, 2016) y de *ecojusticia*—justicia ecológica— (Washington *et al.*, 2018: 367-374), que acogen el enfoque *ecocéntrico* para la protección de la naturaleza.

Por ejemplo, Carducci y Castillo (2016) han destacado avances en las Constituciones expedidas al final del siglo XX e inicios del siglo XXI en países como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Colombia, en el sentido de que en éstas se incluyó el carácter biocéntrico/ecocéntrico para la protección a la naturaleza. En consecuencia, denominan a este grupo como los países del “constitucionalismo de la biodiversidad” o “nuevo constitucionalismo andino”.

Estos autores resaltan que en las Constituciones de estos países la naturaleza ya no es vista como objeto de apropiación, explotación o conservación, sino que se convierte en “sujeto” de derechos y, por tanto, de protección: “La naturaleza ya no se identifica más común “objeto” de apropiación, explotación, o conservación: se convierte en el “sujeto” que alimenta y nutre a los seres humanos y por lo tanto a la sociedad.” Así mismo, acogen la fórmula de la “hipótesis de Gaia”, según la cual “todos los componentes del planeta tierra «viven» en constante interacción con todos los comportamientos y las acciones de los organismos vivos, vegetales o animales.” (p. 260).

Este cambio de perspectiva ha sido atribuido por los autores al carácter diverso y plural de las Constituciones de países andinos que, entre varios aspectos, han dado especial importancia a una *racionalidad indígena* que comprende paradigmas como el *sumak kawsay*,<sup>1</sup> presente en la Constitución ecuatoriana, o el *suma qamaña*<sup>2</sup> en la boliviana.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En el preámbulo de la Constitución de Ecuador se define como: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

<sup>2</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), artículo 8o.

<sup>3</sup> El alcance de estas categorías puede entenderse a partir de que: “Estas categorías

Teniendo en cuenta la necesidad de cambio del paradigma antropocéntrico al ecocéntrico, y la protección a la naturaleza establecida en las Constituciones del constitucionalismo de la biodiversidad, en este artículo nos planteamos como problema de investigación: ¿Desde qué paradigma —antropocéntrico o ecocéntrico— se está solicitando y otorgando protección judicial a la naturaleza en Colombia?

Nuestra hipótesis se orienta a afirmar que la protección, vía judicial, a la naturaleza como sujeto de derechos sigue solicitándose y otorgándose (por parte de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país) desde una posición instrumental de la naturaleza en beneficio de la especie humana, y no por su valor intrínseco, afianzando el paradigma antropocéntrico.

Por lo anterior, el objetivo de realizar este artículo consiste en analizar si en los discursos de los accionantes y de los órganos judiciales se desarrollan las categorías de ecojusticia y ecodeмокracia, como integrantes del paradigma ecocéntrico para la protección a la naturaleza.

Metodológicamente se analizarán en las sentencias, los discursos utilizados por los accionantes, por la Corte Constitucional de Colombia y otros tribunales de este país, destacando el enfoque de protección otorgado bajo las líneas de pensamiento de la ética ambiental, a saber, antropocentristas (antropocentrismo) o no antropocentristas (biocentrismo, ecocentrismo). Junto a lo anterior, analizamos la aplicabilidad de las categorías de ecodeмокracia y ecojusticia para determinar, en consecuencia, si se evidencia o no una protección ecocentrista de la naturaleza.

Para la selección de las sentencias objeto de análisis se tuvo en cuenta un criterio temporal, incluyendo casos relevantes de protección fallados desde la fecha de expedición, en 1991, de la actual Constitución de Colombia, hasta 2020. Así mismo, se utilizó el criterio material, seleccionando casos sobre protección a la naturaleza, entendida ésta como lo que conforma la naturaleza no humana (ecosistemas terrestres y acuáticos), encontrando casos de protección a bosques, páramos, ríos, etcétera.

---

encuentran su origen en la racionalidad «indígena» del *sumak kawsay* (Ecuador) y del *suma qamaña* (Bolivia): la subsistencia no es una condición al límite de la supervivencia. La subsistencia es, más bien, entendida como un «buen vivir» con respeto hacia la naturaleza y el rechazo a la acumulación material del individuo egoísta: se trata de una idea emancipadora que considera a la subyugación de la naturaleza por parte del hombre como responsable de la desigualdad y la injusticia social”. En Carducci, M. y Castillo, Lidia (2016: 263).

## II. PARADIGMA ECOCÉNTRICO: ECODEMOCRACIA Y ECOJUSTICIA

Para identificar el enfoque de protección aplicado en las sentencias objeto de análisis es necesario acudir a las categorías de pensamiento de la ética ambiental, pues éstas explican la relación hombre-naturaleza. Estas categorías son principalmente el antropocentrismo, biocentrismo y el novedoso ecocentrismo.

El antropocentrismo es una corriente que predomina en el mundo:

...se centra en la creencia de que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al ser humano legítimo dueño de aquella y, como consecuencia, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales (Ochoa, 2014: 260).

Por otra parte, con el biocentrismo se le concede importancia moral a todos los seres vivos presentes y de generaciones futuras, a diferencia del ecocentrismo, el cual extiende esa consideración no solo a los seres vivientes, sino a otras entidades como los ecosistemas, el agua, el aire, etcétera, de forma holística y no individual (Marcos, 1999).

Como se observa, el ecocentrismo se destaca por otorgar valor intrínseco a la naturaleza no humana como un todo. A partir de este paradigma se han desarrollado distintos conceptos que lo respaldan, como la ecodeocracia y la ecojusticia, categorías que sirven para identificar en mayor medida la aplicación de un enfoque de protección ecocéntrico de la naturaleza.

### 1. *Ecodeocracia*

La ecodeocracia, o democracia ecocéntrica, fue definida por Jan Lundberg como la “reestructuración de nuestra sociedad para la máxima conservación e igualdad de derechos para todas las especies” (1992: 226).

Así mismo, Gray y Curry la definieron como:

Grupos y comunidades usando sistemas de toma de decisiones que respetan los principios de la democracia humana mientras que explícitamente amplían la valoración para incluir el valor intrínseco de la naturaleza no humana, con



el objetivo final de evaluar las necesidades humanas al igual que las de otras especies y de los sistemas vivientes que conforman la ecosfera (2016: 21).

Además, formularon las siguientes propuestas prácticas para el desarrollo de la ecodemocracia:

*Ecodemocracia deliberativa.* Creación de figuras como el “consejo de todos los seres”, en donde quienes lo conforman se aparten de su identidad humana y hablen en nombre de otras formas de vida.

*Apoderados humanos con derecho a voto.* Se trata de asignarles la calidad de *stakeholder* o parte interesada a lo no humano y, así mismo, el derecho al voto, que estaría representado por un ser humano.<sup>4</sup>

*Jurado de ciudadanos.* Se encargaría de deliberar, desde un punto de vista ecocéntrico, sobre diferencias presentadas entre los grupos de paneles en sus recomendaciones y propuestas. El primer panel estaría conformado por un grupo de expertos en ecología, ciencia ambiental y ética, para formular recomendaciones que beneficiarían a la vida no humana, y, por otro lado, estaría un grupo de políticos, representantes de la especie humana elegidos de forma democrática, para formular propuestas orientadas a la conservación de la especie humana.

*Ecodemocracia mediante leyes.* Proponen el reconocimiento jurídico de derechos intrínsecos a lo no humano como método de ecodemocracia (Gray y Curry, 2016: 21).

Como conclusión, la ecodemocracia es una categoría que propone medidas enfocadas en el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza no humana, considerándola como par a lo humano e integrándola en la toma de decisiones que la afectan.

## 2. Ecojusticia

Al igual que la ecodemocracia, la ecojusticia o justicia ecocéntrica, tiene un enfoque ecocéntrico. Se sustenta en el reconocimiento al valor

---

<sup>4</sup> Un ejemplo aplicable a esta propuesta se registra en Colombia: en 2019, con la presentación de un recurso de *habeas corpus* en nombre de un oso de anteojos en cautiverio, llamado Chucho, luego de ser trasladado desde el lugar donde creció en cautiverio hasta a un zoológico en otra ciudad. Con el recurso se solicitó que Chucho, el oso, fuera regresado a su hábitat de acutiverio. Véase la Sentencia STL12651-2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral n° T 47924, del 16 de agosto de 2017; Sentencia SU016/20 de la Corte Constitucional.

intrínseco de la naturaleza no humana, apartándose del valor instrumental para los humanos. Washington, Haydn *et al.* la han definido como la “justicia para la naturaleza” (2018: 369).

Este concepto difiere de la llamada “justicia ambiental” (*environmental justice*) que se desprende de la justicia social (justicia para los humanos), aplicada en cuestiones ambientales sobre la distribución de los recursos ambientales y que, en esencia, no es una justicia para el medio ambiente, sino que se trata de una justicia para el ser humano sobre cuestiones ambientales (Washington *et al.*, 2018: 369).

Al contrario de la ecojusticia, la justicia ambiental se desarrolla desde el paradigma antropocéntrico. Consiste en:

...el trato justo y la participación significativa de todas las personas, independientemente de su raza, color, nacionalidad o ingresos, con respecto al desarrollo, implementación y cumplimiento de las leyes, regulaciones y políticas ambientales... [para que todas las personas] disfruten del mismo grado de protección contra los peligros ambientales y de salud, e igual acceso en el proceso de toma de decisiones, para tener un ambiente saludable en el que vivir, aprender y trabajar (Washington *et al.*, 2018: 370).

Como conclusión, la justicia ambiental se propone mejorar la calidad de vida de los seres humanos, desconociendo la protección para la naturaleza no humana.

Cuando se articulan las categorías de ecodemocracia y de ecojusticia, se encuentra que éstas representan un cambio respecto a la relación hombre-naturaleza que ha regido históricamente. A partir de ellas se constituye un paradigma ecocéntrico, el cual se reconoce el valor intrínseco de la naturaleza no humana y busca protección y justicia para todo lo no humano.

### III. COLOMBIA COMO PAÍS DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA BIODIVERSIDAD O NUEVO CONSTITUCIONALISMO ANDINO

En este acápite presentamos, de manera breve, una descripción del contenido sobre protección a la naturaleza en la Constituciones de los países que, Carducci y Castillo (2016) afirman, forman parte del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, con el propósito de ilustrar que, a nivel constitucional, se ha acogido el paradigma

ecocéntrico. En este sentido, incluimos a Colombia para, en el acápite posterior, analizar en las sentencias expedidas en este país, si la protección a la naturaleza responde a este paradigma o no.

A finales del siglo XX e inicios del siglo XXI se desarrollaron nuevos procesos constituyentes en países latinoamericanos, producto de la necesidad de superar desigualdades sociales estructurales. Estos procesos se iniciaron con manifestaciones de protesta orientadas a provocar cambios institucionales a través de los cuales se valorara, de manera material y no solo formal, la dignidad humana; se reconocieran las naciones indígenas y se reivindicaran sus derechos; se materializaran derechos de carácter social, y se protegiera a la naturaleza como sujeto de derechos.

De acuerdo a Viciano y Martínez (2011: 7), estos procesos buscaron la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la legitimidad democrática de la Constitución, y dieron lugar al cambio de una Constitución formal a una sustancial, estructura del Estado constitucional.

Estas transformaciones constitucionales se iniciaron en Colombia a principios de la década de 1990 con la convocatoria, por parte de un movimiento estudiantil a una Asamblea Constituyente, que culminó con la expedición de la Constitución de 1991. Luego, siguió con la aprobación, mediante referendos, de nuevas Constituciones en 1999 en Venezuela; en Ecuador, en 2008, con un texto constitucional que se caracterizó por la expresa referencia al Estado constitucional, y, por último, en Bolivia, en 2009, con la expedición de una carta magna que avanzó al reconocimiento de un Estado plurinacional.

Entre los cambios constitucionales realizados en estos países andinos sobre el tema de protección a la naturaleza, encontramos, por ejemplo, cómo en la Constitución de Venezuela se consagran, en el artículo 127, principios, derechos y deberes ambientales y “transgeneracionales”, revelando, según lo explica Luzardo (2011: 238) un replanteamiento de la cosmovisión antropocéntrica a una “transepistemología ambiental”.

El artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente, refiriéndose a los derechos y deberes ambientales y transgeneracionales:

Es un derecho y un deber de cada generación, proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diver-

sidad biológica. Los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica... Es una obligación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Al respecto, Luzardo observa cómo se consagran los derechos transgeneracionales en relación al medio ambiente desde tres perspectivas: 1) derecho individual; 2) derecho colectivo, y 3) derecho de las generaciones futuras o transgeneracionales (2011: 191). Además, sigue explicando, este artículo no solamente se refiere a los derechos de las actuales y futuras generaciones, sino también al equilibrio que debe establecer la especie humana con las otras especies vivas del planeta y la biosfera, y al deber del Estado de asumir el desarrollo de una política ambiental integral (p. 198).

Por otro lado, encontramos que, en la Constitución de Ecuador, considerada como un referente en materia ambiental, se reconoce de manera expresa a la naturaleza como sujeto de derechos, esto debido a la inclusión de la cosmovisión indígena representada en el *sumak kawsay* o buen vivir, y el respeto hacia la Pacha Mama (Madre Tierra), como se observa en el preámbulo: “Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia... Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

Respecto a la filosofía del buen vivir, Boff (2012: 66) sostiene que:

...el “buen vivir” apunta a una ética de lo suficiente para toda la comunidad, y no solamente para el individuo. El “buen vivir” supone una visión holística e integradora del ser humano, inmerso en la gran comunidad terrenal, que incluye además de al ser humano, al aire, el agua, los suelos, las montañas, los árboles y los animales; es estar en profunda comunión con la Pacha Mama (Tierra), con las energías del Universo, y con Dios.

Se observa entonces, cómo la Constitución ecuatoriana contempla derechos tanto para el buen vivir como para la Pacha Mama, siendo los seres humanos titulares de los primeros y la naturaleza ostentando la titularidad de los segundos.

Los derechos del buen vivir son: el derecho humano al agua; a los alimentos saludables y nutritivos; al ambiente saludable; la prohibición de producción, comercialización e importación de productos genéticamente modificados por ser perjudiciales para la salud humana y atentar contra la soberanía alimentaria y los ecosistemas (Constitución de la República del Ecuador, 2008: artículo 13).

Por otro lado, los derechos de la naturaleza son: a reproducirse; a realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales; a la restauración; a la restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas y alteración de ciclos naturales; a la prohibición de introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que pueda alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (Constitución de la República del Ecuador, 2008: artículos 71 y 72).

De igual manera, la Constitución de Bolivia está fundada en una cosmovisión indígena, y se reconoce el carácter plurinacional del Estado, fundado también desde la filosofía del buen vivir, o en este caso del *suma qumaña*, que de acuerdo con Moura (2012) se puede entender como:

La noción de *suma qumaña* de los Aymaras de Bolivia significa la complementariedad social, rechazando la exclusión y la discriminación, y buscando la armonía de la humanidad con la Madre Tierra, respetando las leyes de la naturaleza. Todo esto constituye una cultura de vida, que se opone a una vida de muerte. Todavía, el *suma qumaña* puede ser visto como convivir bien, resaltando así la necesaria convivencia de los hombres entre sí y la naturaleza” (citado en Maluf *et al.*, 2018: 162).

El contenido ambiental de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia está plasmado en los artículos 33, 34, 342-347, 348-358 y 373, que hacen referencia al derecho de las personas a una calidad de vida y a un medio ambiente saludable. En su artículo 10 expresa que “la naturaleza será titular de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”; sin embargo, en el texto constitucional no aparece plasmado de forma explícita cuáles son esos derechos. A pesar de ello, los derechos de la naturaleza son introducidos mediante legislación infraconstitucional a través de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien de 2012, que reconoce los siguientes derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, a la restauración, al aire limpio, al equilibrio, y a vivir libre de contaminación.

Así mismo, el texto constitucional boliviano, en su artículo 33, dispone que “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, *además de otros seres vivos*, desarrollarse de manera normal y permanente” (cursiva propias para añadir énfasis).

Iniciando el análisis del caso de Colombia, encontramos que su Constitución ha sido catalogada como *ecológica*.<sup>5</sup>

De manera específica, el carácter ecológico y la protección a la naturaleza se consagra en los siguientes artículos de la Constitución de Colombia:

Artículo	Contenido
58	Función ecológica de la propiedad
66	Créditos agropecuarios por calamidad ambiental
67	Educación para la protección del ambiente
79	Derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales
80	Planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales
82	Deber de proteger los recursos culturales y naturales del país
226	Internacionalización de las relaciones ecológicas
268.7	Fiscalización de los recursos naturales y del ambiente
294 y 317	Contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales
330.5	Consejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales
331	Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente
332	Dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables
333	Limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente
334	Intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano
339	Política ambiental en el plan nacional de desarrollo

<sup>5</sup> Entre decisiones de la Corte Constitucional colombiana en las que se refuerza el carácter ecológico de su Constitución pueden citarse: Sentencia T-411-92 (disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>) y la Sentencia C-048-2018 (disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-048-18.htm>).

Artículo	Contenido
340	Representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación
366	Solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado

Por otra parte, atendiendo la importancia de los precedentes constitucionales de carácter obligatorio, que en Colombia se integran por sentencias de revisión de constitucionalidad (SC) expedidas por la Corte Constitucional, presentamos algunos de ellos en los que la Corte advierte la importancia de elementos que integran la naturaleza y la especial protección que debe otorgársele:

Sentencia T-411-92	“La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento —en la medida que regula la creación jurídica—, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto, en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una <i>Constitución ecológica</i> y una Constitución cultural”.
Sentencia C-644-17	Respecto al valor que tiene la naturaleza, la Corte Constitucional ha dicho que “Existe una necesidad imperiosa de propender por una defensa cada vez más rigurosa de la naturaleza y su entorno, por cuanto, la naturaleza, en sí misma, tiene un valor intrínseco”.
Sentencia C-048-2018	De acuerdo a la Corte: “La Constitución ecológica contiene un conjunto de disposiciones que reconocen la importancia del ambiente sano, e imponen una serie de obligaciones al Estado para su conservación... El ambiente sano tiene una triple dimensión: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección”.

Como conclusión de este acápite encontramos, de acuerdo al contenido de las Constituciones de los países del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, que en las de Ecuador y Bolivia se reconoce el valor intrínseco de la naturaleza no humana, resaltando el

valor de la tierra o Pacha Mana, por lo que puede afirmarse que acogen el paradigma ecocéntrico. Por otra parte, los textos constitucionales de Colombia y Venezuela, a pesar de tener un alto contenido en protección ambiental, no le otorgan tal reconocimiento de manera expresa a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico, pero avanzan de manera sustancial en el otorgamiento de protección al ambiente, a los seres vivos y a los ecosistemas, señalando, como en el caso de Venezuela, el deber transgeneracional de la protección a la naturaleza, de lo cual se puede concluir que de manera implícita derivan en una protección ecocéntrica a la naturaleza.

#### IV. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EXPEDIDAS EN COLOMBIA SOBRE PROTECCIÓN A LA NATURALEZA

A continuación, presentamos el análisis de sentencias sobre protección de la naturaleza en Colombia, realizado de acuerdo con los criterios descritos en la introducción, con el fin de identificar si acogen el paradigma antropocéntrico o ecocéntrico, haciendo especial análisis sobre la aplicación de la categoría de ecójusicia. Analizamos tanto decisiones de la Corte Constitucional como de otros tribunales, abarcando todas las decisiones expedidas desde 1991 hasta 2020.

##### 1. *Río Atrato. Sentencia T-622-16 del 10 de noviembre de 2016, Corte Constitucional de Colombia*

La Corte Constitucional revisa una acción de tutela<sup>6</sup> instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) y otros, contra la Presidencia de la República y otros.

Los accionantes (comunidades étnicas indígenas y afrocolombianas) habitan en la cuenca del río Atrato, ellos solicitaron la emisión de órdenes para detener el uso intensivo y a gran escala de métodos de extracción minera y explotación forestal ilegal, que incluyen maquinaria pesada y vertimiento de sustancias tóxicas en el río Atrato, sus cuencas, ciénagas,

<sup>6</sup> Acción judicial encaminada a la protección y garantía de los derechos constitucionales fundamentales.



humedales y afluentes, teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente.

Los accionantes solicitan que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura, y al territorio de las comunidades étnicas. En sus argumentos exponen los efectos nocivos de estas prácticas en el río Atrato y sus afluentes, como la destrucción del cauce del río, la contaminación de las aguas por sustancias tóxicas, la erosión, la acumulación de basuras, el vertimiento de residuos sólidos y líquidos al río, y la pérdida de especies, entre otros más.

Así mismo, afirman que estos efectos representan un riesgo para las comunidades y resaltan la importancia del río Atrato, argumentando su utilidad para el consumo directo del agua, para sus actividades de agricultura, la pesca y demás actividades cotidianas, incluso las culturales. De igual manera, explican las consecuencias negativas que ha ocasionado la afectación del río en sus vidas y cómo la contaminación del río atenta contra la supervivencia de la población, resaltando situaciones como muertes por intoxicación y contracción de enfermedades.

La Corte Constitucional, en sus consideraciones, emplea el concepto de “derechos bioculturales” de las comunidades étnicas, que hacen referencia al derecho a “administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios —de acuerdo con sus propias leyes, costumbres— y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad”, ligando la naturaleza a un factor cultural, por la relación entre aquellas comunidades y el medio ambiente.

En su decisión, la Corte declara al río Atrato como sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y de las comunidades étnicas, y ordena medidas para garantizar esos derechos y para el restablecimiento de los derechos de las comunidades étnicas afectadas.

Analizando los principales argumentos, tanto de los accionantes como de la Corte, encontramos que la solicitud y otorgamiento de protección al río Atrato están fundamentados en la crisis social ocasionada por el deterioro del río y sus afluentes, sin hacer mención alguna sobre la importancia del río en sí mismo y su interrelación con los ecosistemas, cuya vida tiene génesis, se desarrolla y dependen de él.

Como consecuencia, es evidente la relación que establecen tanto los accionantes como la Corte, entre la naturaleza y los seres humanos (en este caso enfocado en comunidades étnicas), otorgándole un valor cultural. Sin embargo, consideramos que asumir la naturaleza como parte de la cultura es una postura antropocéntrica, y niega la realidad evolutiva de que los humanos y su cultura hacen parte de la naturaleza, integran un todo. Además, la decisión de declarar al río como sujeto de derechos, especialmente por la relación existente entre las comunidades con la naturaleza (derechos bioculturales) y los efectos nocivos que ocasionaron la vulneración de sus derechos fundamentales, da cuenta de la protección a naturaleza por la utilidad que representa para el ser humano y no por su valor intrínseco, que es lo que promueve el paradigma ecocéntrico.

Por otra parte, observamos, junto al enfoque antropocéntrico, la aplicación de una justicia ambiental, que definimos anteriormente, como una justicia social con carácter ambiental, que pretende proteger en primera medida al ser humano debido a los problemas ambientales que le afectan y no desde la categoría de ecojusticia.

## 2. *Amazonía. Sentencia STC4360-2018 del 5 de abril de 2018, Corte Suprema de Justicia de Colombia*

En este caso, la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la impugnación de un fallo de tutela instaurada por un grupo de personas en contra de la Presidencia de la República, los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, por el “incremento de la deforestación en la Amazonía”.

Los accionantes, veinticinco personas —entre ellas, niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos entre 7 y 25 años de edad—, afirmaron vivir en lugares que hacen parte de la lista de ciudades con mayor riesgo por cambio climático y solicitaron la protección de sus derechos al goce de un ambiente sano, a la vida y a la salud.

Argumentaron que la deforestación en la Amazonía se debe a diversas actividades como el acaparamiento de tierras, cultivos de uso ilícito, extracción ilícita de yacimientos minerales, la infraestructura, los cultivos agroindustriales y la extracción ilegal de madera, que contribuyen a la

emisión de gases de efecto invernadero, los cuales ocasionan el cambio climático. Sostuvieron, además, que la deforestación afecta “la alteración negativa del ciclo del agua; ...la alteración de los suelos de captar y absorber agua cuando llueve (y las consecuentes inundaciones que esto genera); ...los cambios en los suministros de agua que llegan a los páramos y que a su vez proveen agua para las ciudades donde viven los accionantes...”. Lo anterior tiene implicaciones nocivas para los lugares de su residencia, afectando su derecho al ambiente sano, que impacta, en consecuencia, sus derechos fundamentales y de las generaciones futuras, de las que ellos hacen parte y quienes enfrentarán los efectos del cambio climático. Por estas razones, solicitaron que se expidieran medidas tendientes a la reducción de la deforestación.

De lo anterior, se destaca el carácter biocéntrico de los argumentos de los accionantes, toda vez que otorgan especial importancia en su reclamación a las afectaciones a las generaciones futuras, centrándose en las consecuencias de la deforestación; sin embargo, no se refieren al valor de los ecosistemas que se ven afectados por dicha problemática.

Por otra parte, encontramos que la Corte en sus consideraciones se refirió a los derechos ambientales de las futuras generaciones, que se fundan en el “(i) deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la naturaleza.” Así mismo, hace alusión a la importancia en la protección de la Amazonía, ligadas a su valor intrínseco, es decir, acoge el paradigma ecocéntrico.

Esto lo hace la Corte para otorgar la protección solicitada, por la obligación de solidaridad humana con la naturaleza (que parte de los derechos ambientales de las futuras generaciones), reconociendo al ser humano como “parte de la naturaleza”, y considerando la importancia intrínseca de lo que la Amazonía representa en el curso de la naturaleza como un todo.

El otorgamiento de la calidad de sujeto de derechos a la Amazonía fue realizada bajo una premisa dualista, que integra tanto el paradigma biocéntrico por parte de los accionantes que recurrieron a la justicia ambiental, como desde el paradigma ecocéntrico, acogido por parte de la Corte.

### *3. Páramo de Pisba. Sentencia del 9 de agosto de 2018, Tribunal Administrativo de Boyacá, Colombia*

El Tribunal conoció de la impugnación interpuesta por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, contra la sentencia de tutela que resol-

vió amparar los derechos fundamentales a la participación ciudadana y al debido proceso de los accionantes.

El caso se trató de un grupo de trabajadores de la empresa C. I. Bulk Trading Sur América Ltda, titular y operadora de un contrato de concesión minera para la explotación de carbón en Vereda Mortiño, Municipio de Socha, que solicitaron participación en el proceso de delimitación del páramo de Pisba, argumentando que el Ministerio omitió socializar con aquellos el trámite de delimitación, privándolos de evaluar el conflicto de tipo social y económico que se generaría. Obsérvese que se centran en una postura totalmente antropocéntrica, en razón a que pretenden la inclusión en el proceso de delimitación del páramo, a partir de las problemáticas personales de naturaleza social que se derivan de dicha delimitación.

Su solicitud también tiene sustento en que la actividad minera está prohibida en los páramos y esto trae como consecuencia la terminación de los contratos laborales de los accionantes.

El Tribunal, en sus argumentos, reiteró la falta de regulación en materia de protección de páramos y resaltó la importancia de tomar medidas que garanticen una eficaz protección en el caso concreto; como consecuencia, decidió declarar al páramo de Pisba sujeto de derechos. Motivó su decisión, entre otros aspectos, por la importancia que representan estos ecosistemas como productores de agua y sumideros de carbono, afirmando que “Los páramos son entidades de especial importancia por una doble función jurisprudencialmente reconocida como principal, no así las únicas, cuales son la producción de agua y la absorción de carbono de la atmósfera” (p. 28).

El Tribunal, además de la calidad de sujeto de derechos otorgada al páramo, ordena una serie de medidas para garantizar dicha protección y para compensar a las personas afectadas, también, resaltó la importancia de la protección del páramo como ecosistema y fuente hídrica, y a su vez de los derechos de las generaciones presentes y futuras al agua, a la vida, a la salud y a la integridad personal. Así, encontramos que el Tribunal acoge el paradigma biocéntrico, que reconoce el valor moral de la entidad natural, pero en razón del beneficio para las especies vivientes (humanas y no humanas) y no en razón de un valor intrínseco del páramo.

En conclusión, el presente caso se desarrolló integrando argumentos antropocéntricos por parte de los accionantes, que también aplican el concepto de “justicia ambiental”, pero biocéntricos por parte del Tribunal.

4. *Río Cauca. Sentencia de segunda instancia*  
*No. 038 del 17 de junio de 2019, Sala Cuarta Civil*  
*de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, Colombia*

El Tribunal conoce de un recurso de apelación y decide negar el amparo de los derechos invocados en una acción de tutela instaurada contra la Empresa Pública de Medellín (EPM E. S. P.), la Gobernación de Antioquia, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros.

Con la acción de tutela se solicitó la protección de los derechos a la salud, al agua, al medioambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en la zona de influencia del río Cauca, y que se reconociera la calidad de sujeto de derechos del río, junto a la expedición de una serie de medidas para su recuperación y conservación.

Lo anterior, en virtud de las afectaciones causadas por intervenciones de orden infraestructural del proyecto Hidroituango (ubicado sobre el cauce del río Cauca), que, de acuerdo a los accionantes, ocasionaron la disminución del caudal y con ello la afectación de fauna y flora que dependía del buen estado del río.

Los accionantes también argumentaron que tuvieron afectaciones en la economía de los municipios donde el río tiene influencia, específicamente en sus actividades de pesca, turismo y transporte.

El tribunal, en sus consideraciones, resaltó que el ecosistema debe preservarse en beneficio de las futuras generaciones, considerándolas como sujeto de derechos en sí misma, y que estas, al igual que las generaciones presentes, tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano, en virtud de la equidad intergeneracional y del principio de solidaridad.

Así mismo, adujo que el río es un sujeto de derechos y merece una protección especial “como fuente de alimento, medio ambiente y diversidad, pero especialmente del derecho al agua como fuente hídrica de conservar su valor futuro...” (p. 39).

En este caso, se evidenció una perspectiva antropocéntrica por parte de los accionantes, pues aducen la protección del río no en pro de una justicia ecológica, sino de una justicia ambiental, que busca proteger los derechos de los seres humanos afectados por la crisis ambiental, y no tiene como principal objetivo la preservación del medio ambiente por su valor intrínseco.

Por otro lado, el tribunal acoge una perspectiva biocéntrica, pues reconoce el valor moral de la naturaleza, pero haciendo especial énfasis en los derechos de las generaciones futuras.

De lo anterior, se concluye que este caso fue resuelto bajo una justicia ambiental, que busca principalmente el bienestar del ser humano, y no de la naturaleza como un todo.

5. *Río Magdalena. Sentencia de primera instancia No. 071 del 24 de octubre de 2019, Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva–Huila, Colombia*

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva conoció de una acción de tutela instaurada por dos ciudadanos contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, al agua, al medio ambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en las zonas de influencia del río Magdalena, quienes solicitaron que se declarara al río Magdalena como sujeto de derechos y se ordenaran medidas para garantizar su protección.

En sus argumentos, los accionantes, mencionan que el río y sus afluentes han venido presentando afectaciones ambientales a raíz de la construcción del proyecto hidroeléctrico El Quimbo, el cual generó contaminación por el llenado del embalse y la biomasa inmersa; y por la contaminación por vertimientos directos de aguas servidas originadas en los municipios ribereños, situación que ha generado afectaciones en sus principales actividades económicas: la pesca y el turismo.

El juzgado reconoce la calidad de sujeto de derechos de las generaciones futuras y tutela sus derechos al agua, a la salud, a la vida digna y al medio ambiente sano, así mismo, reconoce la calidad de sujeto de derechos del río Magdalena a su protección, conservación, mantenimiento y restauración. En la sentencia se pone de manifiesto que las generaciones futuras son sujetos de derecho por cuanto pueden verse afectadas por los sucesos ambientales que aquejan en la actualidad, y por ende decide tutelar los derechos en favor de aquellas.

En el presente caso se evidencia que el reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos del río Magdalena se realiza desde un punto de vista biocéntrico, toda vez que se tiene como argumento principal para

su protección la supervivencia del ser humano en el tiempo, y se omite en gran parte la importancia de la protección del río como parte integral de la naturaleza y lo que representa en sí mismo, desconociendo el paradigma ecocéntrico. Se pretende materializar una justicia ambiental, que busca la protección de la naturaleza, pero en beneficio de la supervivencia del ser humano.

#### 6. *Vía Parque Isla Salamanca. Sentencia STC3872-2020 del 18 de junio de 2020, Corte Suprema de Justicia de Colombia*

La Corte conoce de la impugnación de un fallo de tutela proferido por la sala civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la que un ciudadano solicita el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna, al agua y al medio ambiente sano de los niños y niñas del distrito, y así mismo solicita el reconocimiento de sujeto de derechos para la Vía Parque Isla Salamanca. Entre sus solicitudes se encuentra que se ordene la formulación de un “plan de corto, mediano y largo plazo que contrarreste la tasa de deforestación de bosques de manglar, [y el empleo de] acciones estratégicas encaminadas al estudio y recuperación de las zonas afectadas por los incendios forestales” (pp. 1 y 2) que ocurrieron en los recientes años.

En sus argumentos, el accionante sostiene que la Vía Parque Isla de Salamanca “está en riesgo de colapsar debido a la pasividad de las accionadas (entidades estatales) porque no han hecho frente a la problemática ambiental que enfrenta esta área protegida”. Así mismo pone de presente las “quemadas indiscriminadas”, que ponen en peligro las especies de manglar del país, y además “cambian el régimen hidrológico y modifica las propiedades físicas, químicas y biológicas del suelo” (p. 2).

Por otro lado, también destacó la afectación causada a los niños y niñas de Barranquilla derivada de la humareda que se presenta con los incendios forestales, que daña la salud de aquellos.

La Corte se pronunció con relación al otorgamiento de calidad de sujeto de derechos a la naturaleza, señalando que

... esos beneficios no derivan de la racionalidad, sino del mero hecho de existir, esto es, de hacer parte integrante de la Tierra... el ser humano no es superior a la Naturaleza ni, por tanto, está legitimado para usarla indiscriminadamente como un objeto, sino que ambos conforman en igualdad de condiciones la

plurinación, es decir, la Pacha Mama... entre ellos [ser humano y naturaleza] existe una relación interdependiente que supone su disfrute mutuo en términos razonables, equitativos, no abusivos y ponderados (p. 21).

Refiriéndose a la relación interdependiente entre el ser humano y la naturaleza no humana, la Corte afirmó que

...el concepto de interdependencia lleva incita la ideología de que el verdadero titular de derechos es el planeta mirado como un todo y que sus especies integrantes deben cohesionarse para mantenerlo con vida, sin que ninguna de ellas tenga mayores alcances que las otras, porque al fin y al cabo cada una es indispensable para la supervivencia dentro del todo (p. 25).

Así mismo, resalta el carácter especial de la reserva natural por “constituir un valioso patrimonio ecológico y cultural de la nación y de la humanidad entera, dada su riqueza ecosistémica” (p. 25).

La Corte otorga el amparo a favor de la Vía Parque Isla de Salamanca y le da la calidad de sujeto de derechos, así mismo, ordena a los accionados el despliegue de medidas para su protección.

Se puede observar que el accionante en sus argumentos no tiene como foco la afectación del ser humano, sino que integra en la problemática ecológica los riesgos que tiene para el hombre, en este caso los niños, que son sujetos de especial protección y que en últimas también hacen parte de la naturaleza, sin dejar de lado las consecuencias nocivas para el ecosistema como un todo.

Por su parte, la Corte emplea un discurso ecocéntrico, sin apartar a la naturaleza (no humana) de la especie humana, considerando al planeta como el verdadero titular de derechos. En sus argumentos se evidencian corrientes de pensamiento como la *ecología profunda* que, según Martínez y Porcelli:

...promueve lo que se ha denominado perspectiva ecocéntrica, centrada en la tierra. Es una visión del mundo holística... compartida por muchas tradiciones espirituales de Oriente y Occidente, que reconoce el valor inherente de la vida no humana. No separa a los humanos —ni a ninguna otra cosa— del entorno natural, partiendo del hecho que, como individuos y sociedades, estamos inmersos y finalmente dependientes de los procesos cíclicos de la naturaleza (2017: 402).



Este caso, parte de una perspectiva ecocéntrica, y se pretende una justicia ecológica que busca la protección de la entidad natural debido a su valor intrínseco, y no en especial beneficio del ser humano.

## V. CONCLUSIONES

A pesar de encontrar en las sentencias analizadas, expedidas en Colombia, casos de declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos desde el paradigma ecocéntrico, esta no es la constante, ya que, en la mayoría de los casos, la protección a la naturaleza no humana es otorgada bajo el argumento de su necesaria protección para favorecer los intereses de la especie humana, como se observa en los discursos utilizados por los accionantes y los órganos judiciales, en su mayoría acogen los paradigmas antropocéntrico y biocéntrico.

Lo anterior, puede derivarse, de una falta de mecanismos efectivos para solicitar la protección de la naturaleza en Colombia, ya que la naturaleza no humana no ostenta la titularidad de derechos en su totalidad, sino que esta calidad se ha venido otorgando a ecosistemas específicos para garantizar la protección en casos concretos. Por esto, se evidencia el empleo de la acción de tutela como el mecanismo mayormente utilizado para solicitar protección a la naturaleza.

Al carecer de mecanismos directos para la protección de derechos de la naturaleza y, como consecuencia, se tiene que acudir a acciones constitucionales como la de tutela, que tiene como principal requisito para su procedencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas. Se hace difícil la presentación de pretensiones para la defensa de la naturaleza desde un paradigma ecocéntrico con enfoque de justicia ecológica.

Con el análisis de los casos descritos se evidencia que han primado los paradigmas antropocéntrico y biocéntrico en el desarrollo de las acciones encaminadas a la protección de la naturaleza en Colombia. Sin embargo, se destaca la decisión más reciente que otorga la calidad de sujeto de derechos a la Vía Parque Isla Salamanca, en donde se utiliza un paradigma ecocéntrico, tanto por el accionante como por la Corte Suprema de Justicia. Esta, utilizando un enfoque ecocéntrico, reconoció a las personas como parte de la naturaleza y le dio especial importancia a la afectación causada en el ecosistema. Lo que representa un gran avance en materia de protección a la naturaleza en Colombia.

Finalmente, se destaca que en Colombia mayoritariamente se aplica una justicia ambiental, que se traduce en justicia social en problemáticas ambientales, ya que en las acciones analizadas se pretende en su mayoría el beneficio de las personas y el amparo de derechos frente a crisis sociales, y no pretende específicamente una justicia para la naturaleza entendida con valor intrínseco, sino instrumental para el ser humano. Es decir, no se puede afirmar que Colombia esté dando una gran aplicación al concepto de “ecojusticia”, pues sólo se encontró aplicación al mismo en la reciente decisión sobre protección a la naturaleza, que otorga la protección del ecosistema manglar de la Vía Parque Isla Salamanca.

## VI. REFERENCIAS

- ANZOÁTEGUI, Micaela (2020). “Antropocentrismo, Antropoceno, evolución: una nueva epistemología del riesgo”. *Das Questões*. 8(1). Disponible en: [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.11607/pr.11607.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.11607/pr.11607.pdf).
- BOFF, Leonardo (2012). “¿Vivir mejor o «el buen vivir»?”. *Agenda Latinoamericana*.
- CARDUCCI, Michele y CASTILLO, Lidia (2016). “Nuevo constitucionalismo de la biodiversidad vs. neoconstitucionalismo del riesgo”. *Sequência*. 37(73). Disponible en: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p255>.
- CRUTZEN, Paul y STOERMER, Eugene (2000). “The Anthropocene”. *Global Change*. 41.
- GRAY, Joe y CURRY, Patrick (2016). “Ecodemocracy: Helping Wildlife’s Right to Survive”. *ECOS*. 37(1). Disponible en: <https://deepgreen.earth/publications/ecodemocracy-helping-wildlife-right-survive.pdf>.
- LUNDBERG, Jan (1992). “America Needs Restructuring”. *Population and Environment*. 13(3).
- LUZARDO, Alexander (2011). “Los derechos ambientales y transgeneracionales en la Constitución venezolana de 1999: un enfoque transepistemológico”. *Mundo Nuevo*. 1(6). Disponible en: <https://xdoc.mx/preview/mundo-nuevo-n-6indd-instituto-de-altos-estudios-de-america-latina-5e8a40699900e>.

- MALUF, Fabiano *et al.* (2018). “La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia”. *Revista Latinoamericana de Bioética*. 18(34). Disponible en: <https://doi.org/10.18359/rlbi.3030>.
- MARCOS, Alfredo (1999). “Ética ambiental”. *Universitas Philosophica*. 16(33). Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vni-philosophica/article/view/11396>.
- MARTÍNEZ, Adriana Norma y PORCELLI, Adriana Margarita (2017). “Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte)”. *LEX. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. 15(20). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1450>.
- MARTÍNEZ, José Francisco (2009). “El ambiente como bien jurídico constitucional y sus mecanismos de protección. El caso Venezuela”. *Revista Derecho y Reforma Agraria Ambiente y Sociedad*. 35.
- MOURA, Luiza Diamantino (2012). “O novo constitucionalismo latinoamericano e o meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao direito ambiental internacional”. Disponible en: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3).
- OCHOA FIGUEROA, A. (2014). “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3(11).
- VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rúben (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General De Derecho Público Comparado*. 9. Disponible en: [https://www.academia.edu/6339900/El\\_nuevo\\_constitucionalismo\\_latinoamericano\\_fundamentos\\_para\\_una\\_construccion\\_doctrinal](https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal).
- WASHINGTON, Haydn *et al.* (2018). “Foregrounding Ecojustice in Conservation”. *Biological Conservation*. 228. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.biocon.2018.09.011>.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Desalación de agua y justicia energética. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

### *Water desalination and energy justice. The 2030 Agenda for Sustainable Development*

Recepción: 23 de marzo de 2021

Aceptación: 31 de mayo de 2021

César NAVA ESCUDERO\*

RESUMEN: Este trabajo explica la importancia de desalar agua de mar ante la escasez de agua en el mundo. Ya que los métodos para obtener agua desalada normalmente consumen energías convencionales, se plantea que dicha actividad sea con energía justa, es decir, energía asequible, eficiente, sostenible, y renovable. Lo anterior, para cumplir con las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible según el objetivo 6: “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, y el objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Al efecto, se revisan experiencias de desalación en el mundo y contenidos del concepto de “justicia energética”. Se concluye que desalar agua a cualquier costo energético y consumir energía convencional o renovable a cual-

ABSTRACT: This paper explains the importance of water desalination as an option to worldwide water scarcity. Since those methods used to obtain desalinated water normally consume conventional energies, it proposes that this activity must be realized with energy justice, i mean, energy that is affordable, efficient, sustainable, and renewable. The foregoing to observe the 2030 Agenda for Sustainable Development targets related to goal 6: “Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all”, as well as to goal 7: “Ensure access to affordable, reliable, sustainable, and modern energy for all”. A review is made of both the experiences of water desalination and the concept of “energy justice”. It concludes noting that desalination at any energy cost and conventional or renewable energy consumption

---

\* Doctor (PhD) por The London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Investigador titular “C” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. ORCID: 0000-003-0506-2078; [cenavae@unam.mx](mailto:cenavae@unam.mx).

quier costo socioambiental no son alternativas sostenibles.

*at any socio-environmental cost are not sustainable alternatives.*

**Palabras clave:** desalación de agua, justicia energética, energía renovable, sostenibilidad, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

**Keywords:** *water desalination, energy justice, renewable energy, sustainability, Agenda 2030 for Sustainable Development.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desalación de agua y justicia energética: conceptos y vínculo.* III. *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* IV. *Reflexión final.* V. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto explicar la importancia que en la actualidad reviste la desalación de agua de mar como una alternativa para enfrentar el problema de escasez de agua que padecen millones de personas en diversos países, regiones y ciudades del mundo (se calcula que 40% de la población total se encuentra en dicha situación). Debido a que los métodos que comúnmente se utilizan para desalar agua, como la ósmosis inversa y la destilación por evaporación térmica, demandan un alto consumo de energía que proviene regularmente del uso de combustibles fósiles, este trabajo plantea que dicha actividad debe realizarse con energía justa, esto es, a través de energía que sea asequible, eficiente, sostenible y, en su caso, renovable. En este sentido, y a la luz de lo que establecen las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible — documento aprobado en 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas—, en relación con los objetivos de garantizar tanto la disponibilidad y la gestión sostenible del agua (objetivo 6), como el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos (objetivo 7), este trabajo examina la relevancia de desalar agua de mar según la esencia de algunos de los elementos definitorios del concepto de “justicia energética” para cumplir de esta manera con las metas y objetivos plasmados en dicha agenda.

## II. DESALACIÓN DE AGUA Y JUSTICIA ENERGÉTICA: CONCEPTOS Y VÍNCULO

### 1. *Desalación de agua*

Quitar o eliminar la sal del agua de mar o del agua salobre es lo que coloquialmente se entiende por desalar o desalinizar. En nuestro idioma, el *Diccionario de la Lengua Española* atribuye elementos definitorios distintos a cada uno de estos dos vocablos. Así, por un lado, desalar es “quitar la sal a algo, como a la cecina, al pescado salado, etc.”, y, por el otro, desalinizar es “quitar la sal del agua del mar o de las aguas salobres, para hacerlas potables o útiles para otros fines” (RAE, 2014). En inglés, este segundo término se traduce de la voz “*desalination*”, según el *Oxford Advanced Learner’s Dictionary* (OUP, 2010).

Es importante subrayar que tanto en textos universitarios y académicos, como en documentos técnicos nacionales e internacionales, ambas palabras, “desalación” y “desalinización”, se utilizan indistintamente para referirse a la actividad de quitar la sal del agua de mar o salobre (véase de la Cruz, 2006: 12; Dévora-Isiordia *et al.*, 2013; Soto, 2013: 7; Silva, 2019: 13). Algo similar ocurre también con los estudios (no muy abundantes, por cierto) que sobre este tema se han elaborado desde la perspectiva jurídica, aunque conviene acotar que para este caso existe cierta inclinación hacia el uso de los vocablos “desalar” o “desalación”, tal y como puede apreciarse en Giménez (2005), González (2018), Jiménez (2003), Nava (2007) y Rojas y Delpiano (2016). De cualquier modo, no hay una tendencia dogmática, como tampoco técnica o programática, en este sentido.

En el plano normativo, de igual manera, existen usos indistintos en las legislaciones de aquellos países de habla hispana que abordan este tema para su debida regulación. Por ejemplo, mientras que en España la Ley de Aguas (2001) hace referencia en su texto al término de “desalación” en relación con los bienes que integran el dominio público hidráulico del Estado (se trata de las aguas procedentes de la desalación de agua de mar);<sup>1</sup> en México, la Ley de Aguas Nacionales (1992) alude al de “desalinización” cuando establece que serán objeto de concesión la extracción de aguas

<sup>1</sup> Esta disposición jurídica se encuentra en el artículo 2o., apartado e, ubicada dentro del título I “Del dominio público hidráulico del Estado” de la ley mencionada.

marinas interiores y del mar territorial, cuyo fin sea, precisamente, el de dicha actividad.<sup>2</sup>

Incluso, el uso arbitrario de una noción u otra también se puede manifestar dentro de un mismo ordenamiento jurídico en lo particular. Como muestra, en nuestro país, si bien la Ley de Aguas utiliza la palabra “desalinización” para los efectos ya señalados, el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental (2000) hace uso del otro término, al prescribir que las obras o actividades hidráulicas relativas a las plantas desaladoras requieren previamente de una autorización de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en materia de impacto ambiental.<sup>3</sup>

Ahora bien, es común que los conceptos que se han elaborado sobre desalación o desalinización, particularmente en el ámbito académico, compartan entre sí elementos definitorios semejantes. Entre estos, de manera singular, se encuentran aquellos que se refieren tanto a los fines para los que se realiza dicha actividad como a los métodos o procesos que utilizan las plantas desaladoras.

Por ejemplo, para Gómez, la desalación es “acción y efecto de quitar la sal del agua del mar o de las aguas salobres, para hacerlas potables o útiles para otros fines” (2009: 167). En sentido un tanto similar, Jiménez enfatiza que “la desalación consiste en un proceso industrial para el tratamiento del agua de mar, que consiste en eliminar su contenido en sal, transformándola en agua apta para usos como el abastecimiento de poblaciones, o los riegos...” (2003: 29). Por su lado, Nebel y Wright entienden por desalinización la “purificación del agua de mar por destilación o microfiltración para hacerla potable” (1999: 670). Por otra parte, Arenas define la desalinización como la “eliminación del exceso de sales presentes en suelos y aguas”, y explica en lo particular que “en las aguas salobres o aguas marinas se emplean determinados métodos (ósmosis inversa, por ejemplo) para eliminar el exceso de sales y convertirlas en aguas útiles para el riego o el consumo humano” (2000: 277). En un sentido amplio y, si se quiere,

---

<sup>2</sup> La norma jurídica se ubica en el segundo párrafo del artículo 17, dentro del título cuarto “Derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales” de la referida ley.

<sup>3</sup> Tal disposición normativa se encuentra en el artículo 5o., inciso A, fracción XII, dentro del capítulo II “De las obras o actividades que requieren autorización en materia de impacto ambiental y de las excepciones” de dicho Reglamento.

más preciso, Rojas y Delpiano han definido y descrito este concepto de la siguiente manera:

*La desalinización o desalación es un proceso mediante el cual se elimina el contenido de sales del agua de mar obteniendo como producto agua dulce. Para ello existen esencialmente dos tipos de tecnologías: la ósmosis reversa y la evaporación térmica, siendo la gran barrera que estas deben superar el consumo de energía, y en ese sentido la ósmosis reversa es la que resulta más atractiva hasta ahora, ya que consume un 60% menos de energía que la evaporación térmica. (2016: 108).*

A partir de estas definiciones, e independientemente de sus contenidos, es importante tomar nota de que, alrededor del tema de la desalación, giran un conjunto de factores que son de consideración primordial tanto para la instalación de una planta de este tipo como para la eventual regulación de semejante actividad.

El primero de ellos está relacionado con el bien jurídico o recurso natural que se utiliza para desalar, esto es, tanto el agua de mar que es de donde se obtiene la mayor cantidad de agua desalada a nivel mundial, como las aguas salobres. La legislación aplicable para cada una de ellas corresponde, según sea el caso, a normas sobre derecho del mar, derecho de las aguas, derecho ambiental y derecho energético, entre otras ramas jurídicas.

Las cuestiones jurídicas que deben abordarse incluyen, invariablemente, las siguientes: *i)* la naturaleza jurídica del bien que se extrae desde su origen y para su destino final, esto es, si el agua desalada es de naturaleza pública y/o privada; *ii)* la regulación jurídica respecto al otorgamiento de autorizaciones o concesiones, según sea el caso, relativas al aprovechamiento y procesamiento del agua de mar, agua desalada y procesos energéticos, respectivamente; *iii)* la intervención según corresponda de las autoridades competentes, como es el caso de inspectores y verificadores ambientales por los impactos del desarrollo de la actividad de desalación, incluyendo las descargas de los residuos (salmueras) respectivos (Giménez, 2005: 49-53; Hiriart, 2008: 162; Navarro, 2018: 163 y 164).

El segundo factor alude a las tecnologías o procesos que se utilizan para llevar a cabo la desalación y el consumo de energía asociado a ellos. Aquí, los dos métodos más importantes han sido, por un lado, el de ósmosis inversa, a través del uso de membranas semipermeables, y, por el



otro, la destilación a través de la evaporación térmica. A nivel mundial, el que más se utiliza es el primero (ósmosis inversa), este proceso llega a contabilizar casi las tres cuartas partes de la producción total de agua desalada. Si bien ambos métodos consumen altas cantidades de energía, la desalación por ósmosis inversa, comparada con la desalación térmica, consume menor energía, requiere de menos espacio físico para su instalación y operación, y puede utilizar tanto agua de mar como agua salobre (Dévora-Isiordia *et al.*, 2013).

Por ejemplo, mientras que el proceso por membranas para la obtención de agua desalada generalmente requiere alrededor de 3 a 5 kilowatts por hora por metro cúbico de agua desalada (en adelante, KWh/m<sup>3</sup>), el proceso de destilación requiere para esos mismos fines de 60-70 KWh/m<sup>3</sup> en energía térmica y de 1.5-2 KWh/m<sup>3</sup> en energía eléctrica. Pero además de esto, es de hacerse notar que gracias al desarrollo, durante las últimas dos décadas, de una mejor tecnología para desalar agua a través de ósmosis inversa se ha logrado una reducción en el consumo de energía, de ese histórico 3 a 5 KWh/m<sup>3</sup> hacia un significativo 1.8 KWh/m<sup>3</sup> en la producción de agua (Ahmadi *et al.*, 2020: 13).

El tercer factor a considerar son los fines a los que está destinada el agua desalada, los cuales incluyen, principalmente, el consumo humano, el riego en el sector agrícola, y los diversos usos que se le puede dar en los sectores turístico, industrial y minero. En este rubro, no debe pasar por desapercibida la importancia socioeconómica que la desalación representa para algunos países que dependen, casi en su totalidad, de la obtención de agua por esta vía. Por ejemplo, es notable lo que ocurre en Kuwait, donde se calcula que 95% del agua proviene de la desalación, aproximadamente (Aquae Fundación, 2020a); y también lo que sucede en Arabia Saudita, donde se estima que 4 de cada 5 litros de agua que se consumen provienen de plantas desaladoras (Aquae Fundación, 2020b). Además, la dependencia de agua desalada en ciertas ciudades o regiones geográficas es igual de relevante y, de hecho, esencial para la supervivencia hídrica de sus poblaciones y el desarrollo de sus actividades económicas, turísticas y culturales, entre otras.

El cuarto factor es de tipo ambiental. Esto se encuentra asociado fundamentalmente a tres cuestiones claramente identificadas desde hace algunos años: *i*) los impactos ambientales por la construcción, instalación y operación de las plantas desaladoras, entre otros, por afectaciones paisajís-

ticas en zonas costeras y por la contaminación por ruido (Jiménez, 2002: 463, 464 y 471); *ii*) los residuos que se generan por la desalación, en concreto, la salmuera, que es agua con alta concentración salina y cuyo vertimiento se realiza generalmente hacia el mar. En este punto, aún existe la discusión no solo sobre la magnitud de los efectos que se producen en el océano y en la vida marina, con especial énfasis en aquellos lugares cercanos a áreas naturales protegidas o bancos de coral, sino sobre factores como la rapidez con la que se disuelve o no la salmuera en el mar, si la zona en el que se realiza el vertimiento es cerrada o limitada, o si un tratamiento con dilución previa mediante agua marina evitaría algún impacto (de la Fuente *et al.*, 2008: 1128; Mendieta y Morales, 2021: 42; Nava, 2008: 73 y 74; Torres, 2004: 30 y 31), y *iii*) los efectos atmosféricos —particularmente los climáticos— vinculados al tipo de energía que se utilice para desalar: en la desalación por el método de destilación (por evaporación térmica) se consume energía asociada a la generación de gases de efecto invernadero, en el proceso de desalación por ósmosis inversa se consume energía eléctrica que es producida generalmente a través de energías convencionales o no renovables, es decir, por medio de combustibles fósiles, lo que en su conjunto se contrapone a la idea primigenia del desarrollo sostenible (Jiménez, 2003: 62-64).

De hecho, se estima que 99% del agua desalada en el mundo es obtenida a partir de energías fósiles que dañan el ambiente (Kettani y Bandelier, 2020: 2). Dicho de otra manera, sólo 1% de ese total corresponde a energías renovables, particularmente la eólica y la solar (Cruz, 2021).

Sobre esta última cuestión, debemos tener por cierto que los dos métodos antes referidos (tanto el de ósmosis inversa como el de destilación) son en la actualidad poco sostenibles desde un punto de vista ambiental. Aunque las propias plantas desaladoras no generan en sí mismas emisiones a la atmósfera, las emisiones que generan las plantas de energía asociadas a ellas se consideran como un concepto ambiental indirecto (Correa, 2008: 11). En relación con esto, Jiménez habría advertido desde hace algún tiempo lo que hoy en día seguimos experimentando en este rubro:

Por lo que se refiere a la contaminación atmosférica hay que señalar que el proceso de desalación en sí mismo, no la produce, pero dado que todas las plantas desaladoras consumen energía de una forma u otra, es la producción de esta energía la que provoca normalmente este tipo de contaminación y especialmente las plantas desaladoras ligadas a una central

térmica que emplee combustibles fósiles, pues producen emisiones que contribuyen al efecto invernadero.

Así pues, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, las investigaciones se centran de una parte, en conseguir que la desalación consuma la menor cantidad de energía, y de otro lado, en que la energía se produzca de la forma menos contaminante posible (2003: 462).

El quinto factor corresponde al costo o precio del agua desalada incluyendo, desde luego, lo relativo al tipo de energía que se consume. En este sentido, se ha sostenido que el método de ósmosis inversa es “el más eficiente, y por lo mismo este proceso provee de agua a un costo menor en comparación [con] los procesos de desalación por destilación” (Correa, 2008: 111). De hecho, este método es el más utilizado en aquellos países o regiones en donde los combustibles fósiles son escasos o más costosos y, en cambio, el de evaporación térmica se prefiere en los lugares donde la energía fósil es abundante o subsidiada (Ghaffour *et al.*, 2014: 1155). Debe advertirse que, entre 30% y más de 50% del costo del agua producida por procesos de desalación está relacionada con la energía (Ahmadi *et al.*, 2020: 13 y 14) y, por tanto, la energía que se utilice, bien sea eléctrica o térmica, definirá al final del día el costo de la propia desalación.

Aunque existen estimaciones financieras sobre esto, la realidad es que el cálculo del costo depende de diversos factores, por ejemplo, el que corresponde a la capacidad que tiene la planta misma para desalar, y de aquí lo difícil de realizar estudios comparados entre ellas (Kettani y Bandelier, 2020: 2).

Ante este escenario, se ha estado señalando desde hace tiempo sobre la posibilidad de transitar hacia energías más limpias o renovables, como una “opción sustentable ante la opción no sustentable de emplear energías convencionales basadas en la utilización de combustibles fósiles”, particularmente por lo oneroso que resulta un proceso que depende del petróleo, el cual está sujeto, entre otras cuestiones, a la volatilidad de precios en el ámbito internacional (Guevara y Stabridis, 2008: 2).

Esta propuesta, sin embargo, sigue representando un desafío en términos financieros, ya que todavía el costo del agua desalada proveniente de energías renovables es mayor al costo que proviene de energías obtenidas a través de combustibles fósiles, si bien las tecnologías renovables para estos fines están experimentando una rápida reducción en sus costos, y

bajo ciertos escenarios, podrían ser incluso más baratas que las fuentes energéticas convencionales (Ahmadi *et al.*, 2020: 13-15).

Por lo dicho con antelación, una cuestión que a lo largo de las últimas décadas ha adquirido mayor relevancia en la regulación y puesta en operación de las plantas desaladoras para la obtención de agua potable es la discusión sobre el tipo de energía que debería utilizarse para mejorar los costos económicos y los impactos ambientales asociados a esta actividad, lo que supone el uso de energías más eficientes y menos contaminantes, o, en su caso, renovables, esto es, energías que sean asequibles y sostenibles (Ahmadi *et al.*, 2020; Cruz, 2021; de la Cruz, 2006; Ghaffour *et al.*, 2014; Jiménez, 2003). Precisamente, esta discusión se inserta dentro de uno de los debates que están emergiendo en el marco de los grandes desafíos que tienen las naciones de todo el mundo frente a sus sistemas energéticos: lograr que la producción de energía sea justa.

## 2. Justicia energética

Utilizada por vez primera en la literatura académica hacia 2010, la expresión “justicia energética” o “energía justa” ha ido ganando terreno como concepto de análisis —aunque ciertamente todavía no como un constructo teórico— en el debate sobre los sistemas energéticos en el mundo y en la discusión sobre diversos temas relacionados con la protección ambiental (Villavicencio y Mauger, 2017: 8 y 9). Por ejemplo, se le ha vinculado con la problemática del cambio climático como parte de una nueva agenda transversal de investigación en las ciencias sociales (Jenkins *et al.*, 2016: 175), así como un elemento de discusión indispensable para lograr políticas públicas asociadas a la descarbonización de sistemas energéticos para alcanzar la mitigación climática (Allison, 2015: 124).

También, el precepto ha empezado a encontrar acomodo dogmático en el marco de la discusión de otros conceptos, tal y como ha sucedido con el de desarrollo sostenible y con disciplinas que utilizan enfoques y perspectivas diversas en la investigación energética (Heffron y McCauley, 2017: 658 y 659).

Sobre sus orígenes y expansión, pueden precisarse que existen tres fases por las que ha atravesado dicho concepto: la primera corresponde a su uso en la práctica por organizaciones no gubernamentales; la segunda, a su utilización dentro de la academia como una mera expresión sin que

hubiera sido definida como concepto, y la tercera, en la que comienza a definirse como concepto y se convierte en objeto de estudio (Heffron y McCauley, 2017: 659).

En el contexto de este breve caminar histórico, es menester preguntarse si acaso se ha conformado algún concepto de justicia energética que permita identificar con claridad sus elementos definitorios. No parece —habrá de responderse a dicha interrogante— que la mancebez de su aparición y desarrollo así lo sugieran, aunque se ha reconocido que es, ante todo, un marco conceptual que busca identificar cuándo y dónde ocurren injusticias en el ámbito energético, y cómo el derecho y la política pueden responder a ellas (Villavicencio y Mauger, 2017: 8). En efecto, apenas podría argumentarse que existen en la actualidad algunos componentes definitorios o descriptivos que apuntan a delinear lo que esta locución representa o pretende representar. En todo caso, semejante escenario es resultado de un desarrollo conceptual que ha tenido como base analítica tanto un enfoque pragmático orientado al activismo, como uno de tipo doctrinal a través de la investigación (Finley-Brook y Holloman, 2016: 2).

Así, por una parte, se registran desde las plataformas digitales algunas propuestas atractivas que al menos nos dan una idea práctica de cómo debe entenderse esta expresión, como es el caso de la plataforma *MetrópoliMid*. Bajo este enfoque, Patiño (2019) señala al respecto lo siguiente:

Una forma de valorar los recursos energéticos es haciéndonos responsables de su gestión. La descentralización del sistema energético, que es posible gracias al uso de fuentes alternativas, permite que los ciudadanos podamos participar de manera directa en la gestión de los recursos. Este esquema de descentralización nos permite a los ciudadanos contribuir de una manera más amplia en la toma de decisiones, lo que se conoce como democracia energética. La justicia climática, la justicia ambiental y la democracia energética forman parte de un concepto más amplio que se conoce como justicia energética.

En el marco de la justicia energética, los ciudadanos gestionamos los recursos disponibles a nivel local dentro de un proceso eficiente y en vías de descarbonización.

Por otra parte, los esfuerzos realizados desde la doctrina para darle forma a un posible concepto de “justicia energética” han logrado posicionar ciertos elementos o componentes definitorios que sirven como fundamento

—aunque todavía sean muy básicos— para su comprensión y eventual inserción en marcos normativos o de política pública. Como muestra, Hernández (2015: 154) ha señalado que la justicia energética convoca a reflexionar sobre la distribución equitativa de los beneficios y costos energéticos, a la vez que aumenta la conciencia sobre la relación que tienen los diversos grupos vulnerables con la energía, incluyendo su acceso y asequibilidad.

En el análisis que realiza de este concepto, Hernández (2015: 154 y 155) enfatiza que diversos doctrinarios han elaborado definiciones que van desde aquéllas que se fundamentan en los principios básicos de los movimientos de justicia social y de justicia ambiental, si bien con ciertas variaciones respecto al papel que juegan los consumidores y los mercados, hasta aquéllas que vinculan la justicia energética con el desarrollo sostenible, particularmente en el contexto de los países menos desarrollados (creando así la locución “energía sustentable”); o aquéllas que incluso consideran a la energía dentro de esta conceptualización como una necesidad básica. Sin embargo, una visión entera de lo que es la justicia energética, según lo aclara esta autora, debe tomar en cuenta desde la producción y distribución hasta el consumo ético y la regulación gubernamental.

En este sentido, vincula el concepto de “energía justa” a cuatro derechos: *i*) el derecho a una producción energética sustentable y saludable; *ii*) el derecho a la mejor infraestructura energética disponible; *iii*) el derecho a una energía asequible, y *iv*) el derecho al servicio ininterrumpido de energía. La actualización de estos cuatro derechos requiere, a nivel macro, del desarrollo y escalabilidad de las fuentes renovables de energía.

Doctrinarios como Goldthau y Sovacool (2012: 236) se han enfocado en la importancia que tiene la parte respectiva a la demanda de energía o servicios energéticos en el sentido de que millones de personas no tienen, por un lado, acceso a la electricidad y que, por el otro, continúan utilizando fuentes energéticas altamente contaminantes para su subsistencia, por ejemplo, para cocinar o calentar sus hogares. Al centro de toda preocupación en un sistema energético global que ha sido descrito como *increíblemente injusto*, se localizan —según estos autores— los impactos a la salud humana (particularmente en los países y/o comunidades más pobres del planeta) y la interconexión que la inequidad energética y la pobreza guardan con problemas como la equidad de género, la justicia social y la degradación ambiental.

Además, de la mano de la justicia energética se encuentra el asunto de la transición energética con bajas emisiones de carbono, la cual está vinculada, desde luego, al tema del cambio climático. En este contexto, la idea no sólo es hacer que los sistemas energéticos actuales basados en combustibles fósiles sean más limpios, eficientes o amigables con el ambiente, sino que se logre, según enfatizan dichos autores, una transición verdadera hacia las energías renovables.

Junto a los planteamientos anteriores, una de las propuestas conceptuales mejor estructuradas que existen sobre justicia energética en la literatura de nuestros días, y que comienza a configurarse como un punto de partida analítico esencial en este tema, es la realizada por Sovacool *et al.* Para estos autores, la justicia energética consiste en dos principios clave: *i)* el *prohibitive principle*, el cual establece que “los sistemas energéticos deben estar diseñados y construidos de tal manera que no interfieran indebidamente con la capacidad de las personas para adquirir aquellos bienes básicos a los que justamente tienen derecho”,<sup>4</sup> y *ii)* el *affirmative principle*, el cual determina que “si alguno de los bienes básicos a los que justamente tienen derecho las personas sólo se pueden garantizar por medio de servicios energéticos, entonces en ese caso también existe un derecho (derivado) a los servicios energéticos” (2014: 3).<sup>5</sup> Ambos principios se basan en la noción de que la energía sirve como un prerequisite material para muchos de los bienes básicos a los que las personas tienen derecho, y también reconocen que las externalidades asociadas con los sistemas energéticos comúnmente interfieren con el disfrute de dichos bienes, como son la seguridad y el bienestar.

En sus reflexiones, Sovacool *et al.* (2014: 201-203) señalan que el *prohibitive principle* exige, entre otras cuestiones, que los “reguladores” (debe entenderse por estos no solo los que crean las leyes y las implementan o ejecutan, sino también los que elaboran las políticas públicas) se enfoquen en los costos que resultan del sistema energético y en la manera en la que tales costos son distribuidos entre las generaciones presentes y futuras; de cualquier modo, los sistemas energéticos no deben imponerse o desarro-

<sup>4</sup> La cita textual en inglés es: “...energy systems must be designed and constructed in such a way that they do not unduly interfere with the ability of people to acquire those basic goods to which they are justly entitled”. La traducción es mía.

<sup>5</sup> La cita en inglés establece: “...if any of the basic goods to which people are justly entitled can only be secured by means of energy services, then in that case there is also a derivative entitlement to the energy services”. La traducción es mía.

llarse indebidamente en contra o sobre el ambiente y la salud humana. Por lo que respecta al *affirmative principle*, los doctrinarios enfatizan que dicho principio se enfoca en cómo los beneficios de los sistemas energéticos son distribuidos en las sociedades. Para este caso, los “reguladores” deben tomar en consideración la inequidad existente de acceso a la energía (y las consecuencias que de esto se deriva en los ámbitos económicos, sociales y políticos), y, por tanto, debe garantizarse que un sistema energético avance en los objetivos de justicia e igualdad, al tiempo de que no exacerbe, como es de advertirse, las desigualdades ya existentes.

Más allá de estas descripciones, debe tomarse por cierto el hecho de que el concepto de “justicia energética” descansa en la idea inobjetable de considerar o mirar a la energía como un derecho (Bertinat, 2016: 7), y en la medida en que éste se garantice, con otros derechos también se podrá. Así, la discusión actual sobre el sistema energético global y su transición hacia el uso de energías más limpias y renovables está vinculada a la discusión sobre la satisfacción de necesidades o bienes básicos, como es, entre otros, el agua, y ambas discusiones están, a su vez, vinculadas con el tema del desarrollo sostenible (Jenkins, Sovacool y McCualey, 2018, p. 70).

Dicho lo anterior, debe tomarse en cuenta que la energía y el agua, separadas a la vez que interrelacionadas, forman parte del nivel más alto de la agenda internacional, ya que son parte de los objetivos y metas que se han establecido en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, por lo que corresponde, respectivamente, a garantizar el acceso a una energía que sea, entre otras, asequible y sostenible (Munro *et al.*, 2017: 635; Siciliano *et al.*, 2018: 199), y a garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua, adoptando, entre otros, el método de desalación como una herramienta esencial para tales efectos (Jones *et al.*, 2018: 1344; Navarro, 2018: 153).

Independientemente del vínculo existente entre la justicia energética y la desalación de agua en los términos antes expuestos, es importante destacar y puntualizar dos cuestiones que explican aún con mayor claridad la interrelación entre ambas, así como la perspectiva jurídica que deberá tenerse en cuenta a partir del marco conceptual de la energía justa.

La primera se refiere al hecho de que cualquier sistema energético debe estar diseñado normativamente para asegurar que todas las personas puedan satisfacer sus necesidades básicas (como el agua) con el claro objetivo de alcanzar niveles óptimos de salud, bienestar y calidad de vida. Su regulación deberá tener como base el concepto de “desarrollo sostenible”,



el cual se estructura, en un sentido amplio, de dos principios: *i*) el principio de equidad intergeneracional, asociado comúnmente a la definición de “desarrollo sostenible”, que significa desarrollo que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, y *ii*) el principio de equidad intrageneracional, que alude sólo a las generaciones presentes según el derecho que tienen de beneficiarse de manera equitativa del aprovechamiento de los recursos naturales y del derecho a disfrutar o gozar de un ambiente sano o saludable.

Avanzar en la transición hacia un sistema energético sostenible que derive en el uso de energías renovables, demanda incluir los fundamentos de la justicia energética. Así, no sólo se trata de lograr que las energías convencionales sean más eficientes o limpias, sino la de transitar hacia economías bajas en carbono. Con esto último, debe evitarse que el establecimiento y expansión de las energías renovables genere, por un lado, efectos secundarios negativos en el ambiente, como puede ocurrir con el problema del tratamiento y disposición final de todos aquéllos paneles solares cuya utilidad y funcionamiento haya llegado a su fin, y, por el otro, los impactos socioeconómicos no deseables, como el desplazamiento de campesinos y de comunidades o pueblos indígenas por la falta de acceso a la electricidad producida, o el enriquecimiento ilícito o desmedido de inversionistas privados nacionales o extranjeros que provoca, por ende, inequidad, tal y como ha llegado a suceder no sólo con la misma energía solar, sino también con la instalación y operación de energías eólicas (Villavicencio y Mauger, 2017: 7-19).

La segunda cuestión atañe a la idea de que la energía justa exige que ésta sea accesible. Esto significa tres cosas a la vez: 1) que la energía y los servicios energéticos estén al alcance físico de todas las personas (nos referimos al suministro eléctrico); 2) que los costos de la energía y los servicios energéticos sean asequibles, es decir, que no generen un costo desmedido o gravoso de manera que no pueda ser cubierto por quienes así lo demandan o requieren, o que, en su caso, no se llegue a comprometer la satisfacción de otros bienes básicos en perjuicio del ejercicio de ciertos derechos de quienes son sus titulares o poseedores (como lo es el derecho al agua), y 3) que la energía y los servicios energéticos no sean discriminatorios o excluyentes de personas, grupos o comunidades en estado de marginación o vulnerabilidad (Hernández, 2015: 155 y 156).

De aquí que sea indispensable la existencia de un marco jurídico que desarrolle criterios de equidad social —en donde prevalezca siempre el interés público sobre el interés privado, incluso si esto signifique fortalecer la presencia y participación gubernamental— y con ello se conserven los recursos naturales y se proteja, *in genere*, el ambiente.

Esto no supone de manera alguna impedir la participación de los sectores social y privado de la economía, como tampoco dejar de impulsar las inversiones privadas o público-privadas en un determinado país, pero siempre habrá de tenerse en cuenta el interés público y el beneficio social en aras de incrementar o mejorar la salud, el bienestar y la calidad de vida de todas las personas que integran la sociedad en su conjunto (la rural, la urbana, la campesina, la indígena, etcétera). Aquí es donde debe prevalecer y fortalecerse un sistema energético más equitativo y menos contaminante, donde se recupere “la idea de la energía como una herramienta para satisfacer necesidades en un contexto de finitud de recursos e inequidad bajo una lógica de derechos” (Bertinat, 2016: 15).

### III. LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

En muchos sentidos, el punto de contacto o de interrelación que guarda la obtención de agua mediante la desalación, a través de un sistema energético que incorpore los elementos definitorios de lo que es la justicia energética, se aprecia en el documento internacional sobre desarrollo sostenible más importante de la actualidad, el cual fue aprobado el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), según la Resolución 70/1: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

Este instrumento no vinculante consta de 17 objetivos y 169 metas que son “de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal”, y surge como un “plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad” (AGNU, 2015). De estos 17 objetivos, dos de ellos abordan de manera específica los temas de agua y energía, los cuales corresponden, respectivamente, al objetivo 6: “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, y al objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Por lo que atañe al 6, se incluye a la desalación como una de las diversas actividades y programas relacionados con el agua, y

por lo que toca al 7, si bien no se hace mención explícita a la justicia energética, sí se contemplan en dicho objetivo algunos de los componentes definitorios más importantes que caracterizan a dicho concepto. Analicemos a continuación cada uno de ellos.

### 1. Agua y desalación

Son escalofriantes las estadísticas que se reportan en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre el estado que guarda el agua a nivel mundial. Como muestra, se pueden mencionar tan solo cuatro de los datos más destacables sobre esta materia en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, tal y como a continuación se describen según el objetivo 6:

- Se calcula que 3 de cada 10 personas carecen de acceso a servicios de agua potable seguros, es decir, más de 2,000 millones de personas carecen de acceso a servicios de agua potable que sean gestionados de manera segura.
- Se estima que 6 de cada 10 personas carecen de acceso a instalaciones de saneamiento seguras, es decir, alrededor de 4,500 millones de personas carecen de servicios de saneamiento que sean gestionados de manera segura.
- Cada día mueren alrededor de 1,000 niños debido a enfermedades diarreicas asociadas a la falta de higiene.
- La escasez de agua afecta a 4 de cada 10 personas en el mundo, es decir, 40% de la población mundial sufre de escasez de agua y se prevé que este porcentaje aumente en los próximos años.

En este objetivo se establecen una serie de metas que están relacionadas con el tema del agua y la desalación, según lo explicado en apartados anteriores. Las metas más relevantes sobre la cuestión del agua en este sentido son:

[Que de 2015 a 2030 se habrá de] lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos[;] mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos[; asegurar] el abas-

tecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua[;] implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda[, y] apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua (AGNU, 2015).

Central para el presente trabajo en relación con la desalación, es la meta 6.a, la cual establece textualmente “ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización” (AGNU, 2015).

Ante los grandes retos que enfrenta la comunidad internacional para lograr el acceso global del agua para toda la humanidad en el marco de las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la desalación de agua representa una opción para todos aquellos países que sufren de escasez de agua o de estrés hídrico con el objeto de diversificar sus fuentes de obtención de agua (Kettani y Bandelier, 2020: 1). El agua desalada es una alternativa no convencional a otras formas de resolver la demanda de agua que puede contribuir de manera determinante no sólo a mejorar el acceso a dicho bien o necesidad básica (Ahmadi *et al.*, 2020: 1 y 2), sino a enfrentar el conflicto de que las fuentes convencionales de agua (por ejemplo, ríos, lagos, acuíferos) no son suficientes para cumplir con lo establecido en el objetivo 6 de la Agenda 2030 —garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras (Jones *et al.*, 2018: 1344).

Al tenor de lo dicho con antelación, puede sostenerse que la desalación, en los hechos, ha estado contribuyendo, y de manera creciente, a enfrentar este dilema de diversas maneras. En efecto, si bien el agua desalada representa apenas poco más de 1% del agua potable a nivel mundial, se calcula que existen en la actualidad más de 150 países que ya utilizan diversas tecnologías para la desalación (Ahmadi *et al.*, 2020: 2).

Las experiencias reales con las que se cuenta en nuestros días demuestran lo importante que es esta actividad para la obtención de agua, sobre todo si se atiende al ámbito regional. Este es el caso de la región de Medio Oriente y África del Norte, la cual totaliza en su conjunto 48% de la capa-

ciudad global instalada (casi la mitad) de la desalación en el mundo. Otras regiones, si bien con porcentajes menores, son ejemplo de la forma en la que la desalación se ha extendido en todo el planeta. Así, aunque las cifras pudieran variar según la fuente, apenas hace un par de años la región geográfica de Asia del Este y el Pacífico abarcaba el 18.4% de esa capacidad instalada; otras regiones como América del Norte contribuían con 11.9%, Europa Occidental con 9.2%, y América Latina y el Caribe con 5.7% (Jones *et al.*, 2018: 1348 y 1349). Estos porcentajes pueden variar año con año, pero la tendencia es hacia un incremento en lo general.

Sin embargo, la importancia y contribución de la desalación de agua en el sentido de lo dicho en el párrafo anterior, y en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible, es mucho más visible si nos enfocamos a revisar las experiencias que ha tenido cada país y, sobre todo, si atendemos en lo particular a una determinada ciudad, una región geográfica, o incluso, a una isla o conjunto de islas dentro de la jurisdicción de una misma nación, independientemente de que cuente con mucha o poca población. En este escenario existen casos en donde las plantas desaladoras abastecen hasta en 90% (o más) de agua a un país o localidad en específico.

Como muestra, destaca el caso de Kuwait, en Medio Oriente, que, con una población de más de 4 millones de habitantes, el agua que consume proveniente de la desalación ha alcanzado desde hace algún tiempo hasta un total de 95%, aproximadamente (Hiriart, 2008: 163). Una ciudad que llama la atención el caso de Dubai, en Emiratos Árabes Unidos, que, con una población de más de 3 millones de habitantes, abastece de agua potable a partir de la desalación con más de 98% (Aquaefundación, 2020a). Otro ejemplo en sentido similar, lo constituyen las ciudades de Antofagasta, que tiene una población de más de 300 mil habitantes, y de Mejillones, que cuenta con una población de más de 13 mil habitantes, ambas en Chile, las cuales son abastecidas con agua desalada en 90% y 100%, respectivamente. Y respecto a islas, destacan, por un lado, la de Lanzarote, con una población de más de 150,000 habitantes y, por el otro, la isla Fuenteventura, con más de 120,000 habitantes, ambas pertenecientes al archipiélago canario en España, cuyo suministro de agua potable se realiza 100% a través de agua desalada (Aimone, 2020).

En este contexto, es de tomarse en cuenta que la desalación como ahora la conocemos (a escala industrial, pero con diversas capacidades de producción en metros cúbicos por día) ha ido incrementándose de ma-

nera constante desde que comenzó a utilizarse y hasta nuestros días. Las primeras plantas desaladoras de este tipo con métodos modernos (por ósmosis inversa y destilación) empezaron a construirse poco después de mediados del siglo pasado en países como España, donde la primera planta desaladora se construyó en 1964, en la Isla de Lanzarote. En nuestro continente, la primera planta de desalación por ósmosis inversa fue para agua salobre, y se construyó en 1965, en el estado de California, en Estados Unidos; la primera para agua de mar por éste mismo método fue en Bermuda, y se construyó en 1974 (Buenaventura, 2015).

Se calcula que en la actualidad operan alrededor de 15,000 plantas desaladoras, con una producción de agua desalada de más de 95 millones de metros cúbicos por día, y se estima que en este rubro los países con la mayor producción son: Arabia Saudita (con 17%), Emiratos Árabes Unidos (con 13.4%) y Estados Unidos (con 13% del total mundial) (Aquaefundación, 2020a).

Las plantas desaladoras más grandes del mundo se encuentran en Emiratos Árabes Unidos, Israel, Argelia y Arabia Saudita. Este último cuenta con varias plantas, pero la más grande de ellas, y que también lo es a nivel mundial, es la de Ras Al-Khair, con una producción de más de 1 millón de metros cúbicos por día (Iagua, 2020). En Emiratos Árabes Unidos, la planta más grande es la de Taweelah, con una producción de 900,000 metros cúbicos por día. Las plantas de mayor producción de agua de mar por ósmosis inversa se encuentran en Israel, con el proyecto Sorek, con una capacidad de más de 620,000 metros cúbicos por día; y en Argelia, con la planta de Magtaa, cuya capacidad es de 500,000 metros cúbicos por día (Aquaefundación, 2020c; Cosín, 2019).

En Europa, la planta desaladora más grande se encuentra en Torre Vieja, Alicante, España, con una capacidad de producción aproximada, también por ósmosis inversa, de 240,000 metros cúbicos por día (Aquaefundación, 2020c).

En México, las primeras plantas desaladoras comenzaron a operar en la década de 1970, en particular en Baja California, la cual contó con una capacidad de producción de más de 28,000 metros cúbicos por día (Correa, 2008: 104). Aunque el número de desaladoras ha ido incrementándose con el paso del tiempo, nuestro país no ha logrado aumentar su capacidad de producción de manera significativa tal y como podría esperarse ante los crecientes problemas de disponibilidad de agua por habitante al año (agua renovable per cápita) que se padecen en todo el territorio. En efecto, los

datos ampliamente conocidos y difundidos en este sentido son alarmantes, ya que en 1970 la disponibilidad natural media de agua era de 9,880 metros cúbicos por habitante por año, y para el año 2000 dicha disponibilidad bajó a 4,708 metros cúbicos por habitante por año (Conagua, 2005). El agua renovable per cápita para 2016 fue de 3,687 metros cúbicos por habitante por año, y se calcula que para el año 2030 sea de 3,279 metros cúbicos por habitante por año (Conagua, 2017).

Según explican Arreguín y López (2015), para comienzos de este siglo, en concreto en 2001, existían en México 171 plantas en donde más de 60% se encontraba en Baja California y Quintana Roo, pero sólo operaban 120 en total. En ese año se contaba con una capacidad máxima instalada de 67,487 metros cúbicos por día, aunque la operación llegó sólo a 52,455 metros cúbicos. En 2007 se contabilizaron 435 plantas desaladoras de las cuales operaban 282, se alcanzó una capacidad de producción instalada de 311,376 metros cúbicos por día a nivel nacional. Para ese entonces, destaca la instalación de una planta de gran importancia, la de Los Cabos, en Cabo San Lucas, Baja California Sur, la cual comenzó sus operaciones en 2007, con una capacidad de producción de más de 20,000 metros cúbicos por día.

Si bien la actividad de la desalación continúa en nuestro país (se calcula que 76% de las desaladoras opera a través del método de ósmosis inversa), se han dejado escapar oportunidades para instalar plantas de enorme trascendencia. Lo anterior, no precisamente por impactos sociales negativos, por factores económicos insuperables o por daños ambientales irreversibles, sino por decisiones políticas equivocadas, tal y como sucedió con la fallida experiencia a finales del siglo pasado y principios del presente, en la cual se hubiera tenido una planta desaladora, con una eventual capacidad instalada de más de 200,000 metros cúbicos por día para suministrar agua potable a la ciudad de Hermosillo, Sonora (Sánchez, 2008: 224-227).

No sorprende que la concreción y puesta en operación de plantas desaladoras hayan estado en nuestro país sujetas a vaivenes políticos, por ejemplo, el gobierno de Baja California decidió cancelar recientemente una planta desaladora en el municipio de Playas de Rosarito, que abastecería agua a esa zona y a la ciudad de Tijuana, argumentando problemas económicos. Por otro lado, la planta desaladora para abastecer agua desalada, en una primera etapa, a los municipios de Guaymas y de Empalme, en Sonora, con una capacidad de producción de poco más de 17,000

metros cúbicos por día, continúa su construcción y se espera comience a operar en julio de 2021 (más información del programa en el sitio *web* de Proyectos México, disponible en: [https://www.proyectosmexico.gob.mx/proyecto\\_inversion/010-planta-desalinizadora-de-guaymas-y-empalme-sonora/](https://www.proyectosmexico.gob.mx/proyecto_inversion/010-planta-desalinizadora-de-guaymas-y-empalme-sonora/)).

## 2. *Energía (justa)*

Como hemos señalado al comienzo de este apartado, el tema de la energía es abordado por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Entre los datos más llamativos para esta materia, en el marco de dicho instrumento internacional, y para los propósitos del presente artículo, se pueden mencionar los siguientes:

- De toda la población mundial, 13% aún no tiene acceso a servicios modernos de electricidad.
- Para cocinar y calentar la comida, 3,000 millones de personas dependen de la madera, el carbón, el carbón vegetal o los desechos de origen animal.
- La energía es el factor que contribuye principalmente al cambio climático y representa alrededor de 60% de todas las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero.
- En 2015, el 17.5% del consumo final de energía fue de energías renovables.

En este objetivo se establecen un determinado número de metas que están relacionadas con la justicia energética, las cuales, a su vez, empatan con cuestiones asociadas a la desalación de agua de mar, así se ha explicado en apartados anteriores. En este sentido, las metas más relevantes en el tema energético son:

[De 2015 a 2030, se habrá de] “garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos[;] aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas[;] duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética[;] aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativas a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables,



la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias[, y por último, relevante para países como México,] ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados (AGNU, 2015).

Es muy importante precisar que el texto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible no se refiere expresamente al concepto de “justicia energética”, como tampoco al de “energía justa” por lo que concierne a la energía y a los servicios energéticos. En tal sentido, la ausencia de una mención explícita a temas de justicia en dicho documento ha sido ya analizada y criticada por diversos especialistas en la materia (Munro *et al.*, 2017: 735) y, de hecho, algunos doctrinarios han subrayado la relevancia de incluir las cuestiones relativas a la justicia energética para, de esa manera, lograr el cumplimiento de la meta establecida de aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas (Villavicencio y Mauger, 2017: 2).

Por lo anterior, es de enorme relevancia observar que el contenido y alcance de la mayoría de las metas establecidas en el objetivo 7 de la Agenda 2030, coincidan con la esencia misma de algunos de los elementos definitorios del concepto de “justicia energética”. En efecto, es posible identificar al menos tres casos que claramente muestran que algunos enunciados en dichas metas guardan gran similitud de contenido con lo que en este artículo se ha discutido sobre la energía justa.

En primer lugar, la Agenda 2030 se refiere a que el acceso a los servicios energéticos sea accesible, cuestión que es central en el marco conceptual de la justicia energética como principio de análisis en los sistemas energéticos (Hernández, 2015: 154; Siciliano *et al.*, 2018: 201).

En segundo lugar, ese instrumento internacional alude a una eficiencia energética, es decir, al aumento considerable de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas, situación vinculada a la energía justa en el marco de la discusión relativa a la transición energética baja en carbono (esto en el sentido de que los sistemas energéticos de nuestros días, basados en el uso de energías convencionales, sean más limpios o eficientes y que, al mismo tiempo, avancen hacia una transición en el uso cada vez mayor de energías renovables) (Bertinat, 2016: 9-11; Goldthau y Sovacool, 2012: 236).

En tercer lugar, dicho documento no vinculante hace mención que todo sistema energético, tanto su infraestructura como los servicios que ofrece, tenga como base el desarrollo sostenible, con particular atención a países en vías de desarrollo, lo que se traduce en lograr una transición hacia un futuro energético sostenible, incorporando las preocupaciones sobre la energía justa, incluyendo los principios de equidad intergeneracional y de equidad intrageneracional, que son parte del concepto mismo de “justicia energética” (Heffron y McCauley, 2017: 659; Villavicencio y Mauger, 2017: 10).

Ahora, retomando lo anterior, para la obtención de agua potable en el marco de la justicia energética, se advierte que existe en los hechos un contraste respecto a lo establecido en las metas de la propia Agenda 2030, en los objetivos 6 (agua) y 7 (energía), esto porque la energía que se utiliza para poner en operación las plantas desaladoras sigue siendo fundamentalmente convencional en 99% (Kettani y Bandelier, 2020: 2), y esto precisamente deriva en un aumento en la contaminación y en la emisión de gases de efecto invernadero, así como en costos económicos que pueden ser elevados para ciertos países. Esto por sí solo se traduce en un escenario energético insostenible, representando un desincentivo económico para impulsar la instalación de este tipo de plantas.

Debe quedar claro que la ausencia de una transición energética, que sea justa para desalar agua de mar, compromete el cumplimiento de metas como la de lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos, así como la de garantizar el abastecimiento de agua dulce para enfrentar la escasez de agua y con ello reducir el número de personas que sufren —muchas veces de manera injusta— por esta preocupante situación. Aún más, en términos de las definiciones elaboradas por Sovacool *et al.* (2014: 3) sobre los dos principios del concepto de “energía justa” (*prohibitive* y *affirmative principles*), puede afirmarse que, por un lado, ningún sistema energético debería interferir con la capacidad de las personas para acceder a una necesidad básica como el agua, que es, y se reconoce, como un derecho del que éstas son sus poseedoras o titulares (esto es lo que representa el *prohibitive principle*); y por el otro, el hecho de que el derecho de acceso al agua en el contexto de la desalación para ciertos países, regiones o islas, sólo pueda garantizarse mediante el uso de energía, entonces también existe un derecho a ésta última y a los servicios energéticos que de ésta se deriven (esto es lo que representa el *affirmative principle*).

Por todo lo anterior, no debe soslayarse que, si bien la energía se constituye en el prerequisite material indispensable para la obtención de bienes o necesidades básicas, como es el caso del agua a través de la desalación, aquélla deberá ser asequible, eficiente, limpia y renovable si se pretende desarrollarla en el cumplimiento de lo que al efecto se ha establecido en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Claro está que en ciertos países y bajo ciertas condiciones, el costo de producción para desalar agua con energías más limpias o renovables pudiera, eventualmente, reducirse hasta en 50% y con ello evitar la emisión de miles de toneladas de bióxido de carbono al año (Santos, 2020), pero esto no es previsible que suceda de manera extendida en un futuro inmediato. El ideal de mejorar el acceso a agua potable a partir de la desalación, utilizando energías renovables, traería consigo una reducción en el costo total de producción, y eso aún está lejos de materializarse. El cambio significativo de sustituir una desalación con energías convencionales por una con renovables, que se traduzca en un acceso global, equitativo, asequible y sostenible al agua, podría convertirse en toda una realidad sólo hasta el año 2050 (Ahmadi *et al.*, 2020: 15).

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Es innegable la trascendencia que la desalación de agua de mar ha ido adquiriendo a lo largo de las últimas décadas para lidiar con el problema de escasez de agua para consumo humano y otros fines en diferentes partes del mundo. Si bien es previsible el incremento en el número de plantas desaladoras y, por ende, el aumento en la producción de agua desalada hacia el futuro (situación que es enteramente necesaria y deseable), mientras no se transite hacia energías con tecnologías más limpias o hacia energías renovables, no se podrá cumplir con las metas que al respecto se han establecido en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, por lo que corresponde a sus objetivos 6 (agua) y 7 (energía).

Garantizar el acceso universal a servicios energéticos que sean asequibles, fiables y modernos, y al mismo tiempo avanzar en la producción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas para desalar agua de mar, es para ciertas naciones un escenario posible, pero aún distante. Como sea, una transición energética vinculada a la desalación de agua requiere tomar en consideración algunos principios básicos del concepto de

“justicia energética”, lo que significa no sólo dejar de apostar por el uso de energías convencionales, sino lograr que la misma energía sea asequible, eficiente, sostenible y renovable.

De esta manera, toda posible propuesta de solución a los dilemas aquí planteados exige un claro entendimiento de lo que significa la obtención de agua a través de los procesos de desalación con las tecnologías actuales (poco sostenibles), pero de trascendencia mayúscula para enfrentar la escasez de agua. A la par, no puede obviarse la importancia que para las próximas décadas tendrán energías renovables como la solar y la eólica para estos fines, por su idoneidad y factibilidad ambientales.

Cualquier ordenamiento jurídico enfocado a regular la desalación de agua de mar debe incorporar como objetivo central, tanto en su legislación como en el conjunto de sus políticas públicas, incentivos de todo tipo para que las plantas desaladoras mejoren sus tecnologías, y con ello hagan más eficientes sus procesos para reducir su consumo energético. Al mismo tiempo, debe impulsarse, en la normatividad respectiva, un sistema energético que sea justo.

Por todo lo dicho, hay que concluir sosteniendo que desalar agua de mar a cualquier costo energético, por un lado, y que consumir energía (sea convencional o renovable) a cualquier costo socioambiental, por el otro, no son alternativas para alcanzar el desarrollo sostenible; sin embargo, es necesario lograr, como siempre ocurre en el marco de la sostenibilidad, un equilibrio entre los aspectos ecológico-ambientales, los socioculturales y los económico-financieros.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AHMADI, Esmail *et al.* (2020). “The Role of Renewable Energy Resources in Sustainability of Water Desalination as a potencial Fresh-Water Source: An Updated Review”. *Sustainability*. 12(13). Disponible en: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/52333>.

AIMONE ARREDONDO, Gustavo (2020). “Desalación del agua de mar, una alternativa de progreso para Chile”. *Revista de Marina*. 976. Disponible en: <https://revistamarina.cl/articulo/desalacion-del-agua-de-mar-una-alternativa-de-progreso-para-chile>.

ALLISON, Juliann E. (2015). “Energy Justice, Climate Change, and the Challenge of Global Energy Governance”. *Global Environmental Politics*.

- 15(1). Disponible en: <https://direct.mit.edu/glep/article/15/1/123/14791/Energy-Justice-Climate-Change-and-the-Challenge-of>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020a). “Cifras sobre la desalinización”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/cifras-sobre-la-desalinizacion/>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020b). “Desalinización en el mundo”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/desalinizacion-en-el-mundo/>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020c). “Las plantas desalinizadoras más grandes del mundo”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/desalinizacion-en-el-mundo/>.
- ARENAS MUÑOZ, José A. (2000). *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*. Madrid: McGraw-Hill.
- ARREGUÍN, Felipe I. y LÓPEZ, Mario (2015). “Baja California y Quintana Roo: pioneros de la desalación en México”. *iagua*. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/felipe-arreguin/baja-california-y-quintana-roo-pioneros-desalacion-mexico>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2015). “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Resolución aprobada por la Asamblea General A/70/L.1. Disponible en: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&LANG=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&LANG=S).
- BERTINAT, Pablo (2016). *Transición energética justa. Pensando la democratización energética*. Montevideo: Friederich Ebert Stiftung.
- BUENAVENTURA, Arturo (2015). Breve historia de la desalación. *Abengoa*. Disponible en: <http://www.laenergiadelcambio.com/breve-historia-de-la-desalacion/>.
- COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (2005). *Estadísticas del Agua en México*. México: SEMARNAT-Conagua.
- COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (2017). *Estadísticas del Agua en México*. México: SEMARNAT-Conagua.
- CORREA DÍAZ, Felipe (2008). “El impacto social y económico de la desalación de agua de mar”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- COSÍN, Carlos (2019). “La evolución de las tarifas en desalación (parte I)”. *iagua*. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/carlos-cosin/evolucion-tarifas-desalacion-parte-i>.
- CRUZ AGUIRRE, Roberto Ulises (2021). “¿Desalinización de agua de mar con energías renovables?”. *Todos@CICESE. Comunicamos ciencia*. Mé-

- xico. Disponible en: <https://todos.cicese.mx/sitio/noticia.php?t=texto&stat=Cf&n=1556>.
- CRUZ MOLINA, Carlos de la (2006). “La desalinización de agua de mar mediante el empleo de energías renovables”, *Laboratorio de Alternativas*. 88. Madrid.
- DÉVORA-ISIORDIA, Germán Eduardo *et al.* (2013). “Evaluación de procesos de desalinización y su desarrollo en México”. *Tecnología y ciencias del agua*. 4(3). Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-24222013000300002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-24222013000300002&lng=es&tlng=es).
- FINLEY-BROOK, Mary y HOLLOMAN, Erica L. (2016). “Empowering Energy Justice”. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. 13(9).
- FUENTE, Juan Antonio de la *et al.* (2008). “Gestión medioambiental de salmueras en plantas de desalación marina”. *Geo-Temas*. 10. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/228095228\\_Gestion\\_medioambiental\\_de\\_salmueras\\_en\\_plantas\\_de\\_desalacion\\_marina](https://www.researchgate.net/publication/228095228_Gestion_medioambiental_de_salmueras_en_plantas_de_desalacion_marina).
- GHAFFOUR, Noreddine *et al.* (2014). “Renewable Energy-Driven Innovative Energy-Efficient Desalination Technologies”. *Applied Energy*. 136. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2014.03.033>.
- GIMÉNEZ CASALDUERO, María (2005). “La desalación de las aguas marinas en la legislación de aguas española”. *I. T.* 72.
- GOLDTHAU, Andreas y SOVACOOOL, Benjamin K. (2012). “The Uniqueness of The Energy Security, Justice, and Governance Problem”. *Energy Policy*. 41. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421511008263>.
- GÓMEZ GARCÍA, Manuel (2009). *Diccionario de uso del medio ambiente*. Pamplona: EUNSA.
- GONZÁLEZ, A. L. (2018). “Régimen jurídico de la desalación del agua en México y sus afectaciones ambientales” (ponencia). II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos “Los Derechos Humanos y los Objetivos del Desarrollo Sostenible”. Valencia: Fundación Mainel.
- GUEVARA, Alejandro y STABRIDIS, Omar (2008). “Desalación mediante el uso de energías renovables: una reflexión desde la perspectiva economi-

- ca”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- HEFFRON, Raphael J. y MCCAULEY, Darren (2017). “The Concept of Energy Justice Across the Disciplines”. *Energy Policy*. 105. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421517301593>.
- HERNÁNDEZ, Diana (2015). “Sacrifice Along the Energy Continuum: A Call for Energy Justice”. *Environ Justice*. 8(4).
- HIRIART, Gerardo (2008). “Desalación de agua con energías renovables: interrogantes jurídicas”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- IAGUA (2020). “Arabia Saudí lidera la producción mundial de agua desalinizada”. *iagua*. Disponible en: <https://www.agua.es/noticias/icex-espana-exportacion-e-inversiones/arabia-saudi-lidera-produccion-mundial-agua>.
- JENKINS, K. *et al.* (2016). “Energy Justice: A Conceptual Review”. *Energy Research & Social Science*. 11.
- JENKINS, Kirsten *et al.* (2018). “Humanizing Sociotechnical Transitions through Energy Justice: An Ethical Framework for Global Transformative Change”. *Energy policy*. 117. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.02.036>.
- JIMÉNEZ SHAW, Concepción (2002). “Agua y desarrollo sostenible. Trascendencia ambiental de la desalación”. En PIÑAR, José Luis (dir.) y UTRERA CARO, Sebastián F. (coord.). *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- JIMÉNEZ SHAW, Concepción (2003). *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JONES, Edward *et al.* (2018). “The State of Desalination and Brine Production: A global Outlook”. *Science of the Total Environment*. 657. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2018.12.076>.
- KETTANI, Maryème y BANDELIER, Philippe (2020). “Techno-Economic Assessment of Solar Energy Coupling with Large-Scale Desalination Plant: The Case of Morocco”. *Desalination*. 494. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7442029/>.
- MENDIETA, Alonso *et al.* (2021). “Los Efts en el financiamiento de las plantas desaladoras de agua”. *Yachana. Revista científica*. 10(1).

Disponible en: <http://revistas.ulvr.edu.ec/index.php/yachana/article/view/699>.

- MUNRO, Paul *et al.* (2017). “Energy Justice for All? Rethinking Sustainable Development Goal 7 through Struggles over Traditional Energy Practices in Sierra Leone”. *Energy Policy*. 105. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.enpol.2017.01.038>.
- NAVA ESCUDERO, César (2007). “La regulación jurídica de la desalación de agua en México: lo bueno, lo malo y lo más malo del periodo 2001-2006”. En FERNÁNDEZ, J. y Santiago, J. (eds.). *Régimen jurídico del agua*. México: UNAM.
- NAVA ESCUDERO, César (2008). “Agua y desalación en México: del engaño al oscurantismo jurídico”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- NAVARRO, Teresa (2018). “Water Reuse and Desalination in Spain-Challenges and Opportunities”. *Journal of Water Reuse and Desalination*. Disponible en: <https://iwaponline.com/jwr/article/8/2/153/38035/Water-reuse-and-desalination-in-spain-challenges>.
- NEBEL, Bernard J. y WRIGHT, Richard T. (1999). *Ciencias ambientales. Ecología y desarrollo sostenible*. 6a. ed. México: Prentice Hall.
- PATIÑO DÍAZ, Rodrigo T. (2019). “Justicia energética como paradigma en tiempos de desarrollo sostenible”. *MetrópoliMID*. Disponible en: <https://metropolimid.com.mx/justicia-energetica/>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed. Madrid: Real Academia Española.
- ROJAS CALDERON, Christian y DELPIANO LIRA, Cristian (2016). “Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua marina. Caracterizaciones y problemas iniciales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. 23.
- SÁNCHEZ MEZA, Juan J. (2008). “Desalación de agua: dificultades y oportunidades”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- SANTOS, María (2020). “El éxito de la desalación de agua requiere más energías renovables”. *El Ágora*. Disponible en: <https://www.elagora-diario.com/agua/el-exito-de-la-desalacion-de-agua-requiere-mas-energias-renovables/>.



- SICILIANO, Giuseppina *et al.* (2018). “Large Dams, Energy Justice and the Divergence between International, National, and Local Developmental Needs and Priorities in the Global South”. *Energy Research & Social Science*. 41. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.erss.2018.03.029>.
- SILVA ALMARZA, Agustín (2019). *Desalinización de agua de mar: implicancias jurídicas en Chile*. Tesis de maestría. Chile: Universidad de Chile.
- SOTO ÁLVAREZ, Guido *et al.* (2013). *Desalación de agua de mar mediante osmosis inversa y energía fotovoltaica para provisión de agua potable en Isla Damas, región de Coquimbo*. Documento técnico núm. 33 del Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO para América Latina y el Caribe. Montevideo: UNESCO, Centro del Agua para Zonas Áridas y Semiáridas de América. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000230987>.
- SOVACOOOL, Benjamin K. *et al.* (2014). *Energy Security, Equality, and Justice*, Londres-Nueva York: Routledge.
- TORRES, Miguel (2004). “La desalación de agua de mar y el vertido de la salmuera”. *Ambienta*. Disponible en: [https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf\\_am/am\\_2004\\_35\\_27\\_31.pdf](https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_am/am_2004_35_27_31.pdf).
- TURNBULL, Joanna y LEA, Diana (2010). *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*. 8a. ed. Oxford: Oxford University Press.
- VILLAVICENCIO, Paola y MAUGER, Romain (2017). “The UN’s New Sustainable Development Agenda and Renewable Energy: The Challenge to Reach SDG7 While Achieving Energy Justice”. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02646811.2017.1377951>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Test del margen legislativo proporcionado.\*  
Entre la función y el contenido de la legislación  
dentro de los marcos constitucionales actuales

*Test of the proportionate legislative deference.  
Between the function and the content of legislation  
within the current constitutional frameworks*

Recepción: 15 de julio de 2021

Aceptación: 7 de septiembre de 2021

Marcela Inés PEREDO ROJAS\*\*

Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS\*\*\*

RESUMEN: El presente texto analiza el resurgimiento de la jurisprudencia y la controversia que implica a los límites del legislador como garante de la constitucionalidad de la ley. Con ese objeto, se estudia el margen legislativo en los contextos constitucionales actuales, partiendo de la noción histórica de la ley y la necesidad de reconocer que dicha creación debe supeditarse al objeto de su regulación, más allá de la simple subjetividad. En ese sentido, habiendo empleado una metodología exploratoria, propone y desarrolla el test del margen legislativo proporcionado, teniendo especial

ABSTRACT: This text analyzes the resurgence of legislation and the controversy that involves the limits of the legislator as guarantor of the constitutionality of the law. To this end, the legislative margin is studied in current constitutional contexts, starting from the historical notion of the law and the need to recognize that said creation must be subject to the object of its regulation, beyond simple subjectivity. In this sense, having used an exploratory methodology, it proposes and develops the test of the legislative margin provided, having special reference to the regulations in

\* Trabajo en colaboración derivado de los resultados de los autores, respectivamente, en relación con la investigación que adelantan en la Universidad de los Andes, Chile, y del proyecto de investigación posdoctoral adelantado en la Universidad de los Andes, Chile, bajo la dirección del profesor José Ignacio Martínez Estay.

\*\* Profesora de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile, y doctora en derecho por la misma universidad. ORCID: 0000-0002-6849-9632; [mperedo@uandes.cl](mailto:mperedo@uandes.cl).

\*\*\* Investigador posdoctoral de la Universidad de los Andes, Chile. ORCID: 0000-0002-1066-0999; [edgar.fuentes@miuandes.cl](mailto:edgar.fuentes@miuandes.cl) y [edherfucon@gmail.com](mailto:edherfucon@gmail.com).

referencia los ordenamientos vigentes en Chile y Colombia. Así, en cuatro acápite, además de la introducción y las conclusiones, construye una propuesta para el diálogo razonado del control judicial y de la labor legislativa.

**Palabras claves:** Calidad de la ley, control constitucional, ley, margen legislativo, proporcionalidad.

*force in Chile and Colombia. Thus, during four sections apart from the introduction and conclusions, it builds a proposal for the reasoned dialogue of judicial control and legislative work.*

**Keywords:** *Quality of Law, Constitutional Control, Law, Legislative Deference, Proportionality.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Construcción histórica de la ley: el paso de lo objetivo a lo subjetivo.* III. *Más allá de la subjetividad: el dualismo en la noción de ley.* IV. *Libertad legislativa y sus límites en los contextos contemporáneos.* V. *Control de proporcionalidad legislativa: el test del margen legislativo proporcionado.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una revisión sucinta de los modelos constitucionales actuales en Latinoamérica arroja un diagnóstico de desconfianza institucional hacia los órganos legislativos y ejecutivos. De allí que fenómenos como la constitucionalización y la internacionalización de los sistemas jurídicos han terminado por modificar no sólo las nociones clásicas del Estado, el derecho y la comunidad política, sino que, además, se ha dado relevancia a nuevos actores, orientaciones e, incluso, métodos de regulación.

En ese entorno, no ha sido extraño que se haya abogado por un activismo judicial (García Jaramillo, 2016; Lozada, 2018; Landau, 2011; Pisarello, 2000; Jiménez García, 2010; Molina Betancur y Silva Arroyave, 2020) que se encargue de llenar los vacíos que dejan la textura abierta de las normas constitucionales y los preceptos internacionales. Dicha visión permite que la efectividad de estas normativas quede en manos preferentemente del juez constitucional y/o convencional, y explica que “Los juristas y académicos solo se ocupan de jueces y tribunales” (Bar-Siman-Tov, 2019: 539).

Pese a que estas situaciones han promocionado la eliminación de un legislador ilimitado y soberano (Pereira Menaut, 2001), la adecuación y

determinación de aquello que es derecho no ha renunciado —ni puede hacerlo— a su vínculo con la ley. Por ende, en medio de la expansión constitucional y de la regulación internacional se ha buscado que exista un resurgimiento del interés por la legislación (Bar-Siman-Tov, 2011), donde el estudio y análisis de las leyes se preocupe por formular propuestas y técnicas que garanticen la calidad y reduzcan, por un lado, el incremento exponencial de las leyes —contaminación o inflación legislativa (Campos Ramos, 2018; Mackaay, 2018; Šulmane, 2011; Malavassi-Calvo, 2012; Prieto Sanchís, 2012)— y sea capaz, por el otro, de armonizar los sistemas jurídicos con el bien común. En este sentido, el esfuerzo de la *legisprudencia* “no ha provenido solo de entornos académicos, sino también de gobiernos, organizaciones internacionales... y organizaciones no gubernamentales, que han adoptado o promovido la adopción de programas de mejora legislativa y regulatoria” (Bar-Siman-Tov, 2019: 543); ante ello, se van configurando diferentes modelos que centran su interés en mecanismos de control tanto *ex ante* como *ex post* de la existencia de la ley, y cuya naturaleza puede ser externa o interna respecto a las propias legislaturas.<sup>1</sup>

No obstante la importancia que tendría la revisión de cada uno de estos modelos, tanto en lo general como en lo particular, la naturaleza de resultado parcial —y la etapa investigativa en la cual se encuentra el proyecto— ocasiona que se haya optado por una metodología analítica centrada en descomponer los aspectos de la función legislativa que permiten entender el concepto del margen del legislador. Por consiguiente, se parte de la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles han sido las nociones que se han construido históricamente para la comprensión de los límites que ostentaría el órgano legislativo en el desarrollo de su función?

Si bien el presente artículo da un énfasis a la libertad legislativa y a los límites en los contextos contemporáneos, marcados por la constitucionalidad y las normas internacionales, se tendrá como hipótesis general que los límites del órgano legislativo se encuentran mediados, especialmente, por el objeto de regulación. Así, con el objetivo general de analizar las nociones que se han construido históricamente para la comprensión de los

---

<sup>1</sup> Cfr. Celemín Caicedo y Fuentes-Contreras, 2020; Celemín Caicedo, 2016; Cormacain, 2017; Cruz Villalón, 2003; Aitken, 2013; Atienza, 2005; Carrillo García, 2012; Flores, 2005; Gascón Abellán, 2006; Tudela Aranda, 2000-2001; Wintengs, 2006; Caetano y Sarlo, 2010; Campuzano Montoya, 2016; Gallegos Moreno, 2014; Kristan, 2013; Orta Flores, 2017; Rangel Alvarez dos Santos y Coutinho Teles, 2017; Villota Cerna *et al.*, 2015.

límites que ostentaría el órgano legislativo en el desarrollo de su función, especialmente en los ordenamientos contemporáneos, se espera demostrar que, a efectos de conseguir una “calidad de la legislación”, la ley debe optar no sólo por una técnica de redacción, sino, al mismo tiempo, por garantizar la estabilidad normativa, la coherencia del sistema y, además, la proporcionalidad (Bar-Siman-Tov, 2015), reconociendo un margen de apreciación proporcionado del legislador. De ahí, entonces, que la función legislativa no sea una labor libre del todo, sino que, dentro de los diferentes mecanismos de evaluación de la calidad que se han reconocido, se puede hablar de la implementación de un *test de margen proporcionado*, tal como será propuesto.

Para ello, el artículo expondrá los resultados conseguidos en cuatro acápite, previos a las conclusiones; así, en un primer momento se alude a la construcción histórica de la noción de ley, para seguir con las visiones modernas del dualismo de la ley, y, en un tercer momento, estudiar los límites que se han reconocido en los contextos contemporáneos para la función legislativa, y finalizar con el control de la proporcionalidad legislativa y el test del margen legislativo proporcionado.

## II. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA LEY: EL PASO DE LO OBJETIVO A LO SUBJETIVO

A pesar de que la voz castellana *ley* fue “documentada por primera vez en 1558” (Bogarín Díaz, 2001: 320), el origen de la expresión encuentra su lugar, etimológicamente, en los desarrollos de la Roma Antigua, dónde *lĕx* se institucionalizó como elemento integrante, con el *mōres*, del *iūs* y, por lo tanto, carentes de sinonimia. Como lo señala el profesor Álvaro D’Ors (1982, 1973), la distancia entre *iūs* y *lĕx* proviene de la diferencia entre *auctoritas* y *potestas*; se entiende que “la autoridad es de los que «saben» y la potestad de los que «pueden»” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2016: 383); el derecho no queda subsumido en la ley, sino que, por el contrario, la trasciende. Es, en esa medida, que el *iūs* “se relacionaba directamente con el papel del jurisprudente” (Vanney, 2009: 283) y la *lĕx* como una de las fuentes generales del derecho escrito, que acompañaba, dentro de esa clasificación, a los senadoconsultos, las Constituciones imperiales, los edictos de los magistrados pretores y los dictámenes de los juriconsultos: Siendo la *lĕx* el acto emanado de las asambleas populares o comicios (Ar-

güello, 1998) y, con posterioridad, incluyendo a los actos de los cuerpos colegiados de plebeyos o *Concilia Plebis* (Medellín, 1982; Espitia Garzón, 2006).

Si bien, en un sentido práctico, la ley romana era ante todo una forma cívica de regulación, ésta no dependía en solitario de su origen, sino que implicaba una coherencia con el sentido de lo natural (Coulanges, 1982). Por esto, la prudencia construía el *iūs*, por lo menos en su dimensión primigenia, como la práctica de un arte, más que una técnica.<sup>2</sup> Sin embargo, ante el crecimiento poblacional y del territorio, la necesidad romana de regularizar las actividades —incluyendo las extranjeras— generó que tanto *lĕx* como *iūs* fueran modificados al punto de que “Ni *ius* pudo expresar en sus orígenes las complejas referencias que alcanzó después, ni su sustituto *directum* logró asumir todas las notas y matices del *ius* clásico” (García-Hernández, 2010: 43; Hervada, 1992). Dicha realidad llevó a que, hacia mediados del siglo III de la era cristiana (Rabinovich-Berkman, 2007), “La voz *directus* tomó el sentido de «justo» en sustitución del adjetivo clásico *iustus* (situación conservada en rumano: *drept* «justo», *dreptate* «derecho»), de manera que *directum* sustituyó al sustantivo clásico *ius*” (Bogarín Díaz: 304).

En efecto, para la concepción cristiana, procedente del mundo bíblico, el Derecho consiste en la «conducta recta», y no ya en una forma de actuar la violencia lícita, según era concebida en el mundo pagano la idea del *ius*. Así, en la tradición judea-cristiana, la idea de «rectitud» vino a producir la progresiva sustitución del concepto de *ius* por el de *directum*, como consecuencia de la propia visión teocéntrica del judaísmo, de la que derivaba la idea de que el «camino recto» era el trazado por Dios —por lo que se refiere al *directum*, en el ámbito de la justicia— como supremo legislador. Esta es la razón por la cual en el pensamiento judío se identificaba justicia y santidad (García Hervás, 1999: 61).

Con todo, la separación y posterior caída del Imperio dio inicio a la época medieval y permitió, también, la dispersión y fragmentación de las organizaciones sociales y, con ellas, las nociones y el alcance del derecho y de la ley. Ciertamente, el aumento de aquellos que ejercían la *iurisdic-*

---

<sup>2</sup> “...sabemos que originariamente *ius* no significó en ningún caso, norma o conjunto de normas, sino que «un acto no lesiona a otro hombre», a diferencia de *fas* que indicaba la no lesividad respecto de los dioses” (García Gallo, 1960: 29).

tio extendió el flujo de preceptos normativos, mientras ayudó a reforzar la prevalencia del derecho consuetudinario: “En efecto, las costumbres, incluso provenientes de la interacción histórica romana, fueron tomadas como molde para la producción y regulación de las conductas” (Fuentes-Contreras, 2018: 59).

En esa medida, la ley pasó a ser una obra integrante del *derecho regio*, mediada por la intención de codificar las normas consuetudinarias, que eran las disposiciones principales en la actividad jurídica. En consecuencia, la preocupación de las sociedades medievales no estaba derivada respecto a la contradicción entre ley y costumbres, sino en establecer, mediante la ley, la unificación de criterios,<sup>3</sup> “por eso no hay contradicción alguna en que los reyes, como Fernando III, recurriesen al expediente de legislar, como Derecho regio, el Derecho que la gente consideraba «su» Derecho Consuetudinario” (Hierro, 2010: 34). Sólo que el derecho emanado del monarca siguió compitiendo con las diferentes normativas tanto de tipo general como particular; verbigracia, los fueros y fazañas (Valle Videla, 2018). Así, en un universo jurídico donde abundaba la *iurisdictio*,<sup>4</sup> los dictámenes legales competían y se limitaban por la costumbre, el desuso, la opinión de los juristas y las normas del *ius commune* (Tomás y Valiente, 1993-1994; Fernández Barreiro, 2004; Castro-Camero, 2010; Pérez Martín, 1999):

La reiteración, en efecto, de los actos exteriores expresa de una manera muy eficaz la inclinación interior de voluntad y los conceptos de la razón, pues lo que se repite muchas veces demuestra proceder de un juicio racional deliberado. He aquí por qué la costumbre tiene fuerza de ley, deroga la ley e interpreta la ley... Por eso, aunque las personas particulares no pueden crear leyes, sí puede hacerlo todo el pueblo. Si, en cambio, el pueblo no tiene la libre facultad de darse leyes ni de anular las que le impone una autoridad

---

<sup>3</sup> “La verdadera contraposición no se producía, por tanto, entre la costumbre como norma no escrita y la ley como norma escrita, sino entre el derecho consuetudinario (como derecho propio y antiguo, las más de las veces escrito) y el derecho regio (como derecho de pretensiones generales, homogeneizador y, con frecuencia, nuevo). La contraposición bajomedieval entre costumbre y ley fue, sobre todo, la contraposición política entre el orden corporativo medieval y el incipiente Estado moderno” (Hierro, 2010: 29).

<sup>4</sup> “Y resulta evidente, en primer lugar, que la ley en general no pertenece a la categoría de consejo, sino a la de mandato; no un mandato de cualquier hombre a cualquier otro hombre, sino de un hombre cuyo mandato está dirigido a otro que está de antemano obligado a obedecerlo” (Hobbes, 1995: 215).

superior, aun entonces la costumbre que llega a prevalecer adquiere fuerza de ley al ser tolerada por quienes tienen el poder de legislar, pues con la simple tolerancia se entiende que aprueban lo que la costumbre introdujo (Tomas de Aquino, 1993: 758).

Así las cosas, la configuración de la ley medieval se establecía en consonancia con una dimensión objetiva-material (Vallet de Goytisoló, 1997): “lo relevante no es el sujeto del que emana sino su contenido objetivo, que se precisa doblemente: consiste en un ordenamiento, ordenamiento exclusivamente demandado por la razón” (Grossi, 2003: 28). Por ende, “la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Se concluye, pues, que toda ley se ordena al bien común” (Tomas de Aquino, 1993: 705).

Con el inicio de la modernidad y el fortalecimiento de nuevas formas de organización política, la ley se vinculó, en esencia, con la idea de soberanía:<sup>5</sup>

...quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (Bodin, 1997: 52-53).

Precisamente, el advenimiento del Estado produjo una nueva conceptualización de la ley basada en la centralización del ejercicio del poder soberano y vista como un producto racionalizador del bien común, donde la concepción objetiva medieval se alternó con una noción subjetiva de la ley. En dicha visión, entonces, se dio mayor valor a lo orgánico frente a la materia de regulación, bajo el condicionamiento de unos presupuestos de técnica

---

<sup>5</sup> “En todos los Estados, el legislador es únicamente el soberano, ya sea éste un hombre, como ocurre en una monarquía, o una asamblea de hombres, como es el caso en una democracia, o en una aristocracia. Pues el legislador es que hace la ley, y es solo el Estado el que prescribe y ordena la observancia de las normas a las que llamamos ley” (Hobbes, 1995: 216). “Aunque el poder legislativo (ya resida en uno o en varios, ya sea ejercido constantemente o sólo a intervalos) ha de ser considerado como el poder supremo dentro de cada Estado...” (Locke, 2006: 133).



normativa para su formulación y aplicación. Dicho enfoque tuvo reflejo en los modelos de supremacía parlamentaria inglesa y en el del imperio de la ley: el primero procuró eliminar la acumulación de poderes en el Ejecutivo y se garantizó la soberanía popular dando un carácter prevalente al órgano que la representaba (Varela Suanzes, 1998; Guillén López, 2001; Pereira Menaut, 1992, 1990).<sup>6</sup>

Pese a las inclusiones implícitas, el concepto de la supremacía parlamentaria no quedó señalada en un texto normativo; las alusiones permitieron que se reconociera como principio rector desde finales del siglo XVII a través de autores como William Blackstone y Albert V. Dicey, que a la postre se convertirían en *books of authority* (Pérez Triviño, 1998; Clavero, 1997).

El segundo, es decir, el *imperio de la ley* (Marcilla Córdoba, 2013-2014), a diferencia del *rule of law* inglés (Dicey, 1889), se construyó como un atributo del Estado y un principio de ruptura histórica respecto al *Ancien Régime*; configurando, por ende, las relaciones funcionales y orgánicas del Estado de derecho, a partir de la ley como primera norma jurídica del ordenamiento, que restringía las actividades ejecutoras del Estado y establecía la libertad propia de la ciudadanía.<sup>7</sup> Así quedará consignado, verbigracia, en el artículo 5o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

En ese contexto, la ley se instituyó como la norma suprema del ordenamiento jurídico, promoviendo la idea de que “todo derecho depende de las leyes” (Kant, 1999: 265) y que es ella “...el único instrumento no sólo de perfeccionamiento jurídico sino de transformación social” (Cabo Martín,

---

<sup>6</sup> Como quedó dispuesto en 1689 en la Bill of Rights: “I... Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal. II. Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal”.

<sup>7</sup> “La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y, dadas las débiles características normativas de la constitución, era la norma de superior jerarquía” (Laporta, 1999: 321).

“Cuando el poder supremo dicta leyes orientadas, ante todo, a la felicidad (al bienestar de los ciudadanos, la población, etc.), ocurre que no lo hace como fin del establecimiento de una constitución civil, sino como medio para asegurar el *estado de derecho*, principalmente frente a enemigos exteriores del pueblo” (Kant, 1999: 270).

2000: 19). En definitiva, estableciéndose la ley, esencialmente, como el elemento rector de la actuación estatal, como la obra del legislador, a la cual se le debe obediencia como *decisión normativa*<sup>8</sup> que: a) se encuentra contenida en una forma específica, b) ha sido elaborada a través de un trámite especial previamente establecido, c) por aquel que cuenta con la competencia legislativa, y d) goza de un contenido acorde con las normas superiores, lo que produce que se inserte al interior del sistema jurídico en el rango intermedio entre las normas constitucionales y la producción de los entes administrativos.

En esta versión conceptual, la ley es, por ende, un producto que implica el reconocimiento, por lo menos, de una función, la legislativa, y la de un órgano que cuenta con la obligación de ejercerla, el legislador; la ley sería, entonces, el resultado del ejercicio de la potestad o competencia legislativa por parte de aquella persona o conjunto de personas a quienes se les reconoce la función de elaborar las leyes, dentro de las pautas formales y materiales que se encuentran en el sistema jurídico.

Como se anticipaba, dicha función se observa como un ejercicio de la voluntad soberana, en ocasión a la delegación que hace el pueblo a sus representantes, de allí que, en 1853, por ejemplo, sir Thomas Smith afirmase que

And to be short, all that ever the people of Rome might do either in *Centuriatis comitijs* or *tributis*, the same may be doone by the parliament of Englande, which representeth and hath the power of the whole realme both the head and the bodie. For everie Englishman is entended to bee there present, either in person or by procuracy and attornies, of what preheminance, state, dignitie, or qualitie soever he be, from the Prince (be he King or Queene) to the lowest person of Englande. And the consent of the Parliament is taken to be everie mans consent (1906: 49).

A pesar de que el concepto de “representación” tampoco fue uniforme, su vínculo con la ley y el legislador concedió la posibilidad de sentar “las bases jurídico-dogmáticas para la consideración del parlamento como organización jurídica del pueblo, y de la voluntad del parlamento como voluntad

---

<sup>8</sup> “La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por *repetición* y por *decisión*... En la legislación nos hallamos ante un acto de voluntad de un sujeto, individual o colectivo, que está habilitado para innovar el ordenamiento jurídico, para introducir una norma en el mismo” (Otto, 2001: 20).

del pueblo mismo” (Criado de Diego, 2012: 91), que, en todo caso, generó la pregunta sobre los límites que podría tener dicha función dentro de un Estado de derecho.

### III. MÁS ALLÁ DE LA SUBJETIVIDAD: EL DUALISMO EN LA NOCIÓN DE LEY

Pese a la extensión de ideas de omnipotencia del legislador<sup>9</sup> y su catalogación como racional (Campos, 2006; Nino, 1989; Pérez Lasserre, 2020; Calvo García, 1986, 1986a; Ezquiaga, 1994; Núñez Vaquero, 2014), que facilitó la visión de que el poder de la ley se deriva del sujeto y no de su contenido, es decir, “su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador” (Grossi, 2003: 34), existió también una pretensión de que aquella voluntad del legislador no pudiera expresarse de cualquier manera. En ese sentido, una de las primeras exigencias estuvo en la necesidad de que la ley fuera una expresión general y abstracta: haciendo referencia, puntual, a los sujetos y a los casos, respectivamente.

Ahora, si bien la generalidad no resultó una exigencia propia de la modernidad,<sup>10</sup> lo cierto es que la pretensión de igualdad incentivó la necesidad de que las formulaciones legislativas fueran para toda la comunidad y no para un grupo, sector o estamento. Así quedó dispuesto, por ejemplo, en el artículo 60. de la Declaración de Derechos francesa de 1789, cuando dice que la ley “[d]ebe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar”.<sup>11</sup> Respecto a la abstracción, la cual se relaciona ya no con

---

<sup>9</sup> “Los autores ingleses insisten mucho sobre este carácter. Se trata sobre todo de la afirmación de un principio que se entiende en el terreno legislativo y se traduce en el adagio conocido: «El Parlamento inglés puede hacerlo todo, salvo convertir a un hombre en mujer»” (Manzanares, 1970: 60).

<sup>10</sup> “La generalidad como nota característica de la ley es posiblemente la de más amplia e ininterrumpida tradición: desde las Doce Tablas (la distinción entre «Leges» y «Privilegia» o normas individuales), la Escolástica (que la hace derivar de la concepción cristiana de comunidad) y el Barroco y la Ilustración que construyen el concepto de ley a imagen de las leyes de la naturaleza y, por tanto, la generalidad es su primer e inexcusable elemento” (Cabo Martín, 1994: 36).

<sup>11</sup> Dirá Rousseau: “De suerte que la ley puede muy bien establecer, que haya privilegios, pero no puede concederlos señaladamente a ninguno. La ley puede distinguir muchas clases de ciudadanos, y asignar las [c]ualidades, que han de dar derecho a estas clases; pero no puede nombrar a tales y a tales, para admitirlos a ellas” (2011: 71-72). Mientras Locke menciona: “tienen que gobernar guiándose por leyes promulgadas y es-

los destinatarios, sino con los supuestos de hecho que serán descritos en la regulación no contemple circunstancias precisas o concretas, que conviertan la ley de aplicación momentánea o de única vez, en otras palabras, que el caso contemplado afecte la permanencia y perdurabilidad al agotarse por su especificidad. En términos de Rousseau, “lo que manda el Soberano sobre un objeto particular, no es... una ley, sino un decreto; ni un acto de soberanía, sino de magistratura” (Rousseau, 2011: 72).

Dicha orientación será concluyente en autores posteriores como Duguit, quién, distinguiendo entre *actos-reglas*, *actos-condición* y *actos-subjetivos*, incluye a la ley dentro de los primeros (1924; Fraga, 2000) y advierte como incluso esas exigencias de generalidad y abstracción evitan que el legislador se pueda convertir en un órgano administrativo o de mera aplicación (Rubio Llorente, 1993). Más allá de la conveniencia de una técnica de producción, se terminó aludiendo a que cuando el legislador cae en formulaciones ajenas a la generalidad y abstracción, no existía una ley estrictamente hablando, sino a lo sumo a una “ley” formal, en razón de que la función legislativa se plasma “únicamente, pero absoluta y enteramente, ...[en] el carácter del acto legislativo material” (Duguit, 1926: 88), “de tal suerte que puede definirse la ley material *lato sensu*, diciendo que es todo acto emanado del Estado y que contiene una regla de derecho objetivo” (*ibidem*, 89).

Esta construcción dualista del significado de la ley, en todo caso, termina asumiendo una realidad: la generalidad y la abstracción no son atributos exclusivos de las normas que se generan a partir de la competencia legislativa, pudiendo estar presente en actuaciones de producción normativa de la administración.<sup>12</sup> Dirá sobre esto Georg Jellinek:

Las funciones materiales están, pues, distribuidas entre los distintos géneros de órganos relativamente independientes unos de otros, y la dirección de una gran parte de las cuestiones que corresponden a una función deter-

---

tablecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado” (2006: 141). En cuanto a Hobbes, éste reconoce la posibilidad de que existan leyes particulares y generales, poniendo el acento en la promulgación de la ley como determinante de su obligatoriedad (1995).

<sup>12</sup> “[L]a ley es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen: jefes de Estado, miembros del Parlamento. Fuera de esto, todo lo que se diga no es más que ficción... En cuanto a los reglamentos, lo veremos más tarde, en el fondo son verdaderas leyes, son la expresión de la voluntad del jefe del Estado o del funcionario, cualquiera que sea, que los dicte” (Duguit, 2008).

minada caen dentro de la actividad del órgano competente, de suerte que todos los órganos hallan en el supremo el punto de partida y el punto de unión. La separación de las funciones corresponde a la separación de los órganos, y ya hemos dicho que esta separación no es ni puede ser absoluta. De aquí se sigue la oposición entre las funciones formales, que son ejercidas por los órganos legislativo, administrativo y judicial. Según su aspecto formal, divídense las manifestaciones de las actividades del Estado en actos formales de legislación, de administración y de justicia.

Hallamos una unión de todas estas funciones materiales, especialmente en los órganos de la administración, la cual, en su sentido formal, tiene un poder reglamentario y de decisión. En vista del primero, participa de la legislación material, y por el segundo, de las decisiones judiciales (2002: 542).

Esto ocasionó que estos criterios no fuesen suficientes y que, además, se planteasen otras orientaciones para distinguir a la ley: entre ellas estuvo la doctrina donde “la ley es definida por su materia, es decir, por medio de una distinción entre materias que pertenecen al ámbito de la legislación y otras que pueden ser tratadas por decreto” (Carré de Malberg, 2011: 29).

En esa dirección, aunque no de forma exclusiva, destacó Paul Laband con su propuesta de ley formal y ley material:<sup>13</sup> cuando, en 1871, apostó por esa calificación como forma de resolver una discusión que tiene como referente el artículo 62 de la Constitución del Estado Prusiano del 31 de enero de 1850, la cual dictaba que “El poder legislativo reside en el Rey con las dos Cámaras, cuyo acuerdo es necesario para la promulgación de una ley”.<sup>14</sup> Dicho precepto reflejó, a diferencia de otras orientaciones constitucionales, que en el constitucionalismo alemán del siglo XIX no daba, necesariamente, una prevalencia al legislativo como órgano representativo, sino que articulaba a dicho órgano con el gobierno monárquico (Starck, 1979: 118). En este sentido, y ante la situación que se había presentado en 1862, cuando no se aprobó el presupuesto general del Estado, debido a las discrepancias entre el Parlamento y Otto von Bismarck, quién presentó el proyecto de ley para la modernización del ejército prusiano del rey Guillermo I, Laband expresó que el presupuesto no es una ley realmente, es

---

<sup>13</sup> “Los dos conceptos de ley no son idénticos, ni se hallan tampoco en una relación de respectiva supra y subordinación, sino que se entrecruzan” (Ross, 2007: 452).

<sup>14</sup> Por su parte, el artículo 45 anuncia que “pertenece solamente al rey el poder ejecutivo. Nombra y destituye a los ministros. Ordena la publicación de las leyes y expide los decretos necesarios para su ejecución”.

decir, en sentido material, sino un acto de administración contenido en una forma legal o ley formal. Por ello es que “no se puede dar el nombre de ley a una regla sino en el caso de que esta tenga un contenido jurídico, de que afecte en algún modo a la esfera jurídica del individuo o de la comunidad política” (Laband, 1979: 22).

Como consecuencia de la distinción, la teoría dualista sobre la ley se hizo expansiva y tuvo diferentes vertientes, pasando por autores alemanes como Gustav Seidler, Georg Jellinek, Hermann Schulze, R. Gneist, K. F. von Gerber, Otto Mayer; en Francia, Gaston Jèze, Edgard Allix, Adhémar Esmein, y en Italia con Vittorio Emanuele Orlando, Augusto Graziani, Oreste Ranelletti (Rodríguez Bereijo, 1970). En esos desarrollos terminó prevaleciendo la idea de que la calificación de la ley material se obtenía cuando la norma dictada por el legislador se enlazaba con la regulación de la libertad y la propiedad como derechos naturales (Jesch, 1978; Laporta, 2003), donde su técnica de redacción, generalidad y abstracción no era suficiente como tampoco su origen orgánico, provocando el reconocimiento que hasta el mismo legislador, siendo representante de la soberanía, estaría limitado a fines últimos que fueron incluyéndose en las normas constitucionales, a las cuales se les entregó supremacía, supralegalidad, fuerza vinculante y aplicación directa.

Así, los cambios que ha sufrido el Estado de derecho, pasando de un Estado legal a uno constitucional (Fuentes-Contreras, 2019), significaron una reinención de la ley, tanto en su relación con otros preceptos normativos como entre los órganos que se vinculan con ella, lo que ha permitido que los conceptos contemporáneos de la ley, en términos generales, se supediten y condicionen para hacer de la función legislativa una labor creativa pero no plenamente libre.

#### IV. LIBERTAD LEGISLATIVA Y SUS LÍMITES EN LOS CONTEXTOS CONTEMPORÁNEOS

A pesar del reconocimiento del valor jurídico de las normas constitucionales, la voluntad legislativa no quedó condicionada al punto de ser considerada equivalente a la función reglamentaria:<sup>15</sup> esto debido, en primer

---

<sup>15</sup> “...La ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el reglamento no puede pre-

momento, a la textura abierta de los preceptos constitucionales y al uso de conceptos indeterminados en ellas (Martínez Estay, 2021, 2019) y, en un segundo instante, por la naturaleza de la función misma, que debe ser considerada como una actividad creativa, aun en ausencia de habilitación directa de la Constitución (Medina Guerrero, 1998,1996; Silva García y Villeda Ayala, 2011).

[En principio,] Nada fuera de la Constitución puede limitar a la ley, porque ese algo que la limitase sería algo superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la ley está montada para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho; su carácter superior, supremo, es su propia esencia. Es la única norma originaria que decide desde sí misma y por sí misma. Su poder innovativo es completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores (eliminación de las cláusulas prohibitivas o cautelares de derogación propias del antiguo derecho, las *leges in perpetuam valiturae*); es, por ello, la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del derecho antiguo por un derecho nuevo (García de Enterría y Fernández, 2001: 114).

Por ende, la función legislativa concede aquello que se ha denominado como margen de apreciación, el cual, sucintamente, puede tomarse como "...una potestad de carácter discrecional, en la cual el operador jurídico se enfrenta a escoger distintas posibilidades para resolver un problema de derecho determinado. Los límites vienen dados por la razonabilidad de la actuación y el interés público que conlleva el acto" (Peredo Rojas, 2013: 50).

Ahora bien, lo cierto es que en la doctrina no existe una sola forma de entender el margen de apreciación; esta categoría se ha utilizado por algunos autores para describir la relación entre la actividad estatal y la inserción del derecho internacional de los derechos humanos (Gerards, 2011; Fuentes-Contreras y Cárdenas-Contreras, 2021; Martínez Estay, 2014; McGoldrick, 2016; García Roca, 2010; Contreras, 2014; Núñez Poblete y

---

sentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad...; en el reglamento no se expresa por ello una hipotética «voluntad general», sino que es una simple regla técnica, «ocurrencia de los funcionarios», a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva" (García de Enterría y Fernández, 2001: 114). "El Gobierno no es representante de los ciudadanos, sino agente de los mismos y, en consecuencia, solo puede actuar por y para ellos, esto es, de sus representantes" (Pérez Royo, 1998: 136).

Acosta Alvarado, 2012; Pascual Vives, 2013), mientras otros lo vinculan con el concepto de deferencia de los órganos estatales; algunos más lo incluyen en el control de razonabilidad y de proporcionalidad de las medidas legislativas (Fromont, 1995). Con todo, será este último concepto al cual se ha suscrito la presente investigación.

Por consiguiente, el margen de apreciación legislativo se ha comprendido como la legítima opción del legislador para elegir entre diversas medidas, dentro de los límites propios que le establece el sistema jurídico y el fin último del derecho.

De ese modo, pese a que en sus orígenes el margen se entendió como una prerrogativa de los modernos parlamentos que gozaban de legitimidad democrática (Godoy, 2001), en la actualidad, y aunque esa condición de legitimidad se mantiene —no sin ciertas críticas respecto de la forma en que opera la representatividad (Pereira Menaut, 2006)—, la intensidad de esa potestad se reconduce en términos especialmente constitucionales<sup>16</sup> y, además, sujetaría a todo aquel que ejerce la potestad y no solamente al legislador general, tal como acontece con el Poder Ejecutivo, en los casos de legislación delegada, legislación por prescripción y legislación de urgencia.

No obstante, el margen de apreciación no opera de una sola forma en todos los sistemas constitucionales (*cfr.* Tribunal Constitucional chileno, 2007); así, verbigracia, en la tradición angloamericana su construcción ha estado influenciada por los aportes políticos y jurídicos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la idea de un principio de

---

<sup>16</sup> El texto ha optado por comprender que las disposiciones de tipo constitucional serán aquellas que se incluyen dentro del texto de la Constitución y aquellas que, sin estar dentro del texto, se han integrado en el mismo rango o nivel; ello, reconociendo la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y su integración a los sistemas por vía y disposición constitucional, con lo cual se explica que se utilice, como se hará adelante, la categoría de “derecho supralegal” para hacer referencia a esta situación. De igual manera, se ha preferido la expresión “derecho supralegal” siguiendo a Otto Bachof (2010), quién lo entiende como un derecho preestatal, supraestatal o metapositivo, con respecto a los derechos humanos. Finalmente, sería importante aclarar que dicha expresión no interfiere necesariamente con la supraconstitucionalidad que ha sido empleada para resaltar el nivel superior, verbigracia, de ciertas normas internacionales en relación con el ordenamiento interno (Lucero Pantoja, 2021; Rey Cantor, 2021; Galván Bautista, 2021; Machado Cyrillo da Silva, 2013; Favoreu, 1994; Pacheco Gómez, 1993). Sobre el tema, véase, entre otros, Góngora Mera, 2016; Núñez Donald, 2015; Rodríguez Manzo *et al.*, 2013; Suelst-Cock, 2016; Maldonado Sánchez, 2019.



autocontrol o de *self restraint* de la actividad judicial que permita la discrecionalidad a favor del órgano legislativo (Arévalo Ramírez y García López, 2018; Figueroa Gutarra, 2017).<sup>17</sup>

Es a partir de este principio que surge la doctrina de las cuestiones políticas (Harrison, 2018; Mulhern, 1989; Silva Irrarázaval, 2016; Scharpf, 1966), el control de razonabilidad del legislador en materia de derechos y el control de proporcionalidad como balance, para limitar intervenciones bajo la orientación de la doctrina denominada *structural remedies* (Otálora Lozano, 2018; Quinche Ramírez y Rivera Rugeles, 2010; Cruz Rodríguez, 2019).

Por su parte, en el derecho administrativo inglés la categoría construida se ha enmarcado en la expresión *deference*, la cual permite estudiar y valorar las competencias constitucionales y el efecto del ejercicio de las mismas por parte de los poderes públicos (Daly, 2012; Zhu, 2019; Riker y Weingast, 1988; Schapiro, 2000; Oswald, 2012), no siendo, por consecuencia, una cortesía, como suele atribuírsele en ciertos contextos (Zapata, 2008).

En el ámbito de la tradición europea continental, es clave el aporte del derecho público francés, del cual proviene la expresión “margen” como un concepto diferenciado de los actos políticos. Así, el margen sería el poder de la Asamblea que no se entiende exento del control constitucional; es decir, que, a diferencia de los actos políticos, no supone la inmunidad de la jurisdicción que ejerce el Consejo Constitucional, sino un control con intensidad en relación con el objeto de regulación. Con ello se admite que el control de constitucionalidad de la ley envuelve el clásico problema entre jurisdicción constitucional y democracia (Ferrerres, 2011), ya que en las democracias constitucionales los parlamentos representan la voluntad del pueblo, y por eso tienen una legitimidad de la que en principio carece la justicia constitucional. De esta manera,

---

<sup>17</sup> “Si bien resumió la actitud de la Corre desde sus inicios, su formulación llegó al final del siglo diecinueve, con un escrito del profesor James Bradley Thayer titulado “The Otigin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” (“El origen y el ámbito de la doctrina americana del derecho constitucional”). Reconociendo el carácter antirrepublicano del control de constitucionalidad, el profesor afirmó que conduce el juez a desempeñar el papel del legislador, a ejercer el temido “gobierno de los jueces” y a inmiscuirse en la “administración política del gobierno”. A la postre, una concepción agresiva del control de constitucionalidad sería contraria a la democracia” (Martínez, 2005: 92).

...el *Conseil Constitutionnel* ha acuñado la expresión "*rapport de constitutionals*" para referirse a la intensidad del control. Se refiere a la relación de subordinación entre las reglas constitucionales y la legislación. La intensidad del control es definida por el grado de adecuación que se exige a la norma inferior para con la superior, esta adecuación definirá el tipo de control ejercido por el Consejo Constitucional que puede variar desde la estricta conformidad hasta la mera compatibilidad entre la primera y la segunda...

Así, el *rapport de conformité* es un escrutinio más exigente en el control de constitucionalidad de la ley. La exigencia se traduce en la estricta conformidad de la ley. El *rapport de compatibilité*, por su parte, se refiere a materias en que no existe un tratamiento tan pormenorizado en el texto constitucional (Peredo Rojas, 2013: 69-70).

En cuanto al derecho constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Federal ha entendido que el margen es sinónimo de libre configuración del legislador. En este contexto, el test de proporcionalidad surge como el mecanismo idóneo de control (1998). Sin embargo, resulta discutible que el legislador sea absolutamente libre para configurar derechos. Eso porque en un Estado constitucional democrático de derecho, el legislador sólo puede actuar dentro de los márgenes permitidos por la carta fundamental. Por ello, el concepto de libertad de configuración del legislador parece equívoco.

Esa expresión, libertad de configuración, ha sido empleada también por la Corte Constitucional de Colombia, que la ha definido especialmente en relación con diferentes áreas o temáticas de regulación, pasando por el derecho penal, el tributario, la seguridad social, el sancionatorio hasta lo procesal, entre otros (2020, 2019, 2019a, 2002). Visto, por ende, como un ejercicio de apreciación o valoración, al momento de ejercer la potestad creativa de la ley, "el margen de configuración del legislador debe circunscribirse a las definiciones dadas por la Constitución, so pena de contravenir la jerarquía del sistema de fuentes de derecho" (Corte Constitucional colombiana, 2011). Con todo, no siendo un simple proceso de reglamentación constitucional, el crear, interpretar, reformar y derogar las leyes, conforme a los artículos 114 y 150 de la Constitución de 1991, es una función donde, en principio, el Congreso de la República expresa la voluntad soberana que se perfecciona una vez que ha pasado por su procedimiento de creación y bajo el respeto a las formalidades básicas.

En ese sentido, se vuelve un ejercicio para determinar la textura abierta constitucional e, incluso, podrá tratar temáticas no expresamente aludidas en la Constitución,<sup>18</sup> siempre que sobre ellas no pese una reserva en favor de cualquier otro órgano. Basado en ello, la Corte Constitucional señala que la intensidad del control que ejerce<sup>19</sup> y la modulación de sus fallos se justifican en la “necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario” (Martínez Caballero, 2000: 17).<sup>20</sup>

En contraste, en la doctrina administrativista de Chile (Saavedra, 2011) se ha tratado el tópico del margen, pero los jueces constitucionales chilenos no han adoptado este concepto,<sup>21</sup> a diferencia de lo que ocurre, como se vio, en Alemania (Maurer, 2011) y Francia (Fortsakis, 1987). De modo que, como se esbozó, el margen se aborda como deferencia razonada o mecanismo de prudencia en manos de los jueces constitucionales. Sin duda, aquello es objetable y discutible, porque deja de lado que la deferencia razonada opera por la competencia que surge en el margen de apreciación del legislador, conforme a lo prescrito en la Constitución. Por eso, la deferencia razonada es insuficiente para evitar dos problemas: primero, que el juez constitucional invada los márgenes constitucionales del legislador, y, segundo, que el legislador regule razonadamente los derechos.

---

<sup>18</sup> “El silencio del constituyente no debe interpretarse indefectiblemente como una forma tácita de imponer prohibiciones o limitaciones a la libertad configurativa del legislador” (Corte Constitucional colombiana, 2000).

<sup>19</sup> “...además de que la libertad de configuración del legislador no es absoluta y tiene como medida los principios democráticos de la Constitución, aquella no se despliega con igual intensidad en todos los aspectos de la realidad jurídica. La Corte Constitucional ha dicho en su jurisprudencia que cuando se trata de regular aspectos relacionados con la restricción de los derechos y garantías públicas, la libertad configurativa del legislador se desenvuelve dentro de límites más estrechos...” (Corte Constitucional colombiana, 2001).

<sup>20</sup> “Quiere lo anterior decir que en las materias sujetas a desarrollo legislativo la Corte tiene un margen limitado de actuación, reduciéndose a la realización de un test leve de constitucionalidad, mientras que en aquellas materias donde la Constitución restringe la libertad de configuración legislativa del legislador la Corte estará facultada para realizar un escrutinio estricto” (Insignares-Cera y Molinares-Hassan, 2012: 96-97).

<sup>21</sup> Véase Tribunal Constitucional chileno, 2011. Sobre la influencia de la jurisprudencia constitucional extranjera en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, véase Galdámez, 2012.

Una muestra de lo anterior son los casos en que la justicia constitucional entiende que, en el ámbito del debido proceso, la creación de recursos judiciales es parte del margen de apreciación del legislador. En esos mismos casos, muchas veces se identifica la regulación legislativa con pesar derechos, que es lo propio del test de balance o proporcionalidad en sentido estricto (Sapag, 2008; Martínez Estay y Zuñiga Urbina, 2011; Estrada-Vélez, 2010; Riofrío Martínez-Villalba, 2016), lo que lleva a no considerar el contenido mínimo del derecho.<sup>22</sup>

A partir de lo señalado y de los problemas ya planteados sobre la dispersión del concepto que se investiga, surge la necesidad de definir lo que es el “margen”. Si bien preliminarmente se advirtió que el margen de apreciación es el espacio de discrecionalidad o libertad de configuración conferida por la Constitución a los órganos del Estado (Peredo Rojas, 2013), esa concepción requiere ser matizada y renovada a la luz de la presente investigación; principalmente porque ya no resulta válido entender al legislador como libre configurador, ya que, como se indicó, ningún poder es ilimitado en el derecho constitucional. Por ejemplo, piénsese en el margen para la reforma constitucional, que, inclusive, se encuentra limitada por los derechos y los principios constitucionales: una ley de reforma constitucional posee escaso margen para acabar con el Estado de derecho y tampoco podría establecer principios o reglas que atenten contra la dignidad humana como base de los derechos (Fondevila Marón, 2015; Tajadura Tejada, 2018; Higuera Jiménez, 2018).

Aclarado eso, es oportuno aseverar que el margen del legislador es la discrecionalidad por competencia legislativa que la Constitución, en sentido amplio, reconoce a quien hace las leyes, operando como un test de revisión judicial en el control de la intensidad de las medidas legislativas. Dicho margen posee esferas menos limitadas en la política, y es limitado, en esencia, por el contenido mínimo o núcleo esencial de los derechos.

De este modo, habrá de afirmarse, en un primer momento, que el margen no es autonomía del legislador. Esto debido a que la autonomía es una cualidad que poseen ciertos órganos o instituciones del Estado, dependiendo del sistema constitucional, tales como las entidades territo-

---

<sup>22</sup> El test de proporcionalidad como sinónimo de balanceo o ponderación ha sido la técnica preferida por varios tribunales constitucionales y autores. *Cfr.* Montealegre, 2008; Bernal Pulido, 2006, 2014, 2018.

riales<sup>23</sup> u otras entidades,<sup>24</sup> las cuales pueden regirse mediante normas y estructuras de gobierno propios (Ugalde Calderón, 2010). Si se piensa en esa cualidad, dicha característica es sólo una parte del margen posible que la Constitución reconoce al legislador, por ejemplo, para que genere sus reglamentos internos. Pero estas acepciones no comprenden el sentido del margen de apreciación del legislador como competencia legislativa global que recae en diversas materias.

Asimismo, el margen no es un mecanismo de concesión graciosa atribuible a la actitud de los jueces; es decir, no es deferencia, a menos que se entienda que la deferencia opera por competencia, porque sólo en ese caso son sinónimos. El margen no es, entonces, una regla de deferencia porque esta última es un elemento de aquél; es porque hay margen legislativo, que el juez debe ser deferente con la competencia del legislador. Siendo así, la deferencia judicial es consecuencia del reconocimiento del texto constitucional y de la *ratio* de la disposición constitucional a la que éste se encuentra directamente vinculado.

Finalmente, el margen no es sinónimo de libertad de configuración, porque el legislador depende de la Constitución a la que sirve. Ello porque es en esa norma donde se encuentran los acuerdos mínimos de la sociedad democrática que el legislador debe respetar si no quiere incurrir en un error manifiesto; la expresión “libertad de configuración” es un término equívoco, porque los límites al legislador son eminentemente constitucionales, y éste está limitado, sustancialmente, por el contenido mínimo de los derechos. De modo que sólo la expresión “margen” manifiesta la tensión natural entre las fuentes del derecho involucradas.

Conforme a lo anterior, el margen de apreciación del legislador cuenta con los siguientes elementos:

1) *Flexibilidad normativa*. Se refiere a la formulación de las normas constitucionales y de las normas legales que son examinadas en el control de constitucionalidad. A este respecto, las normas pueden ser abiertas, cerradas o mixtas; las primeras son las que permiten mediación del

---

<sup>23</sup> En Chile, estructurado a partir de la región, la provincia y la comuna. Por su parte, en Colombia, municipios, departamentos, distritos, territorios indígenas, regiones y provincias (no todos implementados).

<sup>24</sup> En Chile, por ejemplo, Banco Central, Ministerio Público, Contraloría General de la República. En Colombia se habla, entre otras, del Banco de la República, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil, entes universitarios, corporaciones autónomas regionales, Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil.

legislador para su desarrollo, mientras las segundas son las que se bastan a sí mismas, sin necesidad de habilitar al legislador para su comprensión y cumplimiento, y las terceras son aquellas que, sin ser abiertas, habilitan al legislador para que actúe en un sentido determinado. Verbigracia, una norma abierta es aquella que encarga al legislador la regulación de cierto contenido de la norma constitucional; en cambio, una norma cerrada, en principio, no requiere la intervención legislativa, y las normas mixtas sólo permiten al legislador que actúe de la manera que las disposiciones de rango constitucional determinan.<sup>25</sup>

Además, las normas pueden tener una formulación negativa o positiva; las normas positivas son aquellas que ordenan hacer algo y pueden encontrarse tanto en las Constituciones como en la ley, mientras las normas negativas son de abstención, salvo que opere la doctrina de los poderes implícitos.<sup>26</sup>

Con razón, el profesor Pereira Menaut indica que existen Constituciones positivas y Constituciones negativas. Las primeras se refieren a que obligan a hacer algo a las personas, órganos, o grupos de la sociedad civil y el Estado. Las segundas ordenan una abstención o contienen normas de carácter negativo. Por ejemplo, no existe margen para la discrecionalidad legislativa que apoye una moción o mensaje de un proyecto de ley que permita aceptar la tortura o tratos inhumanos y degradantes en todos los ordenamientos jurídicos. También, la naturaleza de la materia regulada en la Constitución y en la ley delimita el grado de flexibilidad de las normas, como los derechos que por su naturaleza prohíben que el legislador altere su esencia.

A partir de las características de las normas, la flexibilidad normativa definirá el espacio de discrecionalidad del legislador y su margen para regular las materias que le competen. Sin embargo, la flexibilidad plantea el problema de identificar la intensidad en que el legislador puede cometer inconstitucionalidad, delimitando cuando aquél pueda incurrir en exceso

---

<sup>25</sup> Dicha clasificación guarda similitud con aquella que reconoce la existencia de cláusulas *self-executing* y *non self-executing*, del sistema norteamericano, y aquella que alude a preceptos autoejecutables y programáticos (meramente programáticos y programáticos fundamentales). Cfr: Fuentes-Contreras, 2010; Afonso da Silva, 2003; Fernández González, 2001.

<sup>26</sup> Por ejemplo, la doctrina de los poderes implícitos se manifiesta en el constitucionalismo norteamericano a propósito del contrapeso entre los poderes de los estados y el poder federal. Véase Dodds, 1919.

de poder.<sup>27</sup> Para resolver ese asunto, es necesario recordar que el fundamento de la flexibilidad normativa son las normas de rango constitucional como límite al poder. Ello porque éstas fijan el parámetro de lo que está permitido, prohibido u ordenado, y las competencias regladas y las discrecionales del legislador (Favoreau *et al.*, 2006).

Como es sabido, este tipo de normas poseen una naturaleza mixta que suponen la coexistencia de la justicia distributiva propia de la política y la justicia conmutativa propia del derecho. Así, es posible reconocer que el control de las materias meramente políticas es de diferente naturaleza que el de las absolutamente jurídicas. En consecuencia, la naturaleza de la Constitución admite ciertos ámbitos de flexibilidad normativa. Así, el juez constitucional debe realizar un escrutinio judicial diferenciado al momento de controlar la constitucionalidad de la ley; por lo tanto, cuando el asunto está vinculado con las normas de derechos humanos, aquéllos actúan como límite a la flexibilidad normativa por poseer, los derechos, una entidad propia más allá de las normas que los contengan y al tener un contenido mínimo.

En ese orden, la flexibilidad normativa supone que el juez constitucional controle que el margen sea proporcionado al contenido mínimo de los derechos. No obstante, el problema que surge es la determinación de qué sea el contenido mínimo en los derechos. Ello porque se ha manifestado que algunos derechos operarían como conceptos jurídicos indeterminados, en los que el juez debe “concretar” el contenido del mismo. Y, al tiempo, porque ha existido una proliferación de los derechos que se estiman fundamentales sin distinguir si se trata de una expectativa legítima o de un derecho propiamente tal (Ferrajoli, 2001).

En la problemática planteada recientemente influye la tradición constitucional que inspira cada carta fundamental, porque ésta afecta la interpretación de los márgenes de discrecionalidad de los poderes constituidos. Por ejemplo, una disposición positiva se encuentra en la tradición neoconstitucionalista de la Constitución portuguesa, que indica, en su artículo 65.4, que “[E]l Estado y las entidades locales autónomas ejercerán un control efectivo del parque de viviendas, procederán a la necesaria

---

<sup>27</sup> Debe recordarse que la “prohibición de exceso de poder”, que será base para el test del margen de apreciación proporcionado, tiene su origen en el derecho administrativo; sin embargo, tiene rasgos diferentes por la naturaleza del acto que se controla, tal como se presenta. Sobre el origen de la temática y su vínculo con la ley, véase Peredo Rojas, 2013.

nacionalización o municipalización de los suelos urbanos y definirán el derecho respectivo de utilización”; a modo de contrapunto, en la tradición angloamericana se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos una disposición negativa que señala, en su artículo 1o., que “[N]o será representante ninguna persona que no haya cumplido 25 años de edad y sido ciudadano de los Estados Unidos durante siete años, y que no sea habitante del Estado en el cual se le designe, al tiempo de la elección”.

Por último, es necesario precisar que las disposiciones negativas no otorgan mucho margen de apreciación al legislador. En cambio, las positivas lo inducen a hacer algo. Con todo, este elemento puede ser útil, pero insuficiente, porque en algunos sistemas constitucionales operan otras variables, como la doctrina de los poderes implícitos, el vicio del activismo judicial, etcétera. Por ello, este mecanismo se debe considerar en conjunto con los demás que se señalan a continuación.

2) *Competencia legislativa*. Es el elemento que surge desde la función legislativa propiamente tal. De esta suerte, la apreciación del legislador es variable según la intensidad de la competencia que ejerce, es decir, conforme al ámbito que le confiere la Constitución, que supone razonabilidad al hacer las leyes y en el control de aquéllas. De esta forma, la justificación del margen de apreciación del legislador no es sólo normativa, sino que también es funcional. Ello porque “[L]as decisiones legislativas son abiertas, de manera que casi nunca puede decirse que una ley con tal estructura y contenido es la única posible: el campo de las justificaciones está, pues, en este segundo caso, mucho más abierto, depende de cuestiones de oportunidad” (Atienza, 2007: 210).

En consonancia, la autorrestricción judicial opera como reconocimiento de la competencia del legislador y al principio de separación de funciones, que insta a los órganos a desempeñar ciertas facultades con un fin legítimo, que determina que el legislador posea distintos niveles de discrecionalidad en el cumplimiento de las normas constitucionales positivas o negativas. Junto con el principio de separación de funciones, la competencia legislativa surge desde el principio de juridicidad. Por consiguiente, la competencia es “el fundamento mismo de la existencia de un sujeto jurídico, y, por cierto, de un sujeto jurídico estatal” (Soto Kloss, 2010: 129), y se refiere al conjunto de potestades, deberes y limitaciones que posee el legislador. En conclusión, el margen de apreciación del legislador se identifica con la competencia derivada de la capa-



cidad de elección y discernimiento que los preceptos constitucionales le permiten.

3) *Derecho supralegal como limitación al margen*. El tercer elemento es el contenido supralegal de los derechos —incluyendo las disposiciones internacionales que hacen parte del rango constitucional—. Al respecto, tal como señala Bachof,

[E]l presupuesto de la obligatoriedad de la idea de justicia para el derecho y, todavía, la existencia de un consenso social acerca por lo menos de las ideas fundamentales de justicia. A pesar de la divergencia en los detalles, creo debe reconocerse un tal consenso: o respeto de la protección de la vida humana y de la dignidad del hombre, la prohibición de la degradación del hombre en un objeto, el derecho del libre desenvolvimiento de la personalidad, la exigencia de igualdad de tratamiento y la prohibición de arbitrio son postulados de justicia, de evidencia inmediata (1994: 2).

Precisamente, varias Constituciones reconocen en las normas positivas límites de carácter supralegal. Por ejemplo, en Alemania existe una cláusula de intangibilidad sobre la dignidad humana, que indica, en su artículo 1o:

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Asimismo, la cláusula de la Carta Magna inglesa,<sup>28</sup> que luego se convierte en la disposición constitucional del debido proceso de la Constitución norteamericana, mediante la enmienda V señala:

[N]adie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital u otro delito infame, si un Gran Jurado no lo denuncia o acusa, a excepción

---

<sup>28</sup> El numeral XX señala: “Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él; salvo las cosas que posee juntamente con el fundo que tiene; y si fuere comerciante, salvo su mercadería. Y un villano podrá ser multado de la misma manera, salvo su aparejo de carro, si cayere bajo nuestra clemencia; y ninguna de las dichas multas será adjudicada sino por el juramento de hombres buenos del vecindario (por un jurado)”.

de los casos que se presenten en las Fuerzas Terrestres o Navales, o en la Reserva Militar nacional cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de Guerra o peligro público; ni podrá persona alguna ser puesta dos veces en peligro grave por el mismo delito; ni será forzada a declarar en su propia contra en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Por su parte, la carta fundamental chilena reconoce expresamente el límite de carácter supralegal al margen de apreciación, ya que garantiza, en su artículo 5o., que “[E]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”, lo que reitera la Constitución de Colombia, cuando dispone en su artículo 5o. que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Por lo tanto, el derecho supralegal es un límite expreso a las potestades constitucionales reconocidas. En ese caso, el margen legislativo sólo puede promover y respetar los derechos sin que exista la posibilidad de una reforma *in peius*.

Los anteriores elementos demarcan así no sólo la actividad legislativa, sino el control constitucional que podría ejercer el juez ante el margen con el que cuenta el legislador, en concordancia con las normas constitucionales. Ahora, más allá de los elementos que definen dicho margen, su funcionalidad en cada caso requiere un proceso evaluativo, frente al cual se ha construido, como se presentará, un test del margen legislativo.

#### V. CONTROL DE PROPORCIONALIDAD LEGISLATIVA: EL TEST DEL MARGEN LEGISLATIVO PROPORCIONADO

Particularmente, el test del margen legislativo que se propone se compone de dos fases (Peredo Rojas, 2018: 173 y ss.): la primera supone el control de mera razonabilidad o de error manifiesto en la ley, y la segun-

da se refiere al control de proporcionalidad<sup>29</sup> en el margen de apreciación del legislador conforme al contenido mínimo de los derechos.

Ahora bien, las fases del test pueden operar de tres formas; esto es, separada, subsidiaria o conjuntamente. Ello porque en algunos casos bastará que el juez revise sólo la racionalidad del margen regulatorio, mientras que, en otros casos, es posible que el juez examine la proporcionalidad de la ley en relación con el contenido mínimo de un derecho. Al respecto, la primera modalidad es útil en materias de carácter eminentemente político. Sin embargo, el segundo modo puede utilizarse en materia de derechos conforme a los elementos que componen el margen de apreciación del legislador. Por ende, el juez constitucional debe revisar judicialmente la flexibilidad normativa constitucional, la deferencia por competencia y el contenido mínimo del derecho protegido por las normas constitucionales. Con todo, si el juez constitucional utiliza la primera modalidad, puede que aún tenga dudas de constitucionalidad en la ley. En ese caso, el juez podrá aplicar subsidiariamente la segunda modalidad o, también, puede aplicar ambas modalidades de control.

En este sentido, cabe explicar que la primera fase del test se refiere al control de razonabilidad del margen legislativo. Ese examen somete el proyecto de ley o precepto legal a un escrutinio básico, comparativo y político. Por consiguiente, el control recae sobre los errores abiertamente inconstitucionales del legislador, ya que el juez debe sólo constatar que el legislador actúa dentro del margen de su competencia. Así, la constitucionalidad de la norma legal puede ser judicialmente declarada sólo si existe un error manifiesto, patente, que excede la competencia legislativa. En suma, el juez constitucional subsume el proyecto o la ley a las normas constitucionales vigentes y aplicables al caso concreto.

---

<sup>29</sup> En relación con la proporcionalidad y el carácter de proporcionado que se ha empleado y se utilizará, se asume que “A estas alturas se comprenderá que a pesar de la amplia difusión de las tesis de Alexy, lo cierto es que la proporcionalidad no puede identificarse necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derechos. En esencia, el principio de proporcionalidad fue concebido más bien como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de derechos. En palabras de Aldunate, el fundamento «del principio de proporcionalidad se deriva de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa»” (Arnold *et al.*, 2012: 86).

Por su parte, la segunda fase del test de margen proporcionado supone que el juez debe identificar el contenido mínimo constitucional del derecho regulado por la ley. Por ende, la inconstitucionalidad se produce a través de medidas legislativas intrínsecamente contrarias a la Constitución, y otras de carácter desproporcionado, conforme al contenido constitucional mínimo del derecho. Por ejemplo, una acción intrínsecamente inconstitucional del legislador es una ley que permita apremios ilegítimos, ya que es abiertamente inconstitucional e ilegítima a primera vista. En definitiva, en esos supuestos es innecesario que el tribunal pese derechos. Lo anterior porque los derechos son bienes jurídicamente protegidos dotados de un contenido intrínseco constitucionalmente asegurado.

No obstante, existen acciones del legislador que, sin ser intrínsecamente injustas, ya que se encuentran dentro de su competencia, son desproporcionadas en consideración al bien jurídico protegido. En este caso, el juez constitucional debe juzgar la acción legislativa en virtud del efecto que produce. Por ende, la labor del juez es escrutar si la proporción supone exceso de poder legislativo o no. Con este objeto, el margen de apreciación del legislador debe encontrarse dentro de los parámetros fijados por la Constitución, ya que la proporción es relacional al contenido constitucional. Así, la proporcionalidad de la ley se determina por la flexibilidad normativa constitucional, por la manera en que el legislador ejerce su competencia y la suprallegalidad de los derechos que se reconocen en las normas constitucionales. Luego, el juez debe revisar si estos elementos del margen se han esgrimido dentro de lo dispuesto por la Constitución para determinar si existe error evidente o desproporcionado. En consecuencia, el juez efectúa el test de margen proporcionado con el objeto de controlar si la ley adolece de exceso de poder. A mayor abundamiento, el test del margen proporcionado contempla la argumentación del Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional chileno, 2010).

Por último, como se ha precisado, el test del margen legislativo proporcionado controla que el legislador asegure el contenido mínimo de los derechos. En efecto, ese contenido es un límite al margen de apreciación del legislador, ya que éste “debe cumplir con los siguientes requisitos: *a*) determinación y especificidad; *b*) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y *c*) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado” (Tribunal Constitucional chileno, 1993, 2010).

Ahora bien, más allá de las fases, el test del margen legislativo proporcionado se constituye por los siguientes pasos:

- 1) El juez debe dilucidar si el legislador ha cometido un error evidente o abiertamente contrario a los preceptos constitucionales. Por esto, el juez debe determinar la razonabilidad del legislador en el uso del margen. Para ello, la revisión judicial debe examinar si existe arbitrariedad en la ley, a partir de las competencias del legislador, subsumiendo el proyecto de ley o la ley a la carta fundamental.
- 2) Si la inconstitucionalidad por arbitrariedad de la ley no resulta patente a primera vista y, por lo tanto, el juez constitucional tiene dudas al respecto, puede aplicar el control del margen de apreciación del legislador proporcionado como prohibición de exceso de poder. Esta fase del test se fundamenta en el sentido originario de la proporcionalidad, incluyendo la regla de subsunción.<sup>30</sup> En ese sentido, el juez puede dilucidar si el legislador actúa o no dentro de su margen constitucional válido, recordando que el legislador no es constitucionalmente libre en el ejercicio de su competencia, ya discrecional en política, ya reglada y con esferas de discrecionalidad limitada en materia de derechos. De ahí que el juez constitucional puede confrontar directamente la legislación impugnada con el contenido mínimo del derecho reconocido constitucionalmente.
- 3) Por último, el juez debe resolver si el legislador afecta el contenido mínimo del derecho conforme a las normas vigentes en la materia. En relación con lo expresado, el juez debe considerar las normas que limitan el margen de apreciación del legislador en materia de derechos, debido a que el legislador no posee margen para afectar los derechos (Webber y Yowell, 2018; Bar-Simantov, 2020).

De este modo, el test tendría como finalidad última la protección del contenido supralegal de los derechos, ya que éstos sólo son absolutos en cuatro sentidos, tal como lo afirma el profesor Pereira Menaut. Así, en un

---

<sup>30</sup> Visión acogida, en Chile, por el voto disidente en la Sentencia Rol núm. 2673-14 del Tribunal Constitucional (2015).

primer momento, aun cuando los derechos pueden sufrir suspensiones o restricciones parciales, no son limitables sino por motivos excepcionalmente serios, y algunos —unos pocos— no podrían ser suspendidos nunca: ningún gobierno, ni siquiera democrático y legítimo, tiene derecho a legislar o seguir una política que atente contra ellos, y en caso de hacerlo, perdería parte de su legitimidad en la misma proporción en cuanto sean los derechos infringidos y la importancia de la infracción (2006: 257-258). Además, los derechos son absolutos porque

...lo protegido por ellos —vida, libertad de expresión— tiene un valor en sí, al que no quita ni añade nada intrínseco el hecho de ser o no reconocido por las leyes. No puede ser derogado por el legislador, por grande que sea la mayoría de los votos contrarios. No recibe su legitimidad de las normas positivas o instituciones políticas; al contrario, son las constituciones, las leyes y gobiernos los que reciben su legitimidad de los derechos (*ibidem*, 257-258).

En tercer lugar, cuentan con esa característica los derechos en razón de que “tampoco les quita ni añade nada intrínseco el ser o no reconocidos por las costumbres y la opinión dominante. Es importante notar esto porque los derechos están lejos de haber sido aceptados unánimemente” (*ibidem*, 259), y es que éstos existen más allá de las opiniones que con buena o mala argumentación surjan en contra o a favor de ellos. Finalmente, el cuarto sentido está sustentado porque “tienen un valor absoluto para el constitucionalismo. Son elementos inherentes, imprescindibles, esenciales a la propia idea de Constitución” (*idem*).

En definitiva, el control de constitucionalidad de la ley es un mecanismo de protección indirecta de los derechos. Por ello, si el juez constitucional pesa derechos, el amparo indirecto de éstos queda sin efecto, ya que sólo las normas constitucionales son el parámetro para el control de constitucionalidad (Peredo Rojas, 2021; Brito Melgarejo, 2021). En consonancia, los derechos también son inmunes frente al legislador cuando actúa para reformar la Constitución, es decir, como constituyente secundario, ya que limitan su margen de apreciación. A mayor abundamiento, este razonamiento es reconocido en la doctrina, ya que Nogueira ha dicho que “[U]na reforma constitucional que vulnere los derechos esenciales es una reforma que carece de validez jurídica por socavar las estructuras sustantivas o materiales de nuestro Estado constitucional, concretando expresamente la caída de la omnipotencia clásica del poder constituyente” (Nogueira, 2008: 91).

## VI. CONCLUSIONES

En razón de lo anteriormente expuesto, se entiende que la ley se valida sólo si resulta razonable y proporcionada en relación con su objeto de regulación. Por ende, no basta con el mero cumplimiento de las formalidades o atender a la distinción entre ley formal y ley material, sino que es necesario comprender que la recta razón de la ley está destinada al bien común de cualquier tipo de comunidad política. De modo tal que la juridicidad de ésta depende de su conformidad con los derechos esenciales prepolíticos del ser humano.

En esa perspectiva, se debe recordar que la ley es una garantía de protección de los derechos humanos y no una herramienta sólo política de ejecución de los poderes del Estado. Por ello, un test proporcionado que evalúa la legitimidad de una ley supone considerar si aquélla es conforme con el contenido esencial y prejurídico de los derechos. De manera que la regulación de un derecho no suponga impedir su ejercicio, o restringirlo de una forma tal que vulnere su contenido mínimo constitucionalmente protegido.

Por último, cada vez que se requiera revisar la regulación legal de un derecho, importa determinar si aquélla supone un error manifiesto o evidente que la torne irrazonable. Además, si aun ese primer aspecto no resulta del todo claro, se puede revisar si la legislación es idónea al fin perseguido, o adecuada, pero sin pesar un derecho en detrimento de otro, sino constando si la regulación es lícita conforme al contenido mínimo del derecho inalienable que debe ser protegido. Sin la regulación revisada desde la esencialidad, con una idea de juridicidad basada en la proporcionalidad como prohibición de exceso de poder, tendremos un mecanismo de protección basado en la subsunción, y no en la ponderación, respetuoso de la igual dignidad de todos los derechos universalmente reconocidos.

## VII. REFERENCIAS

AFONSO DA SILVA, J. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México: UNAM.

AITKEN, V. (2013). "An exposition of legislative quality and its relevance for effective development". *ProLaw Student Journal*. 2.

- ARÉVALO RAMÍREZ, W. y GARCÍA LÓPEZ, L. (2018). “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: teorías y casos de estudio”. *Ius et Praxis*. 24 (2).
- ARGÜELLO, L. (1998). *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*. 3a. ed. Buenos Aires: Astrea.
- ARNOLD, R. et al. (2012). “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*. 10 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003>.
- ATIENZA, M. (2005). “Reasoning and Legislation”. En WINTGENS, L.J. (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- ATIENZA, M. (2007). “Constitución y argumentación”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 24.
- BACHOF, O. (1994). *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina.
- BACHOF, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2011). “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process”. *Boston University Law Review*. 91 (6).
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2015). “Mending the Legislative Process – The Preliminaries”. *Theory and Practice of Legislation*. 3 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20508840.2015.1136118>.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2019). “El resurgimiento global de la jurisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica”. En OLIVER-LALANA, A. (ed.). *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2020). “Legislatures and Rights: Comment on Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation”. *Jerusalem Review of Legal Studies*. 21 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jrls/jlz025>.
- BERNAL PULIDO, C. (2006). “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 77.
- BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.



- BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- BODIN, J. (1997). *Los seis libros de la República*. 3a. ed. Trad. de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos.
- BOGARÍN DÍAZ, J. (2001). “De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho”. *Derecho y Conocimiento*. 1.
- BRITO MELGAREJO, R. (2021). *Control jurisdiccional de constitucionalidad*. México: Tirant lo Blanch.
- CABO MARTIN, C. de (1994). “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”. *Jueces para la Democracia*. 23.
- CABO MARTIN, C. de (2000). *Sobre el concepto de la ley*. Madrid: Trotta.
- CAETANO, G. y SARLO, Ó. (coords.) (2010). *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*. Montevideo: PNUD.
- CALVO GARCÍA, M. (1986). “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”. *Doxa*. 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1986.3.08>.
- CALVO GARCÍA, M. (1986a). “Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 3.
- CAMPOS RAMOS, M. (2018). “Más normas, menos seguridad: el problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma”. *Vox Juris*. 1 (35). Disponible en: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1282/pdf9>.
- CAMPOS, G. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México: Cámara de Diputados.
- CAMPUZANO MONTOYA, I. (2016). *Técnica legislativa*. México: PRD.
- CARRILLO GARCÍA, Y. (2012). “Calidad de las leyes: algunos puntos críticos”. *Ratio Juris*. 7 (14).
- CASTRO-CAMERO, R. de (2010). “*Ius commune*: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 128.
- CELEMÍN CAICEDO, Y.A. (2016). “La importancia de los mecanismos de control del cumplimiento del trámite legislativo para el derecho constitucional”. En ELJACH PACHECO, G. et al. (comps.). *Procesos legisla-*

*tivos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos.* Bogotá, D.C.: Senado de la República de Colombia.

- CELEMÍN CAICEDO, Y.A. y FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2020). “Control y calidad de la ley. Análisis de los mecanismos de control de la calidad legislativa y su aplicación en Colombia”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 53 (158). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.158.15630>.
- CLAVERO, B. (1997). “Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de Constitución”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1.
- CONTRERAS, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*. 20 (2).
- CORMACAIN, R. (2017). “Legislation, legislative drafting and the rule of law”. *The Theory and Practice of Legislation*. 2 (5). Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20508840.2017.1394045>.
- COULANGES, F. (1982). *La ciudad antigua*. Trad. de Alberto Fano. México: EDAF.
- CRiado DE DIEGO, M. (2012). “Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa”. *Revista Derecho del Estado*. 28. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3180>.
- CRUZ RODRÍGUEZ, M. (2019). “Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 117. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.06>.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2003). “Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley”. *Derecho Privado y Constitución*. 17. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835575>.
- D’ORS, Á. (1973). *Estudios varios sobre el derecho en crisis*. Roma-Madrid: CSIC.
- D’ORS, Á. (1982). *Una introducción al estudio del derecho*. 5a. ed. Madrid: Rialp.
- DALY, P. (2012). *A theory of deference in Administrative Law. Basis, Application, and Scope*. Cambridge: University Press.

- DICEY, A.V. (1889). *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 3a. ed. London and New York: Maccmillan.
- DODDS, W.F. (1919). "Implied powers and Implied Limitations in Constitutional Law". *The Yale Law Journal*. 29 (2).
- ESPITIA GARZÓN, F. (2006). *Historia del derecho romano*. 2a. ed. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- ESTRADA-VÉLEZ, S. (2010). "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad". *Vniversitas*. 121. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>.
- EZQUIAGA, F.J. (1994). "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional". *Isonomía*. 1.
- FAVOREAU, L. *et al.* (2006). *Droit Constitutionnel*. París: Dalloz.
- FAVOREAU, L. (1994). "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa". En ARAGÓN REYES, M. *et al.* *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2004). "Un derecho sin espacios: derecho romano, *ius commune* y derecho común europeo". *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. 8.
- FERNÁNDEZ, M. (2001). "La fuerza normativa de la Constitución". *Revista de Derecho Público*. 63.
- FERRAJOLI, L. (2001). "Derechos fundamentales". En FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori*. Madrid: Trotta.
- FIGUEROA GUTARRA, E. (2017). "Tribunal Constitucional y *self restraint*". Ponencia presentada al XI Congreso de Derecho Constitucional, en la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima. 24 a 26 de agosto. Recuperado el 8 de abril de 2021 de <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2017/09/tribunal-constitucional-y-self-restraint-pdf.pdf>.
- FLORES, I.B. (2005). "The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism". En WINTGENS, L. J. (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- FONDEVILA MARÓN, M. (2015). "Los límites a la reforma de la Constitución". *AFDUC*, 19.
- FORTSAKIS, T. (1987). *Conceptualisme et Empirisme en Droit Administratif Français*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

- FROMONT, M. (1995). “Le principe du proportionnalité”. *AJDA*.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2010). *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C.: Ibáñez y otro.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2018). *Legislación en sentido material*. Bogotá, D. C.: Ibáñez y otro.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. y CÁRDENAS-CONTRERAS, L.E. (2021). “Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 21. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15592>.
- GALDÁMEZ, L. (2012). “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”. *Revista Chilena de Derecho*. 39 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100008>.
- GALLEGOS MORENO, M. (2014). *Elaboración de leyes. Proyectos e iniciativas legislativas*. Zacatecas: Instituto de Investigaciones Legislativas.
- GALVÁN BAUTISTA, L. (2021). “La cláusula de apertura constitucional y su evolución en México”. *Enfoques Jurídicos*. 3. Disponible en: <https://doi.org/10.25009/ej.v0i3.2562>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2001). *Curso de derecho administrativo I*. 10a. ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GALLO, A. (1960). “Ius y derecho”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. 30.
- GARCÍA HERVÁS, M.D. (1999). “«Ius» y «Directum»: el derecho canónico como sistema de deberes”. *IUS CANONICUM*.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2016). “Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional”. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- GARCÍA ROCA, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA-HERNÁNDEZ, B. (2010). “La polisemia de ius, iuris («derecho», «aderezo») y la idea genuina («unión») del derecho romano”. *Revista de Estudios Latinos*. 10.

- GASCÓN ABELLÁN, M.F. (2006). “Calidad de las normas y técnica normativa”. *Revista Española de la Función Consultiva*. 6. Disponible en: <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n6.pdf>.
- GERARDS, J. (2011). “Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine”. *European Law Journal*. 17 (1).
- GODOY, O. (2001). “Representación y democracia”. *Revista de Ciencia Política*. XXI (2).
- GÓNGORA MERA, M.E. (2016). “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano”. En FIX FIERRO, H. et al. (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM.
- GROSSI, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2001). “Los parlamentos y el tiempo. El ejemplo inglés hasta la «Revolución Gloriosa»”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*. 36-37.
- HARRISON, J. (2018). “The Political Question Doctrines”. *American University Law Review*. 67. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol67/iss2/9>.
- HERVADA, J. (1992). *Lecciones propedeúticas de filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA.
- HIERRO, L. (2010). *La eficacia de las normas jurídicas*. México: Fontamara.
- HIGUERA JIMÉNEZ, D.M. (2018). “Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución”. *Opinión Jurídica*. 16 (32).
- HINESTROSA, F. (1973). *Derecho civil*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- HOBBS, T. (1995). *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza.
- INSIGNARES-CERA, S. y MOLINARES-HASSAN, V. (2012). “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana”. *Vniversitas*. 124. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj61-124.jica>.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. *Agenda Internacional*, XVII (28).

- KANT, Immanuel (1999). *En defensa de la Ilustración*. Trad. de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Barcelona: Alba.
- KRISTAN, A. (2013). “¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso legisprudencial”. GRÁNDEZ, P. y MORALES, F. (eds.). *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Lima: Palestra.
- LANDAU, D. (2011). “Political institutions and judicial role in comparative constitutional law”. *Revista Economía Institucional*. 13 (24).
- LAPORTA, F.J. (1999). “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. *Doxa*, 22.
- LOCKE, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Trad., introducción y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos.
- LOZADA, A. (2018). “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”. *Doxa*. 41.
- LUCERO PANTOJA, J. E. (2021). “El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa”. *Opinión Jurídica*. 20 (41). Disponible en: <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n41a2>.
- MACHADO CYRILLO DA SILVA, C. (2013). “La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones sudamericanas”. *Contextos*. 5.
- MACKAAY, E. (2018). “L’inflation normative”. *Lex Electronica*. 23. Disponible en: <https://www.lex-electronica.org/en/articles/volume-23/linflation-normative/>.
- MALAVASSI-CALVO, F. (2012). “La inflación jurídica”. *Acta Académica*. 50. Disponible en: <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/182>.
- MALDONADO SÁNCHEZ, A. (2019). *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- MANZANARES, H. (1970). “El régimen parlamentario en Europa Occidental”. *Estudios Políticos*. 171-172.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2013-2014). “Imperio de la ley”. *Eunomía*. 5.

- MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana”. *Estudios Socio-Jurídicos* 2 (1).
- MARTÍNEZ ESTAY, J.I. (2014). “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”. *Estudios Constitucionales*. 12 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100009>.
- MARTÍNEZ ESTAY, J.I. y ZUÑIGA URBINA, F. (2011). “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*. 9 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>.
- MARTÍNEZ, M.L. (2005). “El control de constitucionalidad del juez anglosajón: ¿por la razón, o por la fuerza?”. *Revista de Derecho*. 12 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.22199/S07189753.2005.0001.00006>.
- MAURER, H. (2011). *Derecho administrativo. Parte general*. Trad. coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons.
- MCGOLDRICK, D. (2016). “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”. *International and Comparative Law Quarterly*. 65 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000457>.
- MEDELLÍN, C. (1982). *Lecciones de derecho romano*. 4a. ed. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- MEDINA GUERRERO, M. (1998). “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*. 5.
- MOLINA BETANCUR, C.M. y SILVA ARROYAVE, S.O. (2020). “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 24 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>.
- MONTEALEGRE, E. (coord.) (2008). *La ponderación en el derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- MULHERN, J. P. (1989). “In defense of the political question doctrine”. *University of Pennsylvania Law Review*. 137.

- NINO, C.S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM.
- NOGUEIRA, H. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. T. I. Santiago: Librotecnia.
- NÚÑEZ DONALD, C. (2015). “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”. *Anuario de Derechos Humanos*. 11.
- NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P.A. (coords.) (2012). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: UNAM.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2014). “Dogmática jurídica”. *Eunomía*. 6.
- ORTA FLORES, S.B. (2017). *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano: estudio de causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- OSWALD, L.J. (2012). “The Role of Deference in Judicial Review of Public Use Determinations”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*. 39. Disponible en: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol39/iss2/2>.
- OTÁLORA LOZANO, G. (2018). “Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective”. *De Gruyter*. 12 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0021>.
- OTTO, I. de (2001). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- PACHECO GÓMEZ, M. (1993). “Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*. 20 (2-3).
- PASCUAL VIVES, F.J. (2013). “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. 29. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4992>
- PEREDO ROJAS, M. (2013). “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán”. *Estudios Constitucionales*. 11 (2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200003>.



- PEREDO ROJAS, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Santiago: Thomson Reuters.
- PEREDO ROJAS, M. (2021). “Los supuestos de teoría constitucional para el control constitucional de la ley”. En BRONFMAN VARGAS *et al.* *Política, derecho y Constitución. Estudio en homenaje al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (1990). “La Constitución británica, ¿es histórica o es historia?”. *Revista Chilena de Derecho*. 17 (3).
- PEREIRA MENAUT, A.C. (1992). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (2001). “Después de la soberanía”. *Revista de Derecho Político*. 50. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.50.2001.8806>.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (2006). *Teoría constitucional y otros escritos*. Santiago: LexisNexis.
- PÉREZ LASSERRE, D. (2020). “Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica”. *Revista de Derecho*. 27. Disponible en: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0006>.
- PÉREZ MARTÍN, A. (1999). “El *ius commune*: artificio de juristas”. En MONTAGUT, T. de (Edició a cura). *Història del pensament jurídic. Curs 1996-1997 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomás y Valiente*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- PÉREZ ROYO, J. (1998). *Las fuentes del derecho*. 4a. ed. Madrid: Tecnos.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (1998). “Una revisión de la soberanía del parlamento británico”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 54.
- PISARELLO, G. (2000). “Reseña bibliográfica del libro «El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos» de Javier Dorado Porrás”. *Cuestiones Constitucionales*. 2.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2012). “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. 82.
- QUINCHE RAMÍREZ, M.F. y RIVERA RUGELES, J.C. (2010). “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los

- derechos humanos”. *Vniversitas*. 59 (121). Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.cjpp>.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (2016). “Derecho y ley (relecturas desde el pensamiento de Alvaro D’Ors)”. *Persona y Derecho*. 75.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. (2007). *Un viaje por la historia del derecho*. Buenos Aires: Quorum.
- RANGEL ALVAREZ DOS SANTOS, F. y COUTINHO TELES, C.A. (2017). “O Estudo de Impacto Legislativo-Possibilidades e Controvérsias”. En WALMOTT BORGES, A. y BARBOSA RAMOS, P.R. (coords.). *Teoria constitucional*. Florianópolis: CONPEDI.
- REY CANTOR, E. (2021). “Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al derecho internacional”. *REIB*. 15 (1). Disponible en: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_15\\_2021\\_1/REIB\\_15\\_01\\_21\\_Art%C3%ADculo\\_4.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_15_2021_1/REIB_15_01_21_Art%C3%ADculo_4.pdf).
- RIKER, W.H. y WEINGAST, B.R. (1998). “Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures”. *Virginia Law Review*. 74 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1073147>.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C. (2016). “Alcance y límites del principio de proporcionalidad”. *Revista Chilena de Derecho*. 43 (1).
- RODRÍGUEZ MANZO, G. et al. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación et al.
- ROUSSEAU, J.J. (2011). *El contrato social o principios del derecho político*. Trad. de Mariano Moreno. Córdoba-Buenos Aires: Universidad Nacional de Córdoba-Universidad Nacional de General Sarmiento.
- SAAVEDRA, R. (2011). *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Abeledo Perrot.
- SAPAG, M.A. (2008). “El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Díkaion*. 22 (17).
- SCHAPIRO, R.A. (2000). “Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law”. *Cornell L*. 85. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol85/iss3/2>.
- SCHARPF, F. W. (1966). “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”. *The Yale Law Journal*. 75 (4).

- SILVA GARCÍA, F. y VILLEDA AYALA, A. (2011). “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 31.
- SILVA IRARRÁZAVAL, L.A. (2016). “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos”. *Estudios Constitucionales*. 14 (2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>.
- SMITH, T. (1906). *De republica anglorum*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SOTO, E. (2010). *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- SUULT-COCK, V. (2016). “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia”. *Vniversitas*. 133. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>.
- ŠULMANE, D. (2011). “Legislative Inflation-An analysis of the Phenomenon in Contemporary Legal Discourse”. *Baltic Journal of Law & Politics*. 2(4). Disponible en: <https://doi.org/10.2478/v10076-011-0013-4>.
- TAJADURA TEJADA, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- TOMAS DE AQUINO, S. (1993). *Suma de Teología. II*. Parte I-II. 2a. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1993-1994). “El «ius commune europaeum» de ayer y de hoy”. *Glossae*. 5-6.
- TUDELA ARANDA, J. (2000-2001). “Calidad y renovación del concepto de ley”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. 6-7. Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/776/672>.
- UGALDE CALDERÓN, F.V. (2010). “Órganos constitucionales autónomos”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 29.
- VALLE VIDELA, L. (2018). “Nueva visión de la relación entre fueros y fazañas del derecho territorial”. *Historia Instituciones Documentos*. 45.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1997). “«Ius» y «lex» según las definiciones de los «Magni Hispani»”. *Persona y Derecho*. 37.
- VANNEY, M.A. (2009). “Ius, Lex y derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”. *Persona y Derecho*. 61.

- VARELA SUANZES, J. (1998). “La soberanía en la doctrina británica (De Bracton a Dicey)”. *Fundamentos*. 1.
- VILLOTA CERNA, M.A. et al. (2015). *La ley y la técnica legislativa*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- WEBBER, G. y YOWELL, P. (2018). “Introduction: Securing Human Rights Through Legislation”. En WEBBER, G. *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108551069>.
- WINTENGS, L.J. (2006). “Legisprudence as a New Theory of Legislation”. *Ratio Juris*. 1 (19). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00315.x>.
- ZAPATA LARRAÍN, P. (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ZHU, G. (ed.) (2019). *Deference to the Administration in Judicial Review. Comparative Perspectives*. Cham: Springer.

### *Normativa citada*

- Bill of Rights (1689). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf>.
- Carta Magna (1215). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>.
- Constitución de la República de Chile (1980). Disponible en: [https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf).
- Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Constitución de Portugal (1976). Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitucion.pdf>.
- Constitución Política de Colombia (1991). Disponible en: [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2000). Sentencia C-1442/2000. Magistrada Ponente (E): Cristina Pardo Schlesinger. 25 de octubre de 2000.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2001). Sentencia C-1176/2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. 8 de noviembre de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002). Sentencia C-181/2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. 12 de marzo de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2011). Sentencia C-490/2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. 23 de junio de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2019). Sentencia C-357/2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 6 de agosto de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2019a). Sentencia C-536/2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 13 de noviembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2020). Sentencia C-034/2020. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 5 de febrero de 2020.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Disponible en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf).
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949). Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (1998). Sentencia BVerfGE 99, 185, *Cienciología*. Sentencia de la Primera Sala. 10 de noviembre de 1998. 1BvR 1531/96.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (1993). Sentencia Rol núm. 167-93. 6 de abril de 1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2007). Sentencia Rol núm. 664-06. 30 de mayo de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2010). Sentencia Rol núm. 1365-09. 8 de abril de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2011). Sentencia Rol núm. 1881-10. 3 de noviembre de 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2015). Sentencia Rol núm. 2673-14. 1o. de octubre de 2015.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El discurso del ámbito jurídico constitucional desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho

### *The discourse of the constitutional legal field from the perspective of the communicational theory of law*

Recepción: 29 de abril de 2021

Aceptación: 20 de agosto de 2021

Vladimir PITA SIMÓN\*

RESUMEN: El reconocimiento de la retórica como una dimensión esencial al fenómeno jurídico se corresponde con la concepción del derecho asumida por la teoría comunicacional del derecho, como texto de naturaleza regulativa o directiva que encuentra en el lenguaje de los juristas un medio de expresión universal. Es el ámbito jurídico constitucional el que brinda la oportunidad de esclarecer el proceso de construcción significativo del derecho desde instancias prenormativas del discurso constituyente hasta las normativas, características del discurso propiamente constitucional. La argumentación y la ideología se muestran como elementos fundamentales dentro de este proceso comunicativo del mundo jurídico, donde la retórica se convierte en un sustrato epistemológico que afecta la naturaleza misma del fenómeno constitucional.

ABSTRACT: *The recognition of rhetoric as an essential dimension to the legal phenomenon corresponds to the conception of Law assumed by the Communicational Theory of Law, as a text of a regulatory or directive nature that finds in the language of jurists a universal means of expression. It is the constitutional legal field that offers the opportunity to clarify the process of significant construction of the Law from the prenormative instances of the constituent discourse to the normative ones, characteristics of the properly constitutional discourse. Argumentation and ideology are shown as fundamental elements within this communicative process of the legal world, where rhetoric becomes an epistemological substrate that affects the very nature of the constitutional phenomenon.*

---

\* Doctor en ciencias jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2014. Profesor de filosofía del derecho e investigador en el Centro de Estudios sobre Cultura e Identidad (CECI) de la Universidad de Holguín, Cuba. ORCID: 0000-0002-7161-2958; [vladimirpita@gmail.com](mailto:vladimirpita@gmail.com).

**Palabras claves:** Teoría comunicacional del derecho, discurso constitucional, ámbito jurídico constitucional, retórica, ideología, argumentación.

**Keywords:** *Communicational theory of Law, constitutional speech, constitutional legal field, rhetoric, ideology, argumentation.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La dimensión retórica del ámbito jurídico constitucional.* III. *El discurso constituyente.* IV. *El discurso constitucional.* V. *Ideología y argumentación en el discurso del ámbito jurídico constitucional contemporáneo.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El giro lingüístico operado en la filosofía del siglo XX, y extendido al resto de las ciencias sociales, permitió hacer evidente el sustrato comunicacional de los más diversos fenómenos sociales, especialmente aquellos que logran su entificación en una dimensión eminentemente intersubjetiva. La filosofía fue alejándose progresivamente de ontologías sustancialistas, transitando hacia formas explicativas de las diversas mediaciones verificadas en los procesos comunicativos, a la par que su influencia en las ciencias sociales provocaba profundas transformaciones en los fundamentos epistemológicos de éstas. La potenciación del significado sobre la facticidad óptica como criterio de construcción de la realidad humana fue anclada en el uso del lenguaje desde su funcionalidad valorativa dentro de un horizonte hermenéutico (Cubo, 2019: 402-403).

El proceso de recepción de los nuevos paradigmas en el derecho fue más lento que en aquellas ciencias más cercanas a aspectos psicológicos, sociológicos o culturales de lo humano. El arraigo del formalismo, muchas veces expresado a través de un radical reduccionismo óptico normativo o logicista, ha encontrado diversas formas de evadir la necesaria renovación epistémica, manteniendo altas cuotas de hegemonía frente a las nuevas ideas donde una intersubjetividad autorreferencial construye dialógicamente los significados del mundo jurídico.

Una de las teorías jurídicas que ha favorecido la renovación del universo teórico del derecho en los últimos tiempos es la teoría comunicacio-

nal del derecho de Gregorio Robles.<sup>1</sup> Su apertura dialógica del fenómeno jurídico ha permitido la ponderación de la complejidad del derecho desde dimensiones antes desdeñadas, una de ellas, la retórica.<sup>2</sup>

## II. LA DIMENSIÓN RETÓRICA DEL ÁMBITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

La TCD asume la retórica como esencial para entender la dinámica de los diversos procesos comunicativos del fenómeno jurídico, con especial énfasis en la teoría de las decisiones jurídicas. Su punto de vista preponderantemente pragmático, sustentado en la prioridad brindada al lenguaje de los juristas, sitúa a la retórica en una posición de matriz primaria del fenómeno jurídico, dada la evidente finalidad presente en todas sus manifestaciones de lograr una persuasión de pretensiones universales mediante la fundamentación de sus decisiones.

La multidimensionalidad de los diversos ámbitos jurídicos es una de las características que permite a la TCD hacer evidente el papel de la retórica, el análisis del conjunto de procesos comunicativos que conforman su entramado relacional. Quizá sea el ámbito jurídico constitucional<sup>3</sup> el que evidencie con mayor transparencia la matriz discursiva del derecho. Su reconocimiento como el conjunto de procesos comunicativos que se despliegan en torno a la Constitución como texto ordinamental, que ordena en sentido global y en primera instancia el universo jurídico de un Estado nación, brindándole el cierre necesario para ser asumido como un orde-

---

<sup>1</sup> La teoría comunicacional del derecho, en adelante TCD, es creación del profesor Gregorio Robles (Bilbao, España), quien es doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1975) y académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid).

<sup>2</sup> Otras concepciones teóricas del derecho que se articulan desde el giro lingüístico total o parcialmente son la semiótica jurídica de Eric Landowsky, la crítica y narrativista del derecho de José Calvo, la teoría hermenéutica de Viola y Zaccaria, las paradigmáticas propuestas hechas desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, y la concepción del derecho como discurso prescriptivo de Norberto Bobbio, entre otras.

<sup>3</sup> El ámbito jurídico constitucional está constituido por el conjunto de procesos comunicativos que se despliegan a partir del texto ordinamental conocido como "Constitución", y que posee la cualidad de configurar a la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, en primera instancia, brindándole las pautas generales de organización, identidad y sentido global.



namiento coherente y sistemático, permite su abordaje desde un análisis textual y discursivo.

La preponderancia de la retórica en los procesos característicos del ámbito jurídico constitucional también se expresa en el enorme peso ideológico de sus contenidos discursivos,<sup>4</sup> dado el permanente esfuerzo argumentativo que le es característico en función de la permanencia de consensos, que se muestran endebles ante las más cambiantes circunstancias, y que sólo logran su estabilidad si se traducen en efectivas identidades políticas que sustancien los diferentes modos de concebir el mundo de las comunidades políticas, regularizando jurídicamente comportamientos como la más alta expresión de la racionalización de lo social.

Lo discursivo jurídico<sup>5</sup> debe ser asumido a partir de esta dimensión retórica del derecho constitucional como un conjunto de encadenamientos argumentados de contenidos dirigidos a la fundamentación de situaciones de trascendencia constitucional, enfocadas a la estructuración del poder público y a la reproducción del conjunto de sus variables estructurales y funcionales, convirtiéndose en un elemento estructurante por excelencia de las dinámicas del derecho público.

El enorme peso de lo político en lo constitucional permite, desde el análisis de su discurso, percibir el alcance del proceso de racionalización del conflicto social operado desde el derecho contemporáneo. El discurso del ámbito jurídico constitucional se convierte así en mediación fundamental para la concreción de los ambiciosos objetivos proyectados desde el mundo jurídico sobre el conjunto de la sociedad. Este discurso

---

<sup>4</sup> “Un discurso es un conjunto de frases hilvanadas de tal modo que éstas poseen un sentido dentro del todo que es el discurso, y éste es comprensible desde la conjunción de sus unidades lingüísticas (frases, proposiciones, sentencias en el sentido lingüístico, proferimientos, actos de lenguaje o actos comunicacionales, etc.). Hay discursos de muy diverso tipo: descriptivos, emotivos, prescriptivos, explicativos, predictivos, etc. Todo discurso conlleva, como hemos dicho antes, un componente retórico, explícito o implícito... ese componente retórico suele ir acompañado a su vez de una carga —más o menos intensa o poderosa— de argumentación. El aspecto argumentativo se da dentro del componente retórico del lenguaje, del discurso” (Robles, 2019: 91).

<sup>5</sup> “Denominamos «discurso jurídico» en sentido estricto a un acto o conjunto de actos comunicacionales realizado por un jurista, ya sea en forma oral o escrita, dirigido a un auditorio cualquiera (formado por juristas o no) y cuyo contenido es un mensaje o varios mensajes relacionados con un ordenamiento jurídico o con diversos ordenamientos jurídicos. En un sentido más amplio puede denominarse «discurso jurídico» a todo discurso que tenga que ver con el Derecho, independientemente de que quien lo dé sea o no jurista” (Robles, 2019: 43).

acompaña las pretensiones arquitectónicas del fenómeno constitucional, permitiendo el despliegue hacia el mundo jurídico de los contenidos sociales preponderantes en cada formación histórico-cultural concreta, favoreciendo la circulación de significados trascendentes dentro del conjunto de estructuras sociales. Los referidos a la reproducción del esquema básico del poder público se muestran como el núcleo de este proceso.

El ámbito jurídico constitucional aparece como uno de los más abarcan-tes y múltiples; su naturaleza primaria respecto a la totalidad del sistema jurídico brinda a las formas discursivas que lo sostienen, características singulares. La permanente expansión del ámbito jurídico constitucional hacia nuevas esferas de la realidad está sustentada en una lógica inflacionaria de lo público, lo que convierte en objetos retóricos a cada vez más elementos de disímiles naturalezas, los que son instrumentalizados a través de estas manifestaciones discursivas de lo constitucional.

Al estar el discurso del ámbito jurídico constitucional orientado primordialmente al proceso de institucionalización jurídica del poder político, toma como fuente primordial al texto ordinamental constitucional, para así respaldar eficazmente su pretensión cohesiva respecto al conjunto social. Esto le brinda caracteres que se encuentran a mitad de camino entre lo político y lo estrictamente jurídico, siempre enmarcado dentro de los límites impuestos por el constitucionalismo como matriz filosófica y teórica contemporánea, siendo una de las manifestaciones del derecho que mayor susceptibilidad posee respecto a los cambios culturales operados históricamente.

La preponderancia de los elementos jurídicos o políticos dentro de las modalidades del discurso constitucional están marcadas por la disyunción constituyente-constitutiva del fenómeno constitucional. El discurso constituyente y de la decisión constituyente es el característico del momento constituyente del ciclo constitucional, y es el que muestra una mayor presencia de características del discurso político. Por su parte, el discurso propiamente constitucional es aquel que está orientado a garantizar la reproducción del ámbito jurídico constitucional y se comporta como un discurso jurídico orientado a resolver los problemas de naturaleza constitucional, y manifiesta las características típicas de lo reconocido por algunos autores como discurso del derecho.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> El discurso del derecho, según Gilberto Giménez, "...tiene un carácter esencialmente normativo y manifiesta propiedades performativas, es decir, comporta en su misma

### III. EL DISCURSO CONSTITUYENTE

El discurso constituyente tiene como referencia la esfera del poder en un sentido prioritariamente programático, al estar orientado a la configuración de una situación de dominio de éste por parte de algún grupo o clase, siempre presentado como representante ideal de los intereses del conjunto de la sociedad. Al ser la modalidad discursiva que vehiculiza la lucha política dentro del proceso constituyente, fundante para la institucionalización de los modelos políticos específicos, hace que mantenga muchos de los rasgos del discurso político, pero que muestra ya en sus argumentos, elementos propios de la racionalidad jurídica característica del espacio público moderno. Es por esto que se concibe como un discurso típicamente prenormativo.

El discurso constituyente es una de las principales formas de expresión del poder constituyente, en tanto potestad y voluntad soberana, primaria y directa del pueblo de dictar la Constitución como texto contentivo de las normas supremas que estructuran la organización política y jurídica de la sociedad, además de garantizar las facultades, prerrogativas y derechos inherentes de los ciudadanos.

Es la tipología discursiva por excelencia en las asambleas constituyentes y en los procesos de reforma de la norma constitucional. Es predominantemente deliberativo<sup>7</sup> al estar orientado a lograr un acuerdo sobre el contenido y alcance del texto constitucional en el marco de la pluralidad y conflictividad características del proceso constituyente.

Para aprobar y promulgar una constitución democrática se precisa que antes se produzca un debate entre representantes de las diversas fuerzas políticas existentes en la sociedad, e incluso entre los medios de comunicación y también de los simples ciudadanos... El conjunto de actos comunicacionales que tienen lugar durante el proceso constituyente conforma el discurso o discursos pre-normativos, que en este caso serán pre-constitucionales (Robles, 2019: 115).

---

enunciación una virtud operativa intrínseca que instaura e impone modelos de comportamiento, produce realidades nuevas o modifica las situaciones existentes... no es meramente constatativo, descriptivo o valorativo, sino un discurso operativo, un discurso-acción” (Giménez, 1981: 71).

<sup>7</sup> Esto no excluye la presencia de otros géneros retóricos en el discurso constituyente, aunque el deliberativo siempre será el predominante.

Lo anterior determina la preponderancia en él de contenidos de naturaleza axiológica, que permiten la instauración de objetivos tenidos como valiosos para la convivencia social. Esta arista proyectiva, donde se fijan los valores constitutivos del conjunto de sujetos e instituciones del espacio político en función de fines explicitados, se ve atemperada por una arista estratégica orientada a la ponderación de los medios adecuados a su realización. La historicidad es una marca de esta tipología retórica constitucional, donde lo contextual sobredetermina la eficacia última del sistema de aparatos, mecanismos y procedimientos propios del ámbito jurídico constitucional.

La función argumentativa ocupa un lugar determinante en las dinámicas discursivas del ámbito jurídico constitucional, al permitir la esquematización del deber ser político-jurídico, brindando los elementos necesarios a la conformación del consenso sobre la base del despliegue retórico de los argumentos. Esta función facilita la reducción de los niveles de conflictividad política, lo que permite el despliegue del marco institucional propuesto y brinda los presupuestos iniciales para la consecución de la necesaria obediencia al poder.

Esta función argumentativa del discurso constituyente se despliega a partir de la intención propiamente retórica del sujeto enunciador de incidir en la situación política en que está inmerso, mediante la socialización de un esquema o modelo de la realidad de fuerte carga ideológica, buscando la adhesión de los receptores del mensaje. Marca especialmente su eficacia del discurso al permitir la conformación de una relación de corte hegemónico sobre la base del surgimiento de conductas y acciones solidarias en torno a los contenidos discursivos en cuestión, gracias a la socialización de las representaciones del mundo que subyacen en él. Para esto se debe partir del abordaje de un amplio espectro de temáticas relacionadas con el contexto del proceso constituyente, que condicionan los posicionamientos de los deliberantes y que son parte esencial del conjunto de argumentos esgrimidos.

La racionalidad de la argumentación del discurso constituyente se configura como modo o tipología de acción comunicativa que busca o construye una representación de la realidad que sea aceptada por el auditorio, lo que permite alcanzar las conclusiones admisibles, indispensables para el consenso (Vignaux, 1978: 82). Esta tipología de acción comunicativa específica busca formalizar en su cuerpo ciertas proposiciones, a través de

un proceso de generalización de las mismas, después de presentarlas como evidencias. Esto va más allá de la generación de adhesión intelectual, y desemboca en la incitación o la creación de una predisposición psicológica favorable, potencialmente eficaz a la práctica política y a la adhesión de las decisiones estratégicas que surjan del proceso.

Los mecanismos de identificación ideológica son fundamentales en este proceso para inducir la sensación de verosimilitud de los contenidos emitidos. A su vez, la constitucionalización de los contenidos ideológicos de las diversas tendencias políticas pasa un arduo proceso de objetivización dialógica gracias a lo intenso del debate constituyente. La hermenéutica está presente en todo este proceso dialéctico operado por los discursos constituyentes en el seno de la asamblea, y también más allá, en todo el entorno político que le rodea.

Es en el discurso constituyente donde se despliega de una manera más evidente la correlación entre el razonamiento (*logos*), los contenidos éticos (*ethos*), y los elementos emotivos del discurso (*pathos*). Estos elementos tradicionales de la retórica determinan su eficacia comunicativa en la medida en que se logra su armonización (Robles, 2019: 28-30).

Respecto al razonamiento en el discurso constituyente, es evidente la imposibilidad de seguir criterios apodícticos, y es inevitable de manejarse en el horizonte de la lógica práctica.

Las soluciones a un problema suelen ser varias. En ella nos situamos en el terreno de lo razonable... podemos hablar de una verdadera “lógica de lo razonable”, o bien de una “lógica práctica”... Este razonar con “razones humanas” no conduce a soluciones exactas, apodícticas y ciertas, sino que conduce a soluciones “razonables”. Lo razonable es lo aceptable, lo bueno, lo justo, lo adecuado a la situación... Esas razones o argumentaciones tienen peso diferente y dependen de la mentalidad del grupo social. Las razones o argumentaciones que prosperan son aquellas a las que el grupo o sus representantes llegan, aquellas sobre las que hay “acuerdo”. El acuerdo o consenso de los miembros del grupo determina la aceptabilidad de la solución propuesta (Robles, 2019: 28-29).

En el elemento ético tiene un peso primordial la moral positiva preponderante en la sociedad, la cual permite encontrar los puntos intermedios entre las posiciones éticas de los diferentes grupos de individuos que intervienen en el debate. Por su parte, el *pathos* es fundamental en el arte

retórico desplegado por los diversos oradores, y modula muchas veces la eficacia de los otros parámetros del discurso, en la búsqueda de aceptabilidad de los puntos de vista esgrimidos (Robles, 2019: 30-32).

La asunción de los discursos constituyentes como textos permite la comprensión de éstos como paso crítico fundamental para la adopción de la decisión constituyente, además de ser un eslabón clave en la conformación de las correlaciones de fuerza entre las posiciones políticas manifiestas que se encuentran en lucha. Este trasiego comunicativo y perpetuo proceso hermenéutico de construcción de significados se proyecta a todo el ciclo constitucional, donde el sentido aportado en el proceso constituyente posee un valor de referente legitimatorio y marco general de validez de las diversas decisiones constitucionales y políticas.

#### IV. EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

El discurso constitucional es una estructura enunciativa formal que organiza contenidos materiales, dentro de los cuales los normativos ocupan un lugar central, por lo que su carácter es eminentemente preceptivo, y sirve de medio de enunciación a todo orden jurídico y político.

El discurso constitucional es elaborado siempre en referencia a la norma constitucional, por lo que los procesos de interpretación de ésta se convierten en mediación indispensable para su articulación y análisis. Juega un papel fundamental en la construcción de la norma constitucional, al ser el encadenamiento de argumentos del mismo el que dota de sentido a este proceso hermenéutico que se despliega a partir del texto bruto que es la Constitución. Permite, a su vez, la articulación normativa del sistema jurídico desde los estratos profundos del conflicto social, a partir de la relación de continuidad y complementariedad existente entre el discurso constitucional, el conjunto de discursos sociales y el discurso político.

Todo lo que se genera en un ámbito jurídico adquiere carácter jurídico por su relación hermenéutica con el eje hermenéutico básico: ordenamiento-sistema. Esto nos lleva a la conclusión de que la retórica argumentativa se apoya en, y se mueve entre, los textos ordinamentales y sistémicos escritos. Por tanto, la argumentación jurídica necesita en todo momento referirse a los textos jurídicos escritos del ordenamiento y del sistema (Robles, 2019: 106).

El concebir como discurso constitucional a aquel que está orientado a garantizar la reproducción del ámbito jurídico constitucional y que se comporta como un discurso jurídico orientado a resolver los problemas de naturaleza constitucional, implica que en esta modalidad se puedan expresar otras tipologías discursivas jurídicas siempre que cumplan con este requisito esencial de que la *questio* esté enmarcada en el ámbito jurídico constitucional. Así es que podemos encontrar discursos constitucionales que expresen decisiones legislativas, de gobierno y de las administraciones públicas, típicos de la jurisdicción constitucional, especialmente los que expresan decisiones productoras de textos ordinamentales u otros.

Un caso singular es el discurso constitucional de naturaleza doctrinal, propio de los juristas teóricos generadores de sistema, tanto del didáctico-expositivo como del sistema jurídico estricto. El constitucionalismo es el contenido por excelencia de esta modalidad de discurso constitucional. Como una de las formas teóricas prototípicas de la modernidad, contiene en sus diversas configuraciones el conjunto de modelos posibles de lo público.<sup>8</sup> Actúa como un referente prenормativo inmediato en los procesos constituyentes, y como forma ideológica mediadora por excelencia entre el texto constitucional ordinamental y el conjunto de circunstancias de su aplicación (Robles, 2019: 43-44).

Cada expresión concreta del discurso constitucional es un momento en la construcción permanente de lo público a través de la reconstitución recurrente de la estructura del poder. La dinámica de circulación comunicativa de los insumos discursivos para el consenso social se muestra como un mecanismo que permite la funcionabilidad del conjunto institucional. En su base se encuentra la lógica argumentativa del lenguaje cotidiano, que se abre paso a través de la formalización del lenguaje de los profesionales del derecho, lo que permite dar cuenta de la complejidad de los elementos que refleja esta modalidad discursiva. Una muestra de esto es precisamente la creciente indeterminación semántica que afecta a los contenidos jurídicos en la medida en que se asciende en la jerarquía normativa, fenómeno que

---

<sup>8</sup> Su papel en la conformación de las identidades políticas modernas va a la par de su capacidad de virtualizar el proceso de estructuración del Estado-nación, y de brindar sustento legitimador a la proyección institucional del conjunto de comunidades políticas que lo acompañan. En el constitucionalismo se expresan de forma permanente la tensión del conflicto político, lo que se traduce en su naturaleza contradictoria y eventual, siendo cada una de sus manifestaciones concretas un momento transitorio de la correlación de fuerzas existente dentro del conjunto de actores políticos principales.

afecta especialmente al ámbito constitucional. Esto resalta la naturaleza retórica del mismo, al verse siempre determinado por el propósito de influir sobre el criterio colectivo respecto a la cualificación y resolución de circunstancias conflictivas, aunque mantenga una alta pretensión de logicidad formal.

Es en el discurso constitucional donde se expresa el momento de la decisión constitucional; en los de reforma y mutación de los contenidos constitucionales se verifica el cierre del proceso de construcción de sentido del fenómeno constitucional, que se inicia en el proceso de creación constituyente del texto ordinamental constitucional. Esta dialéctica de los contenidos discursivos es propia del ciclo general de racionalización de los diversos contenidos jurídicos y políticos en el derecho constitucional.

#### V. IDEOLOGÍA Y ARGUMENTACIÓN EN EL DISCURSO DEL ÁMBITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

La prioridad que alcanzan en la TCD las mediaciones comunicativas en el conjunto de procesos característicos de los diversos ámbitos jurídicos se confirma por el evidente contenido ideológico presente en las modalidades discursivas propias del ámbito jurídico constitucional, que a la vez se expresa en la alta carga argumentativa implícita en ellas.

...en el Derecho, las diversas modalidades discursivas poseen un fuerte componente retórico y, por tanto, argumentativo. Esta característica se ha acentuado en el Derecho contemporáneo. Si en el pasado una autoridad podía ordenar algo sin necesidad de razonarlo, hoy el mandato sin razonamiento explícito, el mandato sin más, no se admite en la generalidad de las situaciones. Hay, sin duda, excepciones, pero el supuesto normal es que quien emite un mandato ha de hacer explícitas las razones que lo avalan. Y lo mismo sucede con el discurso de quien acusa, o defiende, de quien ruega o solicita, de quien enjuicia y sentencia (Robles, 2019: 91).

La argumentación en el discurso del ámbito jurídico constitucional juega un papel fundamental en la comprensión, por parte del auditorio, del conjunto de propuestas discursivas a partir de la presentación de los argumentos mediante los cuales se esquematizan los datos y circunstancias de que se parte, siguiendo siempre una matriz ideológica, que en el caso



del discurso constitucional es la que se sostiene por los presupuestos presentes en el texto ordinamental constitucional o en el constitucionalismo imperante.<sup>9</sup>

Las actuales teorías de la argumentación se centran mayoritariamente en el contenido de las premisas argumentativas del discurso jurídico, moviéndose entre la descripción del proceso de enunciación y el estudio de las determinantes genéticas y situacionales del mismo. Ejemplo de lo anterior es la obra de Chaim Perelman, quien asume que la argumentación jurídica se dedica a persuadir a las audiencias de los procesos judiciales mediante un enfoque no formal de la retórica, donde se condicionan los criterios valorativos al conjunto de las relaciones sociales históricas (Perelman, 1989).

Otro ejemplo es Stephen Edelston Toulmin, quien explicó el proceso de argumentación jurídica desde el punto de vista lógico estructural del texto argumentativo, diferente al discurso, orientado al enfrentamiento de puntos de vista adversos (Toulmin, 2007).

En *La tópica jurídica*, por su parte, Theodor Viehweg se centró en el estudio de las reglas de la inferencia en el debate jurisdiccional y la dialéctica parlamentaria como técnica de justificación racionalizada de decisiones que han sido realizadas de forma irracional (Viehwieg, 1991).

El enfoque sobre la argumentación jurídica formulado por el profesor Gilberto Giménez parte de un posicionamiento crítico respecto a estas teorías, señalando la presencia de contenidos jurídicos en momentos prelegislativos, dando una importancia fundamental a las características del debate socio-político que le sirve de contexto (Giménez, 1981).

Gregorio Robles, en sintonía con lo que plantea Giménez, señala como límite de las teorías de la argumentación contemporáneas un desmedido afán logicista que desconoce la naturaleza retórica de los diversos procesos comunicacionales característicos del derecho.

---

<sup>9</sup> “Argumentar es dar razones, ofrecer en el discurso puntos de apoyo para que el auditorio se convenza de la «corrección» de lo que el hablante defiende o propone. Argumentar es razonar, y también fundamentar, justificar, y motivar... Argumentar es dar razones (argumentos) en favor o en contra de una opinión, de una doctrina, de una acción, de una decisión, etc. A nosotros, en el Derecho, nos interesa fundamentalmente la argumentación que concluye en una decisión. También en una acción, pero teniendo en cuenta que a la acción por lo general le precede una decisión, basta para nuestro propósito que nos centremos en la argumentación que conduce a la toma de decisiones” (Robles, 2019: 83-86).

La Lógica no se fija en el aspecto material sino en el aspecto formal del razonamiento. Por eso a la Lógica se la suele llamar también Lógica formal. La Argumentación, por el contrario, se fija en los aspectos materiales, de contenido, del lenguaje... La Argumentación no maneja fundamentalmente verdades, sino juicios de valor, apreciaciones, respecto de que una cosa es buena y otra mala, que es mejor aquello que esto. Sin duda, en la vida diaria nos manejamos con argumentos continuamente, así es y así debe ser. Otra cosa es que los argumentos sean o no convincentes. La argumentación trata de probar que lo que se dice al argumentar es “correcto”. Este “correcto” es, sin embargo, diferente al “correcto” de la Lógica. En la Argumentación se trata de un correcto material o valorativo. Los argumentos que se esgrimen tienen una fuerza mayor o menor, dependiendo de los contextos en que se usen (Robles, 2019: 87).

La argumentación en los procesos discursivos característicos del ámbito jurídico constitucional se muestra con frecuencia como un medio por el cual los individuos protegen sus creencias o propios intereses, por lo que su función ideológica se hace evidente. Esta estrategia argumentativa se preocupa principalmente de llegar a conclusiones partiendo de los argumentos esgrimidos en el debate y la negociación, donde el sujeto enunciator, con la intención de incidir sobre la situación en la que está inmerso, socializa el modelo normativo presente en el texto constitucional o subyacente en el constitucionalismo.

La aceptación de los argumentos de la estrategia argumentativa representa la adhesión del receptor a las opiniones del enunciator, que en ese momento se configuran en dominantes. Al aceptar un argumento, el receptor se solidariza también con su ideología latente, y con esto se logra la inferencia ideológica de una conclusión, y también de las representaciones del mundo que están en la raíz de esta inferencia.<sup>10</sup> La argumentación presente en el discurso del ámbito jurídico constitucional despliega una racionalidad del sentido común que permite llegar a conclusiones aceptables y, por ende, construir consensos por mediación de la adhesión a los contenidos enarbolados (Vignaux, 1978: 72).

---

<sup>10</sup> “Los contextos hermenéuticos afectan directamente a la actividad retórica y, por consiguiente, a la argumentación. Un orador sólo podrá convencer a su auditorio, o al menos a parte del mismo, si conoce bien la situación en la que se encuentran los componentes de dicho auditorio, así como el contexto en el que esos componentes están insertos” (Robles, 2019: 105).

... la diversidad argumentativa, que depende de espacios culturales, los cuales, a su vez, no son estáticos, sino que se transforman con el transcurso del tiempo. La argumentación está vinculada a los modos de pensar en la vida cotidiana. Todo el mundo argumenta. Para argumentar no se precisa haber estudiado Teoría de la Argumentación; ésta sirve, más que nada, para hacer consciente, a quien la estudia, de cómo argumenta la gente. La argumentación es una práctica social que, como toda práctica social, es producto de la mentalidad social o, por mejor decir, de las mentalidades que se dan en un momento determinado dentro de un grupo social (Robles, 2019: 97).

Las diversas estrategias discursivas presentes en el ámbito jurídico constitucional son expresión de la dinámica operada en las comunidades ideológicas, que se proyectan a través de los diversos aparatos ideológicos.<sup>11</sup> Son los valores compartidos los que permiten la conformación de sistemas de identificación colectivos que se encuentran en la base de la comunidad política. Los valores constitucionales se muestran como elementos fundamentales en este proceso de unificación de las diversas manifestaciones culturales en una cultura jurídica y política propia de la identidad nacional. Su eficacia se expresa en los grados de hegemonía y cohesión social.

Los valores constitucionales, además de diversas tradiciones y concepciones propias del constitucionalismo, funcionan como principios unificadores de las diferentes interpelaciones que se verifican en los discursos del ámbito jurídico constitucional. La existencia de reglas operativas, a la par de dispositivos mayormente estandarizados, permite el acuerdo de actuación dentro de la matriz ideológica que envuelve el marco del actuar constitucional. Es la habilidad de integrar discursivamente, con niveles crecientes de estructuración de estas interpelaciones y de elementos de diferente alcance y naturaleza, lo que señala un dominio de este marco operativo comunicacional como condición que afecta el logro de grados de hegemonía por cada uno de los actores en el ámbito jurídico constitucional.

Los discursos del ámbito jurídico constitucional participan de los tres modos fundamentales de interpelación ideológica, identificados por Göran Therbor, mediante los cuales se somete y cualifica a los sujetos:

---

<sup>11</sup> “En la actual sociedad los argumentos que tienen mayor fuerza —no argumentativa, sino social— son los que proceden de «lo políticamente correcto». Con esta expresión se alude a una ideología de contornos bastante bien definidos y cuya implantación social es evidente. En los distintos estratos sociales domina una mentalidad que imbuye todo tipo (o casi todo tipo) de argumentaciones” (Robles, 2019: 97-98).

1. Lo que existe o no existe (¿quiénes somos, qué es el mundo y cómo son la naturaleza, la sociedad, los hombres y las mujeres?). A través de este proceso se adquiere un sentido de identidad, y se construye una conciencia sobre lo que es verdadero y cierto, con lo que la visión del mundo queda estructurada. 2. Lo que es bueno (lo correcto, justo, hermoso, atractivo, agradable y todos sus contrarios). Esto permite la estructuración y normalización de los deseos. 3. Lo que es posible e imposible (la modelación del sentido de la mutabilidad de nuestro-ser-en-el-mundo y de las consecuencias del cambio). Esto es parte de la configuración de las esperanzas, ambiciones y temores humanos (Therbor, 2004: 25).

Estos discursos proyectan desde sus estrategias de argumentación estos tres modos de interpelación como elementos de las cadenas de significación del mensaje. Los elementos ideológicos son fundamentales en la fundamentación del orden constitucional y acompañan cada momento del desarrollo del ciclo constitucional.

En correspondencia con lo anterior, en el análisis del discurso del ámbito jurídico constitucional debe jugar un papel de gran importancia el principio nombrado por Gregorio Robles como “principio de relatividad” en el derecho, que señala las diferencias que caracterizan a cada ámbito jurídico específico teniendo en cuenta su dependencia al ordenamiento jurídico determinado y de las prácticas interpretativas y argumentativas vigentes en cada contexto, lo que está en consonancia con la dualidad hermenéutica ordenamiento-sistema.<sup>12</sup>

Una tarea insoslayable para el Derecho Comparado es precisamente la de desentrañar los caracteres comunes y las diferencias específicas existentes entre los diversos ámbitos jurídicos en todos los órdenes, y también en el

---

<sup>12</sup> El sistema jurídico es el texto global que “...refleja el ordenamiento de referencia pero al mismo tiempo lo completa y lo aclara mediante el método científico-jurídico o dogmático. Si en los procesos de comunicación del ordenamiento intervienen los operadores jurídicos de la más diversa especie, el sistema es obra de los juristas científicos o dogmáticos. La tarea de éstos consiste en presentar de manera sistemática, conceptualmente depurada y lo más completa posible la materia jurídica ordinamental. Ésta, por su propia índole, precisa para su cabal comprensión de un tratamiento interpretativo y sistematizador que permita presentar el ordenamiento en su forma más acabada y perfeccionada. Entre el ordenamiento y el sistema se produce un complejo de procesos comunicativos muy intensos, tanto más intensos cuanto más desarrollada se encuentre la dogmática en el país del que se trate y cuanto mayor sea el nivel de formación intelectual de los juristas prácticos” (Robles, 2009: 26).

asunto que nos ocupa: los rasgos comunes y las diferencias entre las técnicas interpretativas y las maneras de argumentar.

No sólo son diferentes los textos jurídicos que componen los distintos ordenamientos y, por tanto, los diferentes sistemas jurídicos que respectivamente los reflejan; también son diferentes los métodos de interpretación y de argumentación. Por este motivo, las teorías del método jurídico suelen adolecer de un cierto particularismo (Robles, 2019: 127).

Esclarecer las diversas estructuras y las dinámicas de construcción de sentido que se operan en el discurso del ámbito jurídico constitucional implica la consideración del peso de las ideologías dentro de las modalidades señaladas, es por eso que se deben tomar en cuenta las características del sistema de aparatos ideológicos y políticos que forman parte de la estructura y organización de este ámbito jurídico, marco institucional que sirve de referente contextual, y brinda inteligibilidad tanto al discurso constituyente como al constitucional.

Es la ciencia retórica la que brinda la oportunidad a la TCD de introducir una metodología que sistematice el conjunto de procedimientos y técnicas de la persuasión discursiva como finalidad comunicativa, especialmente con respecto a su dimensión formal en el plano lingüístico, semiótico y argumentativo, a la vez que dé cuenta del conjunto de determinaciones contextuales presentes en el ámbito jurídico constitucional.

## VI. REFERENCIAS

- CUBO MAYO, A. (2019). “El derecho como ciencia hermenéutica: la dimensión jurídica de la acción humana”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Núm. 25. Universidad de Extremadura.
- GIMÉNEZ, G. (1981). *Poder, Estado y discurso, perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. México: UNAM.
- PERELMAN, C. (1989). *La nueva retórica, tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.
- ROBLES, G. (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- ROBLES, G. (2019). *Retórica para juristas*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

THERBOR, G. (2004). *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Cuba: Editorial de Ciencias Sociales.

TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Península.

VIEHWIEG, T. (1991). *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa.

VIGNAUX, G. (1978). *La argumentación*. París: Librairie Droz.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Retos de la justicia constitucional en México

### *Challenges of constitutional justice in Mexico*

*Recepción:* 6 de enero de 2021

*Aceptación:* 23 de junio de 2021

Enrique RABELL GARCÍA\*

**RESUMEN:** El nuevo sexenio en México ha puesto a prueba el equilibrio de poderes. La justicia constitucional ha cobrado relevancia frente al dominio de un nuevo gobierno hegemónico. Desde la perspectiva del constitucionalismo débil, se plantea si el Poder Judicial y, en particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuenta con las instituciones adecuadas para cumplir con una justicia constitucional genuina. La hipótesis señala que, aunque existen instituciones de importancia, hay limitaciones relevantes que impiden una justicia plena. El método sigue la clasificación de funciones adjetiva y sustantiva, analizando los alcances de los diversos fallos judiciales. Se demuestran las limitaciones que existen y se proponen las vías para ampliar la justicia constitucional.

**Palabras clave:** Derecho constitucional, justicia constitucional, derechos humanos.

**ABSTRACT:** *The new six-year term in Mexico has tested again the balance of power. Constitutional justice acquired relevance in the face of the domination of a new hegemonic government. From the perspective of weak constitutionalism, it is asked whether the Judiciary and, in particular, the Supreme Court of Justice of the Nation, has the appropriate institutions to comply with a genuine constitutional justice. The hypothesis points out that, although there are important institutions, there are important limitations that prevent full justice. The method follows the classification of adjective and substantive functions, analyzing the scope of the various judicial decisions. It demonstrates the limitations that exist and proposes ways to expand constitutional justice.*

**Keywords:** *Constitutional Law, Constitutional Justice, Human Rights.*

---

\* Ph. D. in Public Affairs, Indiana University. PTC y Líder del CA en Constitucionalismo y Poder Público en México, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro. SNI I, Conacyt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3659-5363>; [enrbellga@gmail.com](mailto:enrbellga@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Parte adjetiva*. III. *La justicia constitucional*. IV. *El ámbito internacional*. V. *Justicia y democracia*. VI. *Los juicios constitucionales*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

La nueva realidad política en México ha vuelto a poner en la agenda la importancia y los retos de la justicia constitucional como mecanismo de equilibrio entre los poderes públicos, donde un partido, nuevamente, domina en forma hegemónica. Es así que el presente estudio tiene el objetivo de analizar la situación actual en materia de justicia constitucional, la administración judicial, así como los retos que enfrenta, mediante el estudio particular del Poder Judicial de la Federación.

Los antecedentes históricos de la justicia constitucional en México han sido destacados en el constitucionalismo. En el siglo XIX sobresale la incorporación del juicio de amparo en la Constitución de 1857, así como las épocas de José María Iglesias (1873) e Ignacio Luis Vallarta (1877) al frente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Molina y Cárdenas, 2007: 542-550). Posteriormente, la Constitución de 1917 incorpora los derechos sociales al ámbito de la ley fundamental. Además de los grandes avances en materia de amparo, así como su jurisprudencia, es hasta la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 que se da un gran paso para que la SCJN adquiriera el carácter de tribunal constitucional mediante la incorporación de los juicios de controversia constitucional y de inconstitucionalidad de las leyes. Asimismo, se modificó la integración del número de ministros de la Corte; se estableció el Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial Federal, y se reformaron el Ministerio Público y el Sistema Nacional de Seguridad (Carpizo, 1995: 808).

De gran trascendencia es la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en la cual se modificó el sistema penal escrito tradicional por el de juicio acusatorio adversarial, y se otorgó mayor énfasis a la protección de la víctima, la reparación del daño y la oralidad en los procedimientos y juicios. Se origina con ello la transformación de las procuradurías de justicia federal y estatales en fiscalías especializadas, así como la transformación de los juicios y juzgados penales. Y, por su enorme repercu-



sión al sistema constitucional y jurídico, la reforma del 10 de junio del 2011, en la cual se modificó el artículo 1o. de la Constitución, para reconocer los derechos humanos de ámbito nacional e internacional, siendo obligatoria para todas las autoridades su aplicación en forma directa.

A pesar de dichos avances, surgen como interrogantes si en la actualidad existen las normas e instituciones adecuadas, así como su aplicación efectiva, que permitan al Poder Judicial de la Federación desarrollar su tarea de impartición de justicia de acuerdo con las circunstancias políticas, económicas y sociales de estos días. Al efecto, la hipótesis del trabajo señala que existen ciertas instituciones, esto es, el alcance de la justicia constitucional por diversos mecanismos, que todavía limitan una función de control constitucional con mayor eficiencia y alcance.

En razón de la naturaleza del trabajo, que consiste en revisar el modelo de justicia y administración judicial desde lo teórico y empírico, uno de los principales retos del estudio consiste en el soporte teórico. Esto debido a que las distintas visiones teóricas clásicas abarcan desde aspectos de legitimidad de la justicia constitucional, en las cuales existe la tensión entre el concepto de supremacía constitucional y democracia, hasta las que se basan en las clasificaciones tradicionales de justicia basados en el poder u órgano encargado de la justicia, el proceso respectivo, el alcance de los fallos, la discrecionalidad o no en la tarea de interpretación, entre otras. Por lo tanto, y dado el propósito del ensayo, se utiliza inicialmente el marco teórico sobre el concepto clásico de Constitución rígida y, para efecto de los análisis y las conclusiones, se introducen las bases del tema de la legitimidad de la justicia constitucional, apoyándose en el concepto de “constitucionalismo débil” (Lopera, 2001: 254). Esto en razón de considerarse que debe existir al menos un coto o zona de derechos restringidos frente a las autoridades o congreso, ya que aunque existen opiniones respetables de que dicho congreso no debería tener límites (por ser la máxima expresión de soberanía popular), en las circunstancias políticas, económicas y culturales de muchos países en vías de desarrollo, la soberanía sin límites, se ha visto, es un conducto a la demagogia o autoritarismo.

Por lo tanto, se propone analizar las formas de justicia constitucional, considerando inicialmente las clasificaciones tradicionales a efecto de ubicar el modelo que sigue México, para proceder con el análisis clásico de funciones adjetivas, que corresponde a la parte orgánica y administrativa del Poder Judicial, la parte sustantiva, que cubre las competencias de este

Poder y los alcances de sus resoluciones, para llegar en las conclusiones a razonamientos integrales que busquen no sólo apreciar la situación actual, sino que permitan hacer propuestas que inciten a la reflexión para reforzar la justicia constitucional.

De esta forma, el ensayo se divide en la parte adjetiva, sustantiva y conclusiones. En la parte adjetiva, apartado segundo, se analiza la estructura orgánica del Poder Judicial, la independencia de los jueces y la eficiencia administrativa. La parte sustantiva, tercera, se integra por los apartados sobre justicia constitucional y el relativo al juicio de amparo y su alcance; la cuarta, sobre la dimensión internacional de la justicia en México; justicia y democracia es la quinta parte, relativa a la justicia electoral; la sexta, sobre los juicios constitucionales de la Suprema Corte, y la séptima sobre las conclusiones, donde se aprecian los avances y retos.

## II. PARTE ADJETIVA

### 1. *Estructura y administración del Poder Judicial Federal*

La Constitución establece que el Poder Judicial de la Federación se compone por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada por once ministros, y que labora en Pleno y en dos salas; un Tribunal Federal Electoral (integrado por una Sala Superior, con siete magistrados; cinco salas regionales, y una sala regional especializada, éstas con tres magistrados); tribunales colegiados de circuito, compuestos por tres magistrados, y tribunales de apelación, también con tres magistrados (antes unitarios de circuito), así como por juzgados de distrito, con un juez para cada juzgado. Aunque ésta es la estructura formal, con las recientes reformas penales se agregaron los “centros de justicia penal federal”, que son juzgados de distrito especializados en materia penal. Asimismo, se incluyen los “centros auxiliares”, que en realidad es un conjunto de juzgados de distrito, unitarios y colegiados (en distinto número según el caso), que tienen en común estar en una misma instalación física, y que su estadística y administración se lleva aparte de los demás. Asimismo, se agregan el Consejo de la Judicatura Federal y diversas dependencias auxiliares.

En relación con la administración del Poder Judicial de la Federación, le corresponde esta responsabilidad al Consejo de la Judicatura, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Consejo es un

órgano especializado del Poder Judicial que está representado por siete magistrados. Además del presidente de la Corte, tres consejeros son designados por el Pleno de la Corte de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos consejeros designados por el Senado, y uno por el presidente de la República. Todos los consejeros, a excepción del presidente, van a durar cinco años en su cargo y serán sustituidos de manera escalonada. El Consejo funciona en Pleno o en comisiones. Entre sus funciones destaca el nombramiento de todos los magistrados, jueces y servidores de este Poder, llevar la carrera judicial, lo relativo al presupuesto y su observancia, así como aspectos disciplinarios. En relación con el Tribunal Federal Electoral, al Consejo de la Judicatura le corresponde nombrar a los consejeros que formarán parte de la Comisión de Administración de este Tribunal. La administración de la SCJN corresponde al presidente de la Corte, quien tiene facultades disciplinarias; sin embargo, la única forma de remover a los ministros es a través de juicio político ante Congreso de la Unión, como mecanismo para fortalecer su independencia.

## *2. Independencia de los jueces*

Uno de los puntos torales para tener justicia y legitimidad en las resoluciones judiciales consiste en la independencia de los jueces, que consiste en diversos temas, como el nombramiento, emolumentos, carrera judicial y similares. En cuanto al nombramiento de la SCJN, el artículo 96 de nuestra carta magna señala que, para nombrar a los ministros de la Corte, el presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resuelve en ese plazo, ocupará el cargo de ministro la persona que en esa terna designe el presidente. En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna, el Ejecutivo someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que, dentro de dicha terna, designe el presidente.

En cuanto al Tribunal Electoral, la forma de designación de los magistrados de la Sala Superior y de las salas regionales corresponde al Senado, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, a

propuesta de la SCJN. Su duración es por nueve años en su cargo, y los magistrados deben cumplir los requisitos que establece la ley, los cuales no podrán ser menores a los de los ministros de la Suprema Corte. Respecto a los tribunales colegiados de circuito, unitarios de circuito, así como los juzgados de distrito, el nombramiento corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, donde se aplican las reglas de la carrera judicial profesional. Se aprecia una legitimidad importante al participar en forma activa los tres poderes en el nombramiento de los ministros de la Corte y el Tribunal Electoral.

Sin embargo, existe un debate acentuado en este tema, desde posiciones que señalan una máxima autonomía hasta el extremo de una democratización completa (vía electoral). Por ejemplo, Eliseo Aja (1998) hace referencia a la autonomía que debería existir y que se ve trastocada en razón de que el presidente es el único que presenta las ternas al Senado para la elección de los ministros de la Corte. Señala que desde que existe mayor democracia, en la práctica existe un sistema de cuotas o reparto de designación de funcionarios con base en la proporción aproximada de los partidos políticos en el Congreso. En otro sentido, el senador Manuel Barlett Díaz (2015) menciona la importancia de que sea vía electoral.

En particular, Jorge Carpizo (2008: 28) recopila diversas opiniones que presentan puntos intermedios entre las propuestas radicales, siendo éstas las siguientes:

- 1) Héctor Fix Zamudio opina que la designación continúe como facultad del presidente, pero haciendo que éste elija de ternas que le presenten los colegios de abogados, los miembros del Poder Judicial y las facultades y escuelas de derecho de la República.
- 2) Fernando Flores García piensa en la carrera judicial. Pero para los ministros de la Suprema Corte y altos magistrados, un jurado calificador podría examinar los méritos de los candidatos a esos cargos y fungir como asesor del presidente para que éste realice la designación.
- 3) Ignacio Burgoa considera que el secretario de gobernación debería solicitar a las agrupaciones profesionales de abogados, legalmente constituidas y registradas, la formulación de una lista que contenga los nombres de los juristas que consideran pueden ser nombrados ministros. Las listas se harían llegar al presidente para

que designe a quien considere prudente, pero dentro de esas listas, sometiéndolo a la consideración del Senado.

El debate entre mayor autonomía o mayor democracia por sí solo justifica un estudio aparte. Basta señalar en los extremos que una mayor democracia al Poder Judicial Federal equivale a trasladar los problemas que se están dando o existen hoy en día en la democracia al seno del Poder Judicial, y una autonomía absoluta corre el riesgo de crear una institución rígida con todos los problemas que de ello se derivan.

En cuanto al perfil de los ministros, Enrique Carpizo (2007: 186-188) señala que Pérez Tremps opina que los jueces constitucionales no son ni pueden ser seres políticamente asépticos; por el contrario, tienen que ser capaces de reflejar las diversas sensibilidades de la sociedad en la que se enmarcan porque sólo así su labor de interpretación constitucional será realmente útil y eficaz. Pero una cosa es el juez ideologizado y otra el juez sometido a la disciplina de tal o cual partido; el primero puede y debe seguir siendo independiente; el segundo, no.

Otro elemento clave es la temporalidad en la designación de las personas. Una renovación total (el caso, por ejemplo, de Ecuador) supone abrir largos periodos en los que todo el tribunal está “pendiente” de su renovación, con la natural disminución del ritmo de trabajo. Además, si la nueva designación trae un tribunal sin elementos personales de continuidad, dificultará el mantenimiento de líneas estables de jurisprudencia. Por lo tanto, parece preferible el sistema de renovaciones parciales, que además de fortalecer la independencia del órgano, favorece su estabilidad jurisprudencial; esta última es la situación en México.

La independencia también se consigue por medio de asegurar los emolumentos de los integrantes del Poder Judicial Federal. Al respecto, la Constitución, en su artículo 94, párrafo XIII, señala en forma textual: “La remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de circuito, los jueces de distrito y los consejeros de la Judicatura Federal, así como los magistrados electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo”. Es un aspecto de gran importancia y que ha servido para defender a estos integrantes del Poder Judicial de los intentos del partido en el poder por disminuir sus sueldos al inicio del presente sexenio presidencial. Además, el párrafo XIV, del mismo artículo, garantiza a los ministros de la Suprema Corte de Justicia que “al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro”. Además de estos asuntos

torales, varios tratadistas insisten en que la legitimidad de una Corte se gana por su congruencia y resolución de casos para aquellos grupos con mayores problemas (Carpizo, 2008: 28).

### 3. *Eficiencia administrativa del Poder Judicial de la Federación*

El estudio de los resultados administrativos del Poder Judicial sirve para conocer el estado de la justicia y los retos que existen. El Informe Anual de Labores de la SCJN (2019a), y las estadísticas del Consejo de la Judicatura (2020) se utilizan como soporte principal. En particular, la SCJN resolvió 7,025 asuntos: 429 en el Pleno, 3,161 en la Primera Sala y 3,435 en la Segunda Sala. En 2019 se recibieron 18,814 asuntos; esto representa que la Corte sólo pudo desahogar el 37% de casos aproximadamente.

#### INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS. ASUNTOS RESUELTOS 2019

<i>Asunto</i>	<i>Pleno</i>	<i>1a.</i>	<i>2a.</i>	<i>Total</i>
Recursos de reclamación	2	1,414	1,444	2,860
Amparos directos en revisión	2	734	519	1,255
Amparos en revisión	4	241	333	578
Contradicciones de tesis	36	172	242	450
Conflictos competenciales	0	95	295	390
Controversias constitucionales	114	107	76	297
Acciones de inconstitucionalidad	134	11	4	149
Amparos directos	0	9	18	27
<i>Total de asuntos</i>	<i>429</i>	<i>3,161</i>	<i>3,435</i>	<i>7,025</i>

FUENTE: SCJN (2019: XCVII).

NOTA: no aparecen todos los asuntos.

En cuanto al tipo de asuntos, por acciones de inconstitucionalidad y controversias se recibieron 510 (144 y 366, respectivamente) y fueron resueltos 346 (149 y 297, respectivamente), teniendo un 67% de cumplimiento desde esta perspectiva. En materia de amparo, se recibieron 9,289 amparos

directos en revisión, 1,154 amparos en revisión, 37 amparos directos y 13 apelaciones (10,493 en total). En cuanto a los asuntos resueltos, fueron 1,255 amparos directos en revisión, 578 amparos en revisión, 450 de contradicción de tesis y 2,860 sobre recurso de reclamación (5,143 en total). Aun agregando a esta última lista los conflictos de competencia resueltos (390), se aprecia también un rezago importante en cuanto a las labores en materia de amparo, ya que se cumple con la mitad en forma aproximada.

Por lo que se puede apreciar, es el amparo el tipo de asunto que más ventila la SCJN. El Pleno tiene mayor carga en los juicios constitucionales, y las salas tienen una carga de trabajo tanto en amparo como en juicios constitucionales.

#### 4. *Tribunales colegiados de circuito*

Los tribunales colegiados de circuito resuelven amparos directos y sus recursos. En relación con los amparos directos, éstos son tanto sobre juicios ordinarios federales como juicios definitivos en las entidades federativas. En forma lamentable, la estadística no distingue entre ambos casos. Los colegiados en el año estadístico 2019 (PJF, 2020) recibieron 442,224 asuntos y resolvieron 446,620. Sin embargo, al desglosar la estadística se encuentran como asuntos no resueltos la cifra de 84,536, representando el 19% aproximado de asuntos. Destaca la materia laboral con más asuntos (84,299 de ingreso), después la civil (59,405), la administrativa (42,711), y al final la penal (12,814).

Por lo que se refiere al recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en juzgados de distrito, tribunales unitarios o superior del tribunal responsable, también ocupan una carga importante. Ingresaron 60,124 en 2019, egresaron 59,514 y quedaron en existencia 9,667. Del total de 45,648 sentencias impugnadas, en el 62% aproximado de casos se confirma que el trabajo de los tribunales inferiores fue correcto.

El recurso de queja procede contra diversos actos de juzgados de distrito y otros tribunales. En esta ocasión, el 16% de casos quedaron sin resolver. Destacan 25,764 recursos infundados, demostrando que el 42% de las quejas no procedieron.

La *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (GSJF, 2018a: 2316) reproduce en la Tesis III.5o.A. que “por su parte, el recurso de revisión fiscal previsto en los artículos 104, fracción III, constitucional y

63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, es un medio extraordinario de defensa, cuyo objeto es el control de la legalidad de las resoluciones emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa". En este caso, los egresos en 28,434 fueron mayores a los ingresos de 25,699. Los recursos confirmados fueron aproximadamente el 36% de casos, siendo un porcentaje muy bajo para la eficiencia del Tribunal Administrativo.

### 5. *Tribunales unitarios de circuito*

Los tribunales unitarios de circuito, que ahora son tribunales de apelación, tienen la importante misión de revisar en última instancia los amparos indirectos frente a los actos no definitivos de juicios federales y de entidades y ejecutivas, además de revisar en segunda instancia los procesos federales ordinarios iniciados en juzgados de distrito y otras instancias de justicia federal. También resuelven los recursos de apelación, queja, conflictos de competencia y acumulación.

En cuanto al rendimiento global, los tribunales unitarios de circuito, durante 2019, recibieron 29,971 asuntos y resolvieron 30,648. En amparo indirecto ingresaron 4,790 expedientes, quedando 746 en rezago. De ellos, 1,643 fueron en el sentido de no amparar; por lo tanto, en el 34% de los casos, las autoridades recurridas por la vía de amparo estuvieron en lo correcto, representando un nivel muy bajo para dichas autoridades. En revisión de juicios ordinarios federales, en materia penal, respecto a los juicios en forma escrita, se recibieron 17,268 y se resolvieron 18,220, quedando 1,641 por resolver. En materia administrativa y civil, el ingreso anual fue de 7,351; se resolvieron 7,294 expedientes y quedaron 1,078 en existencia.

### 6. *Juzgados de distrito*

Los juzgados de distrito destacan por ser la primera instancia de revisión del amparo indirecto contra autoridades estatales y municipales, así como primera instancia en juicios del orden federal. En cuanto al rendimiento global, los juzgados recibieron 632,356 asuntos y resolvieron 630,209. Los amparos indirectos son su mayor carga de trabajo. Ingresaron 547,219 casos, egresaron 563,534, y quedaron en existencia final



92,492 expedientes (16% aproximado). Destaca que en 35,843 casos no se concedió el amparo, lo cual equivale a que en 6.5% de los casos, las autoridades impugnadas emitieron el acto conforme a derecho, y en el resto, la sentencia de amparo indirecto modificó el acto original. Esto denota un problema grave de “justicia” respecto a los niveles inferiores. De estos amparos, 128,619 fueron en materia penal; 173,725, administrativa; 103,646, civil, y 141,229 en materia de trabajo.

En cuanto a los juicios penales, ingresaron 320 casos nuevos, 1,588 fueron casos resueltos y en existencia quedaron 4,768. Estos son los últimos, ya que los nuevos juicios de amparo se ventilan en nuevos juzgados especializados. En materia administrativa, los ingresos fueron 111, egresaron 133 y quedaron 66 en existencia. Y en materia civil la existencia inicial fue de 18,255 e ingresaron 46,671. Los egresos fueron 48,816 y quedaron en existencia 18,721.

### *7. Centros de justicia penal federal*

Los centros de justicia penal son los órganos jurisdiccionales creados como consecuencia de la reforma constitucional para llevar los juicios orales adversariales, en los cuales hay diversos jueces de distrito, según la etapa procedimental. Respecto de 2019, estos nuevos juzgados llegaron a 41 centros de justicia, los cuales recibieron 52,930 asuntos; se resolvieron 26,042 (49.2% de efectividad) y quedaron en existencia final 39,278. Lo que demuestra que la “oralidad” por sí sola no va a resolver el problema de eficiencia, ni va a resultar en un mejor sistema penal en este sentido.

Sobresale que 2,715 casos fueron condenatorios, esto es, 59% de los casos resueltos terminaron en condena. Además, se aprecia que el dato de casos por solución de algún medio alternativo y que no llegan a sentencia fue de 267. Un número bajo que demuestra la poca práctica o fracaso por la gravedad de los delitos a tratar.

### *8. Centros auxiliares*

En la actualidad, existen 11 centros auxiliares, que ayudan a atenuar la carga de trabajo de 763 órganos federales. Estos centros se integran, dependiendo del caso, por una variedad de juzgados de distrito, así como

por tribunales colegiados e unitarios de circuito. Sus resultados siguen las mismas tendencias ya anotadas de los tribunales ya citados, por lo que este tipo de organización no tiene efecto alguno en cuanto a la eficiencia de la justicia.

### III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### 1. *El modelo de justicia constitucional*

En atención a las formas de justicia constitucional, en América Latina se han dado tres modelos: *a) tribunal constitucional*: en algunos casos se presenta un tribunal constitucional que ostenta su monopolio como órgano especializado fuera del Poder Judicial, como Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, Guatemala y Perú; *b) órgano especializado dentro del Poder Judicial*: se da el órgano especializado y se encuentra dentro del seno del Poder Judicial como una sala especial dentro de las supremas cortes; tal es el caso de El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay, Venezuela y Honduras, y *c) justicia constitucional a órganos judiciales no especializados*: la justicia constitucional se confunde o fusiona con la justicia ordinaria, concentrada en las supremas cortes de justicia, como es Argentina, Brasil, Panamá, República Dominicana y Uruguay. En México es éste el caso, en donde la SCJN es última instancia en amparo, pero única instancia en los juicios constitucionales.

El juicio de amparo representa una de las instituciones históricas que más ha aportado a la defensa de los gobernados. En ese orden de ideas, Domingo García (2002: 376-378) señala que este instituto, que ha tenido un desarrollo y expansión vertiginoso, cubre varios campos de aplicación, y uno de ellos es lo que un sector de la doctrina llama “amparo de la libertad”, esto es, amparo para proteger la libertad corporal o ambulatoria, con lo cual resulta que el *habeas corpus* no existe en México en cuanto tal, pero se encuentra subsumido dentro del amparo. Al respecto, existen diversos tipos de amparo, regulados por la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución, mejor conocida como “Ley de Amparo”; estos amparos son: administrativo, agrario, civil, familiar, contra normas generales, competencia económica, fiscal, laboral y penal. En cuanto a los medios de impugnación, las sentencias de amparo son recurribles. La Ley de Amparo de 1936 incluía los siguientes: revisión, queja y reclamación.

La Ley de 2013, en su artículo 80, incluye además el de inconformidad (Ovalle, 2017: 450).

Pese a su amplia protección, el amparo presenta varios retos. Un aspecto se refiere a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Esto es, cuando la Constitución prescribe el ejercicio obligatorio de una potestad jurídica de legislar y el órgano legislativo presenta una conducta omisiva, se conoce como omisión legislativa inconstitucional. Sobre este punto (Velázquez *et al.*, 2019: 301-303), han existido criterios encontrados de ambas salas de la SCJN en cuanto a su procedencia o no. Sin embargo, el 10 de junio de 2019 el Pleno de la SCJN (2019b), al analizar las contradicciones de tesis, determinó que el juicio de amparo indirecto procede contra omisiones legislativas cuando exista un mandato constitucional que establezca en forma precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida. Aunque es un avance en materia de justicia, la institución se encuentra incompleta, ya que no está prevista la forma de subsanar si la omisión persiste al seno del Poder Legislativo.

Otro reto se relaciona con el aspecto de beneficiar sólo al quejoso, y al monopolio en la creación de la jurisprudencia. Laura Márquez Martínez (2017: 138-139) señala que

...la realidad no es como lo pensaron los creadores primigenios del amparo, sino que dicha estructura muestra diversos problemas; en este caso se tratará el que consiste en que la figura triangular que en teoría deberían de seguir los procesos jurisdiccionales en cuanto a medios de impugnación y presentación de juicios de amparo de manera extraordinaria. Mientras que el ideal estaba pensado para que la cantidad de asuntos se disminuyeran considerablemente (imaginemos que de manera triangular) al pasar de primera a segunda instancia, de manera extraordinaria a los tribunales y que únicamente los asuntos trascendentes llegaran a la Suprema Corte, lo cierto es que llegan demasiados, con ello, más que una disminución “triangular” a manera de embudo, pareciera un trapecio que dificulta la eficiencia, eficacia y calidad de la impartición de justicia como se ilustra a continuación: la regulación del amparo está profundamente condicionada por sus antecedentes históricos, en particular, por haber funcionado como mecanismo de supervisión del cumplimiento de la legalidad ordinaria y por haberse desarrollado en un tiempo en que la Constitución no era entendida como norma directamente aplicable, en consecuencia, las pautas que articulan su mecánica histórica son ajenas a los presupuestos del constitucionalismo contemporáneo y, más

aún, son incompatibles con el sistema de control difuso que se pretende que exista en el país.

Otra problemática consiste en la relación entre la justicia federal frente a la justicia de las entidades federativas, en razón de que toda la justicia de las entidades es revisable vía amparo. Ante esta problemática, Juan Manuel Acuña (2015) propone que “en un sistema federal, el recurso de justicia federal debería proceder ante violaciones directas a la Constitución federal, pues, por principio, la justicia federal tiene competencia sobre dicho ámbito. A partir del desarrollo de la justicia constitucional local, la articulación entre ambas jurisdicciones se desarrolla en nuevos escenarios”. Este problema remite a la cuestión de qué debe considerarse una violación directa a la Constitución.

Otra más se relaciona con la posibilidad de contemplar derechos que sean reconocidos en tratados internacionales cuya naturaleza no sea de carácter “protector de derechos humanos”. Al respecto, Alonso Herrera (2015: 179) opina que “no está claro si podrían resultar amparables derechos de una fuente «especial» simplemente por perseguir el tratado que los recoge propósitos de tipo económico, fiscal, o de otra índole (piénsese en el ejemplo, ya clásico, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”.

Destaca la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 (SCJN, 2019c), en la cual se introduce la figura de la “declaratoria general de inconstitucionalidad”, por medio del juicio de amparo indirecto contra leyes y con efectos generales. Sin embargo, a la fecha sólo ha tenido una declaratoria general; esto en razón del proceso que incluye jurisprudencia por reiteración, notificación al Poder Legislativo, y en caso de omisión, con el voto de 8 ministros se procede a la declaratoria.

## 2. Alcance fallos, interpretación

En la función clásica judicial o de tradición romano-española, el juez aplica el derecho al caso en particular. Sin embargo, los tribunales supremos deben contar con una competencia más amplia para poder interpretar el texto constitucional. Esta delicada función de interpretación constitucional debe ir en un sano equilibrio entre superar la aplicación del derecho tradicional y no abusar con una interpretación que lesione la legitimidad.

En México, la interpretación amplia por parte de la Suprema Corte de Justicia y los tribunales colegiados se ha dado desde la resolución de los juicios de amparo, con fundamento en la Constitución que establece la competencia para crear jurisprudencia. En cuanto a este alcance, Enrique Carpizo señala que “los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales, por lo regular, establecen principios y valores de gran abstracción. Esta característica de las constituciones modernas implica un amplio margen de acción para el intérprete”. Por lo tanto, de lo recién citado se colige que la puerta queda demasiado abierta para el intérprete judicial en turno, con lo cual se forma el primer atisbo de arbitrariedad que se podría configurar, desde la perspectiva de Pérez Tremps, por las siguientes vías: *a*) que al determinar el contenido protegido por los derechos, el intérprete pretenda introducir cualquier tipo de pretensión generando una seria devaluación de los derechos fundamentales, y *b*) que el intérprete caiga en la tentación de ser quien define el contenido de los derechos conforme a su propia discrecionalidad (Carpizo, E., 2017: 178).

En cuanto a la idea de limitar o mantener la función de los jueces constitucionales lo más pulcra posible, en términos de no exceder los alcances de la facultad depositada en ellos, Fernanda Palma (2015: 738) sugiere que “solamente con un método interpretativo riguroso y controlado es posible limitar la invasión de los tribunales constitucionales a la esfera legislativa e impedir la actividad judicativa de tornarse un contrapoder legislativo”. Si bien la idea es contar con un método o fórmula para evitar estos problemas, el inconveniente consiste en el desarrollo de dicho método o reglas de interpretación, que no vaya a ocasionar una rigidez que impida un sano desarrollo de las cortes constitucionales.

En este tenor, destacan las normas contenidas en la Ley de Amparo en los numerales 215 a 230, además del Acuerdo General 17/2019 de la propia Corte, relativas a la obligatoriedad de la jurisprudencia para todos los poderes judiciales; el formato que deben presentar; el contenido del problema a tratar, tipo de jurisprudencia, forma de redacción, contenido relevante y novedoso, y no haber contradicciones; los requisitos de elaboración de los precedentes, y el procedimiento de formulación de los proyectos de tesis.

A pesar de la importancia de esta positivización, no se establece ninguna norma o criterio sobre la competencia o capacidad para el uso, modi-

ficación o innovación en cuanto a las técnicas o formas de interpretar la Constitución y el orden jurídico. En este punto, Quiroz Acosta (1998: 320) destaca la importancia de dicha flexibilidad, señalando que

...el grado de complejidad que presentará la jurisprudencia, en cuyo sentido amplio designa las decisiones emanadas de los órganos judiciales, estriba en su posibilidad de organizar y sistematizar el material jurídico, así como reconocer y establecer determinadas reglas de interpretación, con la finalidad de unificar criterios y evitar la contradicción de tesis; de manera tal que se logren analizar y precisar el derecho aplicable a la problemática jurídica planteada.

En el caso propio de la SCJN, destacan como nuevas técnicas, fruto de los tratados internacionales y de la reforma al artículo 1o. constitucional de 2011, el método de ponderación y test de proporcionalidad, la interpretación conforme y el principio pro persona, entre otros (*GSJF*, 2014-2019a), relacionadas con los fallos sobre matrimonios igualitarios (Tesis 1a/J 43, 2015), uso lúdico de la mariguana (Tesis 1a/J 10, 2019), así como guarda y custodia provisional de menores (Tesis 1a/J 52, 2014).

Sin embargo, a pesar de la importancia de esta libertad de las cortes constitucionales, existen también autores que consideran que son necesarios ciertos lineamientos más puntuales para evitar arbitrariedades o abusos, como lo sostiene Walter Arellano (2002: 29). Indudablemente, el tema de la libertad para emitir sus fallos, así como el ritmo o frecuencia de sentencias innovadoras, divide las opiniones para considerar el desempeño justo y legítimo de la Corte (Flores, 2018: 9).

### 3. *Control difuso y relación entre ordinaria y constitucional*

En México, el control difuso siempre existió en el texto constitucional desde la Constitución de 1824, el cual sobrevivió en el vigente artículo 133 constitucional, el cual establece la obligación a todos los jueces de aplicar la Constitución. Sin embargo, el texto siempre fue letra muerta y la misma SCJN, en diversas jurisprudencias, negó su aplicación. Sin embargo, la reforma al artículo 1o. constitucional de 2011 hace claro, puntual y obligatorio a “todas las autoridades” la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos humanos.

Desde esta reforma garantista se han ido dando diversos ejemplos de aplicación difusa de la Constitución en beneficio de los gobernados. En el caso de los poderes judiciales, en particular los de las entidades federativas, al considerarse violaciones a los derechos humanos constitucionales, se procede a “la inaplicación de una ley, artículo o acto de autoridad”, por considerarse contrario a la Constitución. Asimismo, destaca de los altos tribunales de las entidades, la elaboración de “precedentes”, “acuerdos” o similares, los cuales se difunden en gacetas, para que todos los tribunales acaten dicha interpretación directa de la carta fundamental. Asimismo, destaca en los poderes ejecutivo, las reformas que se están llevando a cabo para facilitar la revisión de actos administrativos cuando se atente en forma directa a la Constitución. El problema que subsiste es que aun en estos casos, si existe un tercero perjudicado, procede el juicio de amparo y dichas decisiones tienen que ser revisadas por instancias superiores. Tendría que hacerse un análisis riguroso para saber cuántos juicios no son impugnados gracias a esta nueva labor y poder constatar la eficacia de estas nuevas medidas; en forma lamentable, a la fecha no hay estadística oficial para distinguir.

#### IV. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La relación entre las cortes internacionales y la jurisdicción nacional es un tema toral de justicia en materia de derechos humanos. La implantación de una cultura jurisprudencial de los derechos humanos debe mucho a la Corte Interamericana, que no sólo ha aportado categorías jurídicas e interpretativas, sino que incluso, en ocasiones, abre vías para hacer efectiva la protección de derechos que desde el ordenamiento interno sería muy difícil de imponer. En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entró en vigor en julio de 1978.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) conoce de los asuntos que le turna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicando a los asuntos la normativa internacional. Las resoluciones que emite la Corte Interamericana son vinculantes para todos los Estados parte. La Corte (2006), como principal herramienta, desarrolla un control de convencionalidad, por el cual se obliga a todos los jueces de una nación, a

revisar sus actuaciones de la forma más favorable para la protección de los derechos humanos contenidos en sus Constituciones.

En México, a partir de la sentencia Varios 912/2010 (14 de julio de 2011) el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*GSJF*, 2011a: 550) inicia el análisis y observancia del control de convencionalidad, tomando mayor relevancia en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*. Por ejemplo, en la tesis de la SCJN se reconoce que los criterios de la Corte Interamericana, cuando el Estado mexicano no es parte del litigio, son orientadores para los jueces mexicanos, siempre y cuando sea la interpretación más favorable a la persona, conforme al artículo 1o. constitucional. Además, la propia SCJN (*GSJF*, 2011b: 556), cuando el Estado mexicano sí es parte del litigio ante la Corte internacional, ha señalado que las decisiones de la Corte Interamericana son vinculantes y que la SCJN, “como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta”. La anterior reafirmó la tesis que ya sustentaba la obligación de seguir los fallos de la Corte Interamericana (*GSJF*, 2012: 650) con base en los artículos 1o. y 133 constitucionales, así como la ratificación de los tratados correspondientes, señalando como alcance que “esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas”.

Y ante la pugna de si el Estado mexicano era parte o no del litigio, en razón de la obligatoriedad del fallo internacional, la SCJN, en la Contradicción de Tesis 293/2011 (*GSJF*, 2014: 202), resuelve que

...los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.

Sin embargo, en ciertos temas la propia SCJN ha dado marcha atrás en un intento por recuperar el monopolio del control constitucional, al señalar que se deberá preferir siempre la carta magna nacional respecto de las limitaciones a los derechos humanos. Esta problemática ha sido reconocida por diversos autores; Fiorovanti (2014: 146-147) señala que



...por lo que es de gran relevancia no solo la incorporación del derecho internacional a través de la apertura de la Constitución a los derechos universalmente reconocidos sino, además, la aceptación de este orden internacional legitimado y fortalecido en el propio estado constitucional. Sin embargo, el proceso de apertura de las constituciones estatales ha sido lento, debido a una postura cerrada que se justifica en el concepto de soberanía.

Por su parte, José de Jesús Becerra (2016: 236) indica cómo se lleva a cabo el control de convencionalidad en México, señalando como primer paso realizar la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución y a los tratados, teniendo todas las autoridades dicha obligación. Además, “esta interpretación sería, según la propia Corte, el paso previo a la posible desaplicación o al ejercicio del control de convencionalistas explícito. Se desarrollaría una especie de interpretación en sentido amplio, posteriormente una interpretación conforme en sentido estricto (parte delicada de la interpretación)”.

## V. JUSTICIA Y DEMOCRACIA

En Latinoamérica ha destacado la proliferación de tribunales electorales. Una primera clasificación se basa en si esta justicia electoral pertenece o no al Poder Judicial, y en el caso de ser órganos distintos al Poder Judicial, si sus fallos finales son o no revisables en una última instancia constitucional (Nohlen, 2007: 1171).

En México, en 1990 se reformó el artículo 60 constitucional para crear un tribunal calificado constitucionalmente como órgano electoral jurisdiccional, el cual fue el Tribunal Federal Electoral, que sustituyó al Tribunal de lo Contencioso Electoral. El nuevo Tribunal fue definido por la propia Constitución como el órgano jurisdiccional autónomo encargado de garantizar que los actos y resoluciones se sujeten al principio de legalidad. Seis años más tarde destacó la nueva reforma de 1996, en la que el Tribunal Federal Electoral fue incorporado a la esfera del Poder Judicial de la Federación, con las reformas a los artículos 94 y 99 de la Constitución, quedando como máxima autoridad jurisdiccional y órgano especializado.

Para asegurar su independencia, el artículo 61, fracción IV, de la Ley de Amparo menciona que el juicio de amparo es improcedente contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral (en su última instancia). Además,

una de las atribuciones y alcances que tiene la Sala Superior del Tribunal Electoral es que tiene facultad para emitir opiniones respecto de las acciones de inconstitucionalidad en las cuales se impugna el contenido de alguna disposición de carácter general en materia electoral.

Aunque existe la adscripción formal al Poder Judicial Federal, hay de hecho una autonomía en sus fallos, ya que son la última instancia. Destacan en ellos las decisiones sobre candidaturas independientes, financiamiento y acceso a medios de comunicación y, particularmente, criterios de equidad de género, tanto en la nominación de candidaturas como en la integración de órganos colegiados de gobierno (legislaturas y ayuntamientos).

## VI. LOS JUICIOS CONSTITUCIONALES

El control de la parte orgánica de la Constitución o conflicto entre autoridades es lo que otorga a la Suprema Corte de Justicia su rol como verdadero tribunal constitucional. Al efecto, el artículo 105 constitucional señala todas las hipótesis en las cuales la Corte es competente, siendo conflictos entre los poderes de la unión o relativos al federalismo. Lo no previsto queda en la competencia de las Constituciones de las entidades federativas. Los juicios que puede conocer la Corte son los de “controversia constitucional” e “inconstitucionalidad de leyes”. Destaca, en particular, que cuando las sentencias alcancen una mayoría de ocho votos, los alcances de ésta serán generales.

El control de constitucionalidad se viene efectuando desde 1993. Cortez Salinas (2014: 433), al estudiar el periodo de 2000 a 2012, encuentra que la SCJN se comporta de forma estratégica en los temas de agenda cuando sus miembros han sido nominados por el presidente en funciones, donde pueden representar los intereses del Ejecutivo. En cuanto a los resultados, señala, sobre las resoluciones de constitucionalidad, “una tendencia favorable al presidente de la República por encima del Congreso. Sin embargo, este respaldo no es sistematizado ni unívoco: existen varias decisiones en las cuales la Corte decide de forma estratégica y vota en contra del Ejecutivo”.

Al revisar el Índice de Controversias Constitucionales de la SCJN (2021a) de 2013 a octubre de 2020, sexenio presidencial anterior y lo que va del presente, se encontraron las siguientes tendencias: más de la mitad

de los asuntos corresponden a municipios; asimismo, más de la mitad de los asuntos corresponden a temas de federalismo fiscal, dominando los problemas entre entidades federativas y sus municipios o gobiernos locales; se encontraron varios asuntos por la promulgación de la Constitución de la Ciudad de México en 2017; destaca que los asuntos entre poderes federales son minoría; existen varios casos en los cuales se involucran autoridades del ámbito de los tribunales administrativos estatales y comisiones de acceso a la información pública; existen bastantes casos entre los poderes de las entidades por cuestiones orgánicas y de nombramientos, y, de mayor importancia, no existe una tendencia definida por la cual la Corte favorezca un poder o entidad.

En cuanto al Índice de Acciones de Inconstitucionalidad de la SCJN (2021b), de 2013 a octubre de 2020, se encontraron ciertas tendencias similares, como los casos en materia de impugnación de leyes electorales de las entidades, en materia contencioso administrativa, así como de acceso a la información pública. Lo que demuestra litigio estratégico en ambas instancias, según el caso, ante la propia Corte. Es de resaltar que una gran mayoría, arriba del 90% de los asuntos, corresponden a las entidades federativas, lo que significa un margen de acción muy corto para este tipo de juicios a nivel de las entidades. Entre las acciones federales destacan las acciones en contra de la Ley de Seguridad Interior Federal, así como frente a la Ley Reglamentaria del artículo 60. constitucional en materia de derecho de réplica. En cuanto a los asuntos de las entidades federativas, destacan una gran diversidad de temas, de nueva cuenta las impugnaciones en materia de finanzas, vía las leyes de ingresos estatales y municipales, así como lo relativo a egresos. También hay varias impugnaciones a las Constituciones estatales, destacando las propias de la nueva carta de la Ciudad de México. Además, se encuentran en materia penal y seguridad, códigos civiles, sistema anticorrupción, transparencia de datos, contraloría social, catastro y registro, discapacidad y equidad de género, datos personales, vialidad y tránsito, así como deportes.

En el caso de las entidades federativas, la mayoría de los sistemas encomiendan esta función al pleno del tribunal superior de justicia, como los casos de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. En otras entidades se ha integrado una sala constitucional, adscrita al tribunal superior, con esta compe-

tencia, como Durango, Ciudad de México, Nayarit, Oaxaca, Querétaro y Quintana Roo.

## VII. CONCLUSIONES

### 1. *Retos del estudio*

La finalidad del ensayo ha consistido en revisar el modelo de justicia constitucional y administrativo del Poder Judicial Federal. La hipótesis planteó que existen ciertos aspectos institucionales, esto es, mecanismos de control constitucional, que limitan la función de la justicia.

Destaca la reforma constitucional del 11 de marzo de 2021, la cual se materializó al tener ya finalizado el presente trabajo. Se modificaron diversos párrafos de los artículos 94, 97, 99, 100, 105 y 107 de la Constitución nacional. Sobresale la creación de los plenos regionales, en sustitución de los plenos de circuito, para resolver contradicciones entre criterios de distintos circuitos; la creación de tribunales de apelación, para dar mayor certeza jurídica; la transformación del Instituto de la Judicatura en Escuela Federal de Formación Judicial, para la capacitación y realización de los concursos de oposición; la creación del Instituto Federal de Defensoría Pública y su adscripción al Consejo de la Judicatura; la competencia al Consejo de la Judicatura para concentrar en uno o varios órganos jurisdiccionales, asuntos vinculados a violaciones graves de derechos humanos; se reconoce el sistema de precedentes para la elaboración de la jurisprudencia de la SCJN; la procedencia del recurso de revisión en amparo en contra de sentencias que resuelvan, interpreten u omitan aspectos de constitucionalidad, y la competencia al Pleno de la Corte para resolver contradicciones entre la Corte y el Tribunal Electoral.

Respecto del soporte teórico, se utiliza la discusión relativa al constitucionalismo fuerte y débil, que descansa sobre el concepto de supremacía constitucional frente a la democracia y el sistema de justicia. En el constitucionalismo fuerte, el congreso, como representante popular, debe tener la máxima soberanía y ser el guardián de la Constitución. En este modelo, el Poder Judicial debe quedar subordinado al congreso, ya sea en forma orgánica o por revisión de sus fallos por parte del legislativo. Otra opción sería la elección de todos los jueces en este poder.

Parte de estas situaciones se resolverían al adoptar el modelo parlamentario, pero este tema merece por sí solo un ensayo. Es suficiente señalar que las variables que lo impiden son nuestra carga histórica, el sistema presidencial, el sistema de partidos y forma de representación política vigente, así como nuestra cultura política. Los inconvenientes de la vía electoral residen en la politización del Poder Judicial por parte de los partidos, o, en su ausencia, en la generación de compromisos por parte de los grupos que los apoyen al cargo, comprometiendo la imparcialidad, autonomía e integridad de los jueces.

Esto lleva a la adopción del constitucionalismo débil, con la finalidad de buscar un equilibrio en el principio de supremacía constitucional y un mejor sistema de control constitucional (Waldron, 2018: 7-28). Se busca fortalecer los contrapesos entre poderes, así como los contrapesos propios al Poder Judicial y otorgarle mayor legitimidad, evitando la “tiranía” de los jueces. Los puntos medulares son la estructura orgánica del poder y el alcance de los fallos del Poder Judicial o los efectos *erga omnes* (Orunesu, 2020: 138), lo cual se considera en las conclusiones siguientes.

## 2. Resultados en lo adjetivo

En cuanto a la independencia de ministros y magistrados, se comprobó que la Constitución la protege en forma adecuada frente a los otros poderes; quedan en el debate las formas de nombramiento. El sistema actual representa el constitucionalismo débil, al participar los otros poderes en la designación. Conforme a las opiniones doctrinarias, se podría enriquecer el proceso al alentar la participación de instituciones afines, así como integrarlas al Consejo de la Judicatura, lo que daría mayor legitimidad.

Por lo que toca a la eficiencia administrativa, y a pesar de los avances de la SCJN, se aprecia que los juicios constitucionales son minoría frente a los juicios sobre amparo. Por ello, en la práctica sigue siendo una Corte de control de legalidad, y por excepción de asuntos constitucionales. Además, se agrega el dato de que la mayoría de los juicios de controversia y gran parte de los de inconstitucionalidad son sobre el municipio, y otra parte entre los poderes de las entidades. En este orden de ideas, se propone la creación de una sala especializada en juicios constitucionales, que permitiría una mayor eficiencia al dejar a las dos primeras salas ocuparse sólo del amparo. De esta forma, seguiría el monopolio de la Suprema Corte y habría especialización en sus funciones. Además, eliminar de la Constitución las

competencias relativas a resolver problemas estrictamente entre poderes de las entidades y entre entidades y municipios (incisos *h* e *i*, fracción I, del artículo 105 constitucional), para descargar a la Corte y dar mayor presencia a los tribunales constitucionales de las entidades. En cuanto al tema de federalismo fiscal, se dejaría a salvo en las controversias, o promover una reforma para que la Federación entregue los recursos en forma directa a los municipios y alcaldías.

Respecto a los tribunales colegiados, de apelación y juzgados de distrito, a pesar del gran esfuerzo por terminar los asuntos, continúa el rezago. Se aprecia una labor constitucional muy importante, ya que la gran mayoría de las actuaciones de las autoridades inferiores terminan por ser rechazadas o modificadas. En particular, en cuanto a los colegiados de circuito, la propuesta consiste en ampliar sus competencias en materia de amparo directo y creación de jurisprudencia, lo cual descargaría trabajo a la Corte. Que aquellos casos de “importancia constitucional”, nuevas situaciones, o nuevas formas de interpretación, lleguen por excepción a la Corte y las sentencias tengan efectos generales. Estos efectos serían un mecanismo adecuado para mejorar el estado de la justicia de todos los poderes judiciales y serían acordes a la reforma de control difuso del artículo 1o. constitucional de 2011. Se requeriría una mayoría calificada para garantizar mayor seguridad jurídica y estabilidad constitucional, de acuerdo con el constitucionalismo débil.

En relación con los juzgados de distrito, se aprecia que su mayor carga de trabajo son los amparos indirectos. Por lo tanto, se propone la creación de juzgados especializados en materia federal ordinaria para dejar a los de distrito como instancias únicas en materia de amparo indirecto. La especialización, sin lugar a duda, mejoraría el rendimiento de la justicia. De hecho, esta situación ya sucede en materia penal, con la creación de los centros de justicia penal, con lo que se espera, al existir la infraestructura adecuada, que se eliminen los rezagos que ya existen en estas instancias. Es necesario subrayar que históricamente el Poder Judicial ha sido la instancia menos favorecida en el presupuesto de egresos, y que si no existe un apoyo real, las reformas de fondo siempre estarán limitadas.

### 3. *La justicia en materia de derechos humanos*

Con la ya citada reforma al artículo 1o. constitucional la SCJN amplió en forma notable el alcance y efectos de sus sentencias, y se dio entra-

da a la jurisdicción internacional. Por ejemplo, el Amparo en Revisión 1359/2015 señala que la asociación civil Artículo 19 cuenta con interés legítimo para impugnar la omisión del Congreso de la Unión (PJF, 2015: 1, 2, 22, 29, 30). En materia de derechos sociales, el derecho a la salud es reconocido en la resolución del Amparo en Revisión 378/2014, de la Segunda Sala de la Suprema Corte, en la cual se ordenó a la autoridad responsable remodelar el servicio hospitalario o construir un nuevo pabellón para tratar a pacientes con VIH/Sida (PJF, 2014). Además, destaca que la SCJN confirmara el Amparo 631/2012, que concedió a la Tribu Yaqui el derecho a la consulta relativo al proyecto “Acueducto Independencia” que iba a disponer del 50% del agua del río Yaqui. Además, se determinan como obligaciones a las autoridades: *a*) abstenerse de obstaculizar directa o indirectamente su goce; *b*) impedir a terceros toda injerencia en su disfrute, y *c*) adoptar medidas legislativas, administrativas o presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole adecuadas para hacerlo plenamente efectivo (*GSJF*, 2018: 2541).

En este tipo de derechos, la Suprema Corte ha señalado que “esos derechos no constituyen meros «objetivos programáticos», sino genuinos derechos humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados”. Señala que estos derechos imponen obligaciones básicas, como garantizar niveles mínimos de su disfrute efectivo, sin discriminación, tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción, así como otras medidas de tipo progresivo, dependiendo de la capacidad económica del Estado (*GSJF*, 2017a: 191). Como ejemplo, la Primera Sala (*GSJF*, 2017b: 411), respecto al derecho a un medio ambiente sano, menciona que este derecho “vincula tanto a los gobernados como a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales”. Además, sobre el deber de progresividad, se establece que los órganos de los poderes Ejecutivo y Legislativo deben diseñar una política pública mediante la cual se garantice el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales (*GSJF*, 2017c: 217).

A pesar de los avances, para efectos de exigibilidad judicial persisten dos tipos de problemas clásicos: el concepto programático de los derechos y su definición como derechos subjetivos, además del problema de las cargas probatorias del acto reclamado y el criterio relativo al interés legítimo. La propuesta no es sólo reformar el juicio de amparo para este tipo de juicios, o crear el amparo especial para derechos sociales y similares,

sino reformar aspectos institucionales del Legislativo y Ejecutivo para que exista una mayor posibilidad de ejecutar estas sentencias. Sobre este punto, para fortalecer estas sentencias, así como el concepto de supremacía constitucional, se deben proponer mecanismos de colaboración con los otros poderes, como su participación activa dentro de los juicios en forma de conciliación, lo cual daría mayores garantías de ejecutar las sentencias.

Asimismo, no se justifica que en relación con la justicia internacional la Corte avance y después regrese con argumentos de la supremacía de nuestra Constitución. La regla es clara en el artículo 1o. constitucional en el sentido de preferir el ordenamiento que otorgue más protección a los derechos humanos. En relación con los problemas de omisión legislativa, éstos deberían quedar subsanados al ampliar el alcance de la jurisprudencia por medio de una interpretación amplia y no limitarse al control de legalidad constitucional.

Respecto del control difuso en general, para evitar la tiranía de los jueces, es importante señalar que aunque es obligación de todas las autoridades y jueces el respeto a los derechos humanos constitucionales, estas decisiones o actuaciones no tienen efectos generales y son recurribles, quedando la última instancia tradicional del amparo, así como la elaboración de jurisprudencia para la interpretación última de la Constitución, a la Corte (Linares, 2008).

#### *4. Avances sustantivos y retos de la justicia constitucional*

En forma particular, el Pleno de la SCJN presenta avances significativos sobre la inconstitucionalidad del matrimonio infantil, discriminación contra parejas del mismo sexo, validez de impuestos ecológicos, consulta previa para personas con discapacidad y pueblos indígenas, derechos de personas en situación de migración, paridad de género en materia electoral, transparencia y libertad de expresión, entre otros. La Primera Sala destacó en temas de libertad de expresión y protección de minorías contra el discurso de odio, el sistema penal acusatorio, acceso al expediente en casos de graves violaciones a derechos humanos, la igualdad de género en el derecho familiar y discriminación contra familias homoparentales. La Segunda Sala avanzó en la protección del derecho de las personas con VIH/Sida a no ser discriminadas, el derecho a la salud de las personas con padecimientos psiquiátricos, el derecho a la información en redes sociales, el deber de



juzgar asuntos laborales con perspectiva de género, el uso terapéutico de cannabis y derechos de las personas refugiadas (SCJN, 2019a), demostrando con ello avances importantes en temas fundamentales.

Sin embargo, la Corte debe tener mayor competencia para admitir o no los expedientes de amparo y quedarse con los que verdaderamente sean de trascendencia constitucional. Una ley reglamentaria que regule las competencias de la Corte y su presidente en este punto, así como lo relativo a los efectos generales, sería el orden adecuado para esta importante competencia de control. Esta situación disminuiría la reiteración de casos y ayudaría a que el actual juicio de inconstitucionalidad de leyes vía amparo sea más efectivo. Por lo que se refiere a los juicios constitucionales, se reitera la propuesta de creación de la Sala Constitucional. Se subraya la importancia de fortalecer los poderes judiciales de las entidades, vía la Constitución nacional, para asegurar su verdadera independencia frente a los otros poderes.

En cuanto a la capacidad discrecional de la Corte para interpretar la Constitución, a pesar del “inconveniente de legitimidad democrática”, si no la tuviera, entonces no sería una corte constitucional y no habría un sano contrapeso a los demás poderes. Asimismo, dejar a los otros poderes tener la última palabra en estas materias sería como reconocer que son juez y parte, lo cual ha sucedido en otras formas de Estado y de gobierno que conducen al autoritarismo.

## VIII. REFERENCIAS

- ACUÑA, J. M. (2015). “Constitucionalismo local, federalismo judicial y derechos”. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. México: UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3960/39.pdf>.
- AJA, E. (1998). “La elección de magistrados del Tribunal Constitucional”. *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1998/06/17/opinion/898034403\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1998/06/17/opinion/898034403_850215.html).
- ARELLANO HOBELSBERGER, W. (2002). “La seguridad jurídica en el actual sistema jurisprudencial mexicano”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 10. México.
- BARTLETT DÍAZ, M. (2015). *Presentación de Iniciativa con proyecto de decreto por el que se deroga la fracción VIII del artículo 76 y la frac-*

- ción XVIII del artículo 89; y se reforman los artículos 95, 96, 98, 99 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* México: Congreso de la Unión. Disponible en: <https://www.senado.gob.mx/64/intervenciones/634/7014>.
- BECERRA RAMÍREZ, J. J. (2016). *El control de convencionalidad en México.* Argentina: Centro América y Panamá, Casa San Ignacio.
- CARPISO, E. (2017). “Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución”. *Revista de la Facultad de Derecho de México.* V. 59, 251. México: UNAM.
- CARPISO, J. (1995). “Reformas judiciales al Poder Judicial Federal”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Nueva serie, año XXVIII, 83. México: UNAM.
- CARPISO, J. (2008). *La jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Bib\\_jurisdiccion-constitucional.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Bib_jurisdiccion-constitucional.pdf).
- CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2020). *Estadística judicial.* México: Dirección General de Estadística Judicial. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* San José Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/siDos/libros/todos/docs/ABC-CorteIDH.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y 2 Costas.* San José Costa Rica. Sentencia del 26 de septiembre. Serie C, núm. 154.
- CORTEZ SALINAS, J. (2014). “Análisis cualitativo comparado: las decisiones de la Suprema Corte vs. el Ejecutivo”. *Revista Mexicana de Sociología.* 76, 3.
- FIORAVANTI, M. (2014). *Constitucionalismo, institucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales.* Madrid: Trota.
- FLORES TERRÍQUEZ, E. et al. (2018). *Análisis de criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y perspectiva de sus efectos jurídicos procedimentales.* Cuerpo Académico UDG-853 Acceso a la Justicia y Cultura de la Legalidad.

- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2018). Décima Época. Tesis: III.5o.A. J/10 (10a.). Libro 54, t. III, mayo, 2316.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019a). Décima Época. Tesis 1a./J. 43. T. I, junio de 2015, 536.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019b). Décima Época. Tesis 1a./J. 10. T. I, febrero, 493.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019c). Décima Época. Tesis 1a./J. 52. T. I, junio de 2014, 215.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2011a). Novena Época. Tesis: LXV/2011. T. I, diciembre, 550.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2011b). Novena Época. Tesis LXVI/2011. T. I, diciembre, 556.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2012). Décima Época. Tesis 1a. XIII/2012. T. I, febrero 14, 650.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2014). Décima Época. Tesis P./J. 20/2014. T. I, abril, 202.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2018). Décima Época, 2016922. Tesis: XXVII.3o.12 CS (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. T. III, mayo, 2541.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017a). Décima Época, 2015306. Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.). Primera Sala. T. I, octubre, 191.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017b). Décima Época, 2015825. Tesis: 1a. CCXLVIII/2017 (10a.). Primera Sala. Libro 49, t. I, diciembre, 411.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017c). Décima Época, 2015129. Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.). Primera Sala. Libro 46, t. I, septiembre, 217.
- GARCÍA BELAUNDE, D. (2002). “El *habeas corpus* latinoamericano”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XXXV, núm. 104, mayo-agosto.
- HERRERA GARCÍA, A. (2015). “El objeto de la protección del nuevo juicio de amparo”. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337640285008.pdf>.
- LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

- LOPERA MEZA, G. P. (2001). “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 5.
- MÁRQUEZ MARTÍNEZ, L. (2017). *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia, México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- MOLINA SUÁREZ, C.J. y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, S. (2007). “Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006”. *Cuestiones Constitucionales*. 16. México: UNAM.
- NOHLEN, D. (2007). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Sistema de justicia electoral en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ORUNESU, C.I. (2020). “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”. *Opus Magna Constitucional 2020*. T. XVI. Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional.
- OVALLE FAVELA, J. (2017). “Medios de impugnación en el amparo”. *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*. México: UNAM. T. I.
- PALMA, F. (2015). “Tribunal constitucional – ¿Un legislador negativo o positivo?”. *Revista de Derecho UNEDE*. 16. Madrid.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2020). *Tabulados: tribunales colegiados de circuito*. México: Dirección General de Estadística. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FanexoEstadisticoWeb.htm>.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2015). Amparo en Revisión 1359/2015. Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. 23 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: José Ignacio Morales Simón Arturo Bárcena Zubieta.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2014). Amparo en Revisión 378/2014. Ministro ponente: Alberto Pérez Dayán. 15 de octubre.
- QUIROZ ACOSTA, E. (1998). “La interpretación en el sistema jurídico mexicano”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 3. México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019a). *Informe anual de labores 2019*. México. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe>.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019b). *El juicio de amparo indirecto es procedente contra omisiones legislativas*. Comunicados de Prensa. Núm. 075/2019, México. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5892>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019c). *Determinación histórica: SCJN emite por primera vez declaratoria general de inconstitucionalidad*. Comunicado de prensa, México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021a). *Índice de controversias constitucionales resueltas a partir de 1995*. México. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/ControversiasResueltas.aspx>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021b). *Índice de acciones de inconstitucionalidad resueltas a partir de 1995*. México. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AInconstitucionalidadResueltas.aspx>.
- VELÁZQUEZ GÓMEZ *et al.* (2019). “El juicio de amparo frente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa”. *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Año 13, 25. Puebla: BUAP.
- WALDRON, J. (2018). “Control de constitucionalidad y legitimidad política”. *Díkaion*. Vol. 27, n. 1.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La constitucionalización de la persona: un marco de la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos

### *Constitutionalizing the person: a framework for the rule of law and human rights connection*

Recepción: 17 de junio de 2020

Aceptación: 18 de octubre de 2021

Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA \*

**RESUMEN:** ¿Qué resulta del encuentro entre la práctica del Estado de derecho y la práctica de los derechos humanos? Una noción lo expresa sintéticamente: la constitucionalización de la persona. Este artículo ahonda en su alcance, específicamente en la conformación de la totalidad de las actividades del Estado hacia el respeto y logro completo de los intereses fundamentales de todo ser humano. Lo hará mediante la inmersión en las características que definen a los derechos humanos: universalidad, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad, progresividad, imprescriptibilidad, intangibilidad. Igualmente, en la identificación de las tendencias con las que actualmente se robustece la relación entre Estado de derecho y derechos humanos.

**ABSTRACT:** *What happens when the rule of law meets the practice of human rights? One notion expresses it synthetically: constitutionalizing the person. This article delves into its implications; that is, the full alignment of all the State activities towards the achievement of the fundamental interests of every human being. It will do so by focusing on the characteristics that identify human rights: universality, indivisibility, interdependency inalienability, progressiveness, imprescriptibility, indefeasibility. It also describes the trends that are currently strengthening the Rule of Law and Human Rights relationship.*

**Palabras clave:** Estado de derecho, derechos humanos, principio de universalidad, principio de progresividad, principio de indivisibilidad e interdependencia, principio de intangibilidad, principio de inalienabilidad.

**Keywords:** *Rule of law; Human rights; Universality principle; Progressiveness principle; Indivisibility and Interdependence principles; Indefeasibility principle.*

---

\* Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. ORCID: 0000-0001-9116-1341; [hugo.ramirez@up.edu.mx](mailto:hugo.ramirez@up.edu.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De la universalidad a la intangibilidad: la estructura práctica del vínculo entre el Estado de derecho y los derechos humanos*. III. *Consolidando la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos: cinco tendencias actuales*. IV. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se transformó en 2011 y con ello el sentido del derecho en México. Efectivamente, el nuevo texto instaura la “constitucionalización de la persona”<sup>1</sup> cuando conforma toda actividad de las autoridades públicas a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, es decir, con los rasgos de los derechos humanos. Así, conforme —o de conformidad— es una noción crucial empleada por el constituyente permanente en la renovada redacción del artículo 1o. porque representa la vinculación entre dos prácticas sociales<sup>2</sup> concretas: la del Estado de derecho y la de los derechos humanos.

La práctica del Estado de derecho se caracteriza por legitimar la coordinación autoritativa de las conductas al interior de una sociedad; es decir, gracias a esta práctica la potestad de limitar las opciones de comportamiento se encuentra acotada mediante el principio de legalidad. Por su parte, la práctica de los derechos humanos se distingue por concretar la protección de los intereses fundamentales de todos los seres humanos a partir de una matriz de racionalidad, según la cual tal salvaguarda debe ser la máxima posible, incluso cuando estos intereses se enfrentan con objetivos colectivos.

¿Qué sucede cuando la persona se ha constitucionalizado? O, con otros términos, ¿qué ocurre cuando las prácticas del Estado de derecho y la de los derechos humanos se encuentran? Para el Estado de derecho significa-

---

<sup>1</sup> Empleo esta expresión para describir la transformación que experimenta el Estado de derecho cuando adquiere el compromiso de orientar la *praxis* que lo identifica hacia la protección del ser humano: la persona se convierte en el *leitmotif* de lo jurídico, de lo público, etcétera (Spaemann, 1998: 206).

<sup>2</sup> Con Alasdair MacIntyre (2004), entiendo por práctica social el conjunto ordenado de actividades comunitariamente consolidadas con las que se pretenden realizar ciertos bienes inherentes a las mismas.

rá el compromiso radical para que las normas implicadas en el cumplimiento del principio de legalidad incorporen criterios sustantivos de justicia a fin de acreditar su validez, vinculatoriedad y coactividad. La práctica de los derechos humanos, por su parte, gana en términos de eficacia, ya que, por sí misma, no logra la necesaria coordinación de las conductas para realizar eficazmente los bienes que le son inherentes. Gracias al enlace con el Estado de derecho, se obtiene la correlatividad, garantizada coactivamente, entre derechos y deberes.

En este artículo buscaré acreditar la siguiente tesis: la relación entre Estado de derecho y derechos humanos está tejida por los rasgos que caracterizan a éstos: la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad, etcétera. A fin de comprender el impacto que estas características suscitan cuando son incorporadas al núcleo de la matriz de racionalidad que gobierna la actividad del Estado pueden seguirse dos caminos: uno se enfoca en el análisis del alcance práctico de cada rasgo por separado (apartado II); el otro aprovecha una estrategia de síntesis que muestra la configuración de un conjunto de tendencias impulsadas por el ánimo de respetar los derechos humanos (apartado III). A continuación desarrollaré estas dos vías de comprensión.

## II. DE LA UNIVERSALIDAD A LA INTANGIBILIDAD: LA ESTRUCTURA PRÁCTICA DEL VÍNCULO ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Toda realidad jurídica manifiesta determinadas propiedades que la identifican. Por ejemplo, la materialidad de un título de crédito es una de sus características más importantes; así, en ausencia del documento donde se consigna y describe una obligación específica, ésta deja de existir para el plano jurídico. Con los derechos humanos sucede lo mismo: se asemejan y distinguen de otras realidades a través de los atributos que les son propios, y que configuran precisamente su identidad jurídica. Estos rasgos necesitan desarrollo o, si se prefiere, concreción jurídica, lo cual justifica que sean igualmente principios; es decir, pautas normativas que deben ser aplicadas y respetadas por las entidades responsables de especificarlos mediante normas generales, o a través de normas particulares de adjudicación.



## 1. *Universalidad de los derechos humanos*

La universalidad es uno de los atributos más destacados de los derechos humanos. Si bien admite múltiples contenidos semánticos, el más básico y fundamental se expresa en la siguiente tesis: todos los seres humanos son titulares de todos los derechos humanos. La universalidad así entendida es consecuencia directa de haber comprendido la igualdad ontológica de los seres humanos, y, al mismo tiempo, manifiesta la radical naturaleza de lo jurídico como no violencia y no discriminación (Ballesteros, 1973).

Respecto de la universalidad de los derechos humanos, Norberto Bobbio (1991: 68) identificó una importante dificultad que se manifiesta en el paso de los derechos pensados a los derechos institucionalizados. Es decir, en la traducción deóntica institucional de los derechos desde las premisas y tesis filosóficas donde son originalmente comprendidos. El problema consiste en que la universalidad de los derechos, un atributo necesario cuando son objeto del pensamiento, se torna en generalidad cuando son incorporados al derecho positivo mediante la labor del legislador o de otra fuente social. Si bien puede mantenerse que la titularidad de los derechos corresponde a todo ser humano sólo por el hecho de existir, el alcance práctico de su protección real queda acotado por las fronteras del territorio del Estado que los reconoce, o, con otros términos, quedan limitados por el alcance territorial de validez de las normas que los garantizan. Teóricamente son derechos humanos en cuanto a su fundamento, pero prácticamente son derechos del ciudadano en cuanto a sus garantías.<sup>3</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) representa la solución para tal problema porque, en su conjunto, manifiesta un mensaje inequívoco: los derechos humanos deben positivizarse universalmente para garantizar su respeto y ejercicio; de lo contrario se prevé una consecuencia

---

<sup>3</sup> Luis Prieto Sanchís (1990: 80-81) ofrece una aproximación a la universalidad de los derechos como generalidad de la norma, cuando señala que un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país. Esto quiere decir que la universalidad es idéntica a la generalidad de la hipótesis del enunciado legal, por lo que un derecho satisface el requisito de la universalidad cuando cualquier persona, situada en la posición descrita por la norma, puede disfrutar del derecho; ello no impide que el derecho esté formulado en términos discriminatorios, de modo que no toda persona pueda ejercerlo por el mero hecho de ser persona, sino que su ejercicio se condicione a la concurrencia de determinados requisitos, o a la posesión de cierto estatus.

al mismo tiempo fáctica y moral: una situación de tiranía y opresión tal que sería legítimo el ejercicio del derecho a la rebelión.<sup>4</sup> Atendiendo a lo anterior, la universalidad de los derechos puede comprenderse mejor si nos enfocamos en sus funciones prácticas: *a)* como punto de partida, es decir, como causa de su exigibilidad a partir del reconocimiento de la titularidad incondicionada de los derechos a favor de toda persona, y *b)* como punto de llegada: objetivo colectivo o meta humana positivamente valorada como progreso (Péces-Barba, 1994).

Bajo el aspecto de punto de partida, la universalidad de los derechos humanos quiere decir que el único requisito necesario para la titularidad de los mismos es la condición de pertenecer al género humano, lo que podría denominarse universalidad en el título: “la garantía de tales derechos es completamente independiente de las situaciones y circunstancias en que los seres humanos vivan y de las posiciones jurídicas que eventualmente desempeñen” (Martínez-Pujalte, 1995: 264). La consecuencia práctica de la universalidad de los derechos se manifiesta en que retirarlos o denegarlos es siempre y, en todo caso, un acto reprochable de injusticia, porque con ello se limita el disfrute de un bien para la persona humana que reviste una importancia fuera de toda duda. *A contrario sensu*, su garantía y promoción en favor de toda persona es una razón de peso para articular una protección normativa a su favor. Igualmente, como punto de partida la universalidad de los derechos humanos se proyecta en la naturaleza de las obligaciones que suscitan: toda persona está obligada a respetarlos.<sup>5</sup>

Asimismo, la universalidad de los derechos humanos como punto de partida hace referencia a las exigencias de la condición concreta de su titular, de tal manera que en este contexto puede afirmarse que todos los seres humanos tienen derecho a la vida, al trabajo, a la educación, etcétera, porque estas realidades forman parte de la condición humana. De esta manera, cuando un ser humano es considerado como trabajador (una situación universal de la existencia-condición humana), ciertas exigencias universales se ponen de manifiesto. Aquí, la universalidad significa que esas

---

<sup>4</sup> Este mensaje central de la DUDH está implícito en todo su texto, pero con especial hincapié se explicita en dos lugares: el considerando tercero de su preámbulo y el artículo 28.

<sup>5</sup> El artículo 1o. de la DUDH sintetiza la universalidad en la titularidad de los derechos y las obligaciones cuando establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

situaciones “universales” tienen modos “universales” (es decir, alineados con los derechos humanos) de resolverse dignamente: los salarios justos, la alimentación adecuada y suficiente, la posibilidad de decidir libremente tomar estado y formar una familia, etcétera.

Como punto de llegada, la universalidad es la “utopía realista” de los derechos humanos. Con este término Jürgen Habermas (2012: 70) describe la tensión permanente en la que se encuentran las sociedades y sus gobiernos que han reconocido los derechos, a los cuales no pueden recurrir ya como coloridos recursos retóricos, sino como estándares exigentes de evaluación de cuyo cumplimiento depende, en gran medida, su desarrollo y legitimidad. Universalidad, en este sentido, representa la coherencia entre deber ser y ser: que todos los titulares de los derechos humanos efectivamente los disfruten. Universalidad significa también la realización de un estado de cosas donde los seres humanos sean respetados incondicionalmente, favoreciendo su desarrollo y realización plena, para lo cual es requerido el esfuerzo permanente de enmienda para eliminar toda forma de discriminación y marginación. Jesús Ballesteros explica que marginado es un ser humano que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales y, por lo tanto, satisfechas las necesidades básicas que aquellos salvaguardan (Ballesteros, 2000: 43).

El proceso de transformación social al que hago referencia implica la comparación entre las exigencias de carácter ético y jurídico asociadas al auténtico disfrute de los derechos humanos por parte de toda persona, y el grado real de respeto que tienen los derechos humanos en la experiencia social concreta. Este balance arroja hoy un saldo deficitario; es un hecho incuestionable que los derechos humanos no han sido reconocidos de manera plena, y su disfrute generalizado aún no se logra. Sin embargo, lo anterior debe propiciar la toma de conciencia de que la universalidad de los derechos es una conquista histórica en la que deben empeñarse las sociedades de ahora en adelante.

Un primer paso en el itinerario por la eficacia de los derechos humanos ha sido descrito como el tránsito desde la universalidad abstracta a la universalidad concreta de los mismos (Fernández, 2003: 34). Se trata de la respuesta a la cuestión problemática de la incongruencia entre la proclamación de los derechos humanos como derechos universales y la falta de goce efectivo de éstos por parte de todas las personas. Tal inconsistencia histórica se debe a la influyente presencia de la ideología individualista en

el discurso de los derechos humanos, la cual ha impuesto una concepción abstracta del ser humano a la que posteriormente se dota de contenido, primando el dato de la independencia y la autonomía. Con ello ha sido posible justificar la exclusión de la titularidad de los derechos a todas aquellas personas que no cumplen con ciertas condiciones, arbitrariamente establecidas. Si bien esta práctica tan grotesca se ha ido corrigiendo a lo largo del tiempo, no es infrecuente que se mantenga de una manera más sutil y tal vez por ello más dañina: “el riesgo de la exclusión de los derechos de los no autónomos, o de los no plenamente autónomos desde un punto de vista psicológico, quienes aquí y ahora no se hallan en el pleno ejercicio de sus facultades racionales y volitivas, lo que no significa que carezcan de ellas” (Fernández, 2003: 36). ¿Cómo puede superarse la paradoja de una universalidad sólo abstracta de los derechos humanos? Una respuesta viable puede ser articulada con tres ideas: *a)* la universalidad de los derechos humanos debe mantenerse como uno de sus atributos principales, ya que de lo contrario perderían su sentido radical como instrumentos de progreso, de liberación, de emancipación y, también, de defensa, de protección, de tutela de los más débiles. En todo caso, ante su ineficacia debe corregirse la influencia negativa que ha representado el individualismo encubierto con atributos abstractos del titular de los derechos; *b)* la universalidad sólo abstracta debe traducirse a una universalidad anclada en la realidad, admitiendo su complejidad y diversidad. La dignidad humana es indivisible, no reside en ciertas características del ser humano aisladamente consideradas, por lo que su respeto exige mantener la prioridad de los individuos concretos, reales, existentes en su diversidad y complejidad; *c)* la universalidad concreta se traduce en la *especificación* de los derechos humanos, es decir, en el acto de vincularlos a las distintas situaciones vitales, a los diversos modos de ser *ser humano*. La tarea de especificación de los derechos no supone atribuir a los sujetos pertenecientes a grupos diversos por situación y condición, derechos distintos, sino concretar exigencias específicas de los mismos derechos humanos básicos en su situación particular.

Una cuestión asociada a la universalidad de los derechos humanos que merece atención específica está en los debates y polémicas que ha suscitado. La mayoría de las opiniones críticas intentan asociar a los derechos con una estrategia etnocéntrica que carece de legitimidad para imponer estándares morales a toda la humanidad. Veamos un par de ejemplos.

La conocida como Metáfora SVS (salvaje víctima salvador; en inglés *Savage-Victim-Savior Metaphor*) es un caso de crítica hacia los derechos humanos (Mutua, 2001). Según sus adherentes, la pretensión por hacer del contenido de la DUDH una realidad normativa global está fundada en una ideología imperialista que propicia la desigualdad entre pueblos y culturas. Alegan que el ensanchamiento internacional de los derechos tiene como consecuencia que toda cultura deba legitimar su propia existencia demostrando que ha asimilado su canon moral. De lo contrario se les juzga como culturas incivilizadas o salvajes. La comunidad donde está presente una cultura salvaje es su víctima y no tienen otra salida que sustituirla, parcial o totalmente, por la cultura occidental: portadora de la civilización salvadora. Entonces, siguiendo con la Metáfora SVS, con la expansión de los derechos humanos se constituyen relaciones asimétricas, incluso jerárquicas, entre los pueblos: unos son víctimas-pasivas que por sí mismos no pueden superar la situación de injusticia que padecen, pues son el contexto de expresión de una cultura no civilizada, salvaje y opresora. Occidente representa a los pueblos salvadores-activos, ya que de su cuenta corre la mejora sustantiva de la condición de aquella humanidad cuya cultura no acepta el canon moral de la DUDH. La conclusión a la que se llega es que el dominio de los pueblos salvadores sobre el resto queda encubierto e impune gracias a la ideología neocolonial de los derechos (Ingiyimbere, 2017: 36).

Otro alegato crítico muy extendido contra la universalidad de los derechos humanos se vincula al multiculturalismo y su defensa de la autenticidad-relatividad cultural. El multiculturalismo se caracteriza como una reacción frente al etnocentrismo<sup>6</sup> y al asimilacionismo,<sup>7</sup> que busca que se reconozca igual valor a toda cultura y, consecuentemente, se les proteja de manera específica. El multiculturalismo sostiene que si cada cultura es valiosa en sí misma, las prácticas a ellas inherentes equivalen a las prácticas de otras culturas, a pesar de que sean muy diferentes. Esta situación

---

<sup>6</sup> El etnocentrismo significa la pretensión de imponer como absolutos los valores culturales propios y hacer aparecer a cierta cultura como unidad de medida de toda otra cultura (D'Agostino, 2007: 236).

<sup>7</sup> El asimilacionismo constituye una tendencia deliberada hacia la uniformidad cultural; supone que los grupos minoritarios deben adoptar la lengua, valores, normas, señas de identidad, etcétera, de la cultura dominante y, en paralelo, abandonar su propia cultura. La asimilación va más allá de la aculturación, por lo que puede afectar a varias generaciones (Salmerón, 1998: 44).

se conoce con el nombre de “relativismo cultural”.<sup>8</sup> Si las tesis multiculturalistas con las que se defiende el relativismo cultural son acertadas, entonces los derechos humanos, y sobre todo su pretensión de universalidad, son una imposición ilegítima de la cultura occidental sobre otras culturas.<sup>9</sup>

Frente a los cuestionamientos enunciados pueden postularse diversas respuestas que al final arrojan un balance positivo en favor del reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos. En primer lugar, podemos tener en cuenta las réplicas que se han postulado al relativismo cultural y sus consecuencias éticas. El relativismo cultural representa una postura que considera, como criterio de valor, la mera coherencia consigo mismo al precio de prescindir de la coherencia con la realidad. El relativismo cultural comete así el error de deducir un juicio normativo de un juicio fáctico al justificar toda norma moral, cualquiera que fuera, por el mero hecho de ser aceptada por la mayoría de una comunidad. Categóricamente, Juan José Sebreli sostiene a este respecto que “si toda moral está justificada por formar parte de una identidad cultural, el error y la maldad no tiene lugar, y parecería que los seres humanos hicieran siempre lo que deben hacer” (1992: 71).

En segundo término, podemos considerar la defensa de la unidad fundamental de las culturas basada en la tesis según la cual del hecho de la pluralidad y diferencia entre culturas no se sigue, necesariamente, la justificación del relativismo axiológico y ético. Más bien demuestra la riqueza

---

<sup>8</sup> El relativismo cultural, explica James Rachels, desafía la creencia en la objetividad y en la universalidad de las verdades morales. Más aún, niega la existencia de tales verdades, afirmando que sólo hay diversos códigos culturalmente válidos. De esta forma, según el relativismo cultural, no puede decirse que hay costumbres y normas correctas e incorrectas, ya que no existe un criterio independiente para identificar la corrección e incorrección de tales costumbres y normas. En definitiva, el juicio al que se somete a una cultura y sus normas es un acto arrogante; lo único que legítimamente puede realizarse en estos casos es la práctica de la tolerancia hacia las prácticas de otras culturas (Rachels, 2007: 40-42).

<sup>9</sup> Michael Freeman explica las principales tesis del multiculturalismo contra la universalidad de los derechos: *a*) se cuestiona la concepción individualista subyacente a la noción de derechos humanos (originaria de la cultura occidental), que se pretende sea válida en un sentido universal; *b*) se denuncia la posible fuerza corrosiva de los derechos humanos respecto de tradiciones culturales no occidentales ajenas a la idea de un sujeto desarraigado de la comunidad y su tradición. En ambos casos se concluye que los derechos humanos no expresan valores amoldables a cualquier cultura; por el contrario, su aceptación implica un reordenamiento jerárquico de principios o valores que puede debilitar la legitimidad de las culturas tradicionales (Freeman, 2017: 52-54).

y complejidad de lo humano, que no puede agotarse como expresión o manifestación de una sola cultura: “si las formas expresivas del *humanum* son, en principio inagotables, no cualquier forma expresiva puede, *per se*, ser portadora de lo humano en cuanto tal” (D’Agostino, 2007: 245). La diversidad cultural no representa el desacuerdo irresoluble entre tradiciones, sino el reflejo de que cada una ha comprendido, de manera peculiar, una misma realidad en sí misma profunda y compleja que es la realidad humana. Si esto es así, ninguna cultura puede erigirse como la única interpretación de lo humano, y por lo tanto ignorar y rechazar, por principio, las interpretaciones que se generan en otras culturas. A partir de estas ideas es posible postular que en la base de toda cultura hay algo que las conecta, una realidad que tiene la función de zócalo para todas ellas. Son normas transculturales como, por ejemplo, el principio de reciprocidad que establece dos deberes concretos: que la gente debe ayudar a aquellos que le han ayudado, y que no debe dañar a quienes le han ayudado. Con lo anterior se demuestra la capacidad de comunicación de todas las culturas y, en consecuencia, de todos los individuos: el sustento real para la universalidad de los derechos humanos, y su capacidad para fomentar la *comunicación moral*.<sup>10</sup> Si bien tienen origen teórico y práctico en un contexto cultural concreto, su contenido y exigencias pueden ser comunicados a sociedades donde se desarrollan otras tradiciones, pero además se espera que sean enriquecidos por ellas. Los derechos humanos deben considerarse patrimonio ético común de la humanidad independientemente de su origen histórico al que toda cultura debe tener acceso, sobre todo para enriquecer hermenéuticamente su desarrollo, por lo que ignorar y rechazar esas contribuciones significa una pérdida que afecta de manera negativa a todos (Monzón, 1992: 116).

Otra réplica al rechazo multiculturalista de los derechos humanos muestra lo paradójico de su fundamento, pues es el mismo que ha impulsado la universalidad de los derechos. Éstos han legitimado la lucha de diversos grupos a favor del reconocimiento de su identidad, incluida la cultural.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Como manifiesta Michel Ignatieff (2003: 34), “los derechos humanos se han convertido en algo global por su importancia local, integrándose culturas y visiones del mundo no occidentales para apoyar las luchas de los individuos comunes contra los Estados injustos y las costumbres opresivas”.

<sup>11</sup> La reivindicación del valor de la diferencia cultural tiene por objetivo equilibrar la posición de los miembros de minorías culturales al interior de una comunidad mayor. Concretamente, busca erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra

Además, el repudio a la universalidad necesita de una concepción moral basada en el principio de la tolerancia, el cual trasciende los límites de su propia tradición, ya que ofrece una alternativa de convivencia con las otras posiciones que, por principio, excluye (Freeman, 2017: 53). Así, que los derechos humanos sean una lengua franca moral en el actual contexto de la diversidad cultural queda acreditado por el incremento de demandas de reconocimiento que, fundamentadas en ellos, reivindican una nueva lectura de la igualdad.<sup>12</sup> Como es bien sabido, las demandas de reconocimiento exigen la superación de las dificultades de acceso a instancias de participación social y política de todos aquellos que no encajan en un modelo cultural. Estas formas de reivindicación han contribuido a descubrir el valor moral de los grupos comunitarios culturalmente diversos, mostrando que la pertenencia a una comunidad es la forma antropológicamente óptima para satisfacer las necesidades de sentido y vida espiritual que toda biografía experimenta.<sup>13</sup>

## 2. Progresividad de los derechos humanos

El artículo 28 de la DUDH establece el derecho a la eficacia de los derechos a través de un orden social configurado con instituciones locales e

---

las minorías culturales. Esta exigencia se concreta, por ejemplo, en el establecimiento de subvenciones públicas para las prácticas culturales de las comunidades, o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. De igual manera, bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que la religión es una fuente relevante de deber ser reivindican, bajo el paraguas del derecho a la libertad de conciencia y religión, la exención de leyes y disposiciones que desatiendan o contradigan sus prácticas religiosas (Kymlicka, 1996: 200-207).

<sup>12</sup> Las demandas de reconocimiento, en más de un sentido, han sido impulsadas por la conocida como “política de la diferencia”. Ésta representa, en opinión de Charles Taylor, la más reciente manifestación del avance del giro subjetivo con el que se inaugura la *praxis* en la Modernidad: se trata de la valoración de la identidad como un bien para el ser humano, fundamentado en la convicción de que cada individuo tiene un modo original de ser humano y en el reconocimiento de que el desarrollo de tal identidad no es un proceso que se agote en la intimidad de un individuo aislado, sino en comunicación con otros a través de los elementos que aporta una cultura concreta (Taylor, 1992: 48-53).

<sup>13</sup> Compartir una cultura al interior de una comunidad representa la insustituible oportunidad de experimentar la vida del espíritu. Los miembros de una comunidad comprenden, recrean, experimentan y transforman los productos del espíritu humano a través de su cultura: un relato, un canto, una tradición, una oración, un poema. La participación en una comunidad es una forma de hacer presente algo eterno (Villacañas, 1998).



internacionales abocado a su promoción y respeto. Thomas Pogge (2009: 83) señala que el contenido de este artículo condensa la vocación normativa de la DUDH, ya que explicita el sentido de la práctica de los derechos humanos revelando uno de sus rasgos más interesantes: la progresividad. Puede decirse que mediante la positivación del primero de los derechos humanos se ha generado el deber jurídico para la realización de contenidos morales desbordantes (Habermas, 2012: 72); esos contenidos morales desbordantes son sintetizados en el imperativo por mejorar permanentemente la calidad del respeto y ejercicio de los derechos humanos.

La progresividad se proyecta tanto al interior de la práctica de los derechos como respecto del orden institucional que ha satisfecho el deber de reconocerlos. En el primer caso, impulsa las mutaciones que expanden la capacidad de los derechos para emancipar y proteger a sus titulares ante el surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza a las libertades y de agresión a la dignidad. Aquí la progresividad justifica la identificación de nuevos derechos o la redefinición del alcance de derechos ya reconocidos, para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados (Fernández, 1997: 680). Es muy importante hacer hincapié en que los nuevos derechos emergen por el afán de protección máxima de los intereses del ser humano a condición de no resultar contrarios a su carácter indivisible. Es decir, que supongan un olvido o transgresión de otros derechos. La progresividad de los derechos no debe conducir a la conglomeración de elementos heterogéneos, sino que representa la actualización de la práctica de los derechos a la mejor comprensión de las distintas dimensiones de una misma realidad.<sup>14</sup>

Por otro lado, el orden institucional que se ha vinculado radicalmente a la práctica de los derechos se encuentra en tensión a causa de la utopía que representan: en adelante estará compelido a lograr el máximo respeto que cada uno de ellos reclama, para lo cual habrá de emprender

---

<sup>14</sup> Una interpretación en clave histórica de la progresividad de los derechos humanos es la trayectoria de su institucionalización descrita por Karel Vasak a través de generaciones. La primera generación representa la época en que las libertades personales y derechos políticos son asumidas por los Estados a través de deberes negativos de no intervención. La segunda generación representa una expansión y cambio importante en la posición del Estado, pues se compromete a cumplir con varias prestaciones exigidas por derechos de carácter social y económico. La tercera generación, ante retos planetarios como el desarrollo o el cuidado del medio ambiente, postula el reconocimiento anclado en el valor de la solidaridad.

las enmiendas necesarias a fin de superar las situaciones que impidan su respeto, y promover las condiciones para su ejercicio óptimo; adicionalmente, se encontrará sometido a un escrutinio permanente respecto de su desempeño, y en su caso deberá encarar una contundente crítica fundada en el compromiso asumido con la dignidad humana. Como ha sido expuesto por Jeremy Waldron,

Law may credibly promise a respect for dignity, and yet betray that promise in various respects. Institutions can be imbued in their structures, practices, and procedures with the values and principles that they sometimes fall short of. In these cases, it is fatuous to present oneself as a simple cynic about their commitments or to neglect the power of imminent critique as the basis of a reproach for their shortcomings (2012: 150).

En la adjudicación de los derechos se concreta igualmente esta dimensión de la progresividad a través del principio *pro personae*; en su formulación más simple dispone que ante la hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión. Gracias a su arraigo antropológico, el principio *pro personae* conduce a “abrir la cotidiana tópica jurídica... en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano” (Ollero, 1990: 161). Ello debe cumplirse a través de la defensa de la titularidad universal de los derechos humanos ante las interpretaciones que precipitan su estrechamiento sólo a aquellos sujetos que cumplen con determinadas condiciones. Frente a esto debe insistirse en distinguir entre la esencia y el accidente cuando se trata de derivar consecuencias prácticas desde la dignidad humana: “el ser humano existe antes de poseer los indicadores humanos o propiedades (conciencia, capaz de sufrimiento, autonomía, etc.), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por tanto no son notas universales” (Ballesteros, 1999: 24). Las aplicaciones más relevantes del principio *pro personae* serán por tanto aquellas que incluyan y atiendan las necesidades de los más débiles, dependientes y vulnerables (Mata, 2018: 216).

La progresividad que apunta a la mejora futura del Estado de derecho se vincula a la irreversibilidad que pretende evitar la involución y pérdida de los logros en materia de respeto y ejercicio de los derechos. Cuando un derecho ha sido reconocido como inherente a la persona, se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente

declarativo. El derecho humano merecerá respeto y protección irreversibles aun si el acto de reconocimiento pierde vigencia por abrogación o denuncia (Nikken, 1994: 14-15).

### 3. *Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*

La indivisibilidad es una nota atribuida a los derechos humanos de forma explícita a partir del final de la década de los sesenta. La necesidad de reconocer que los derechos integran un conjunto de bienes y prerrogativas que no admite fragmentación se debió al contexto de polarización política del mundo en bloques ideológicos, los cuales asumían posiciones contradictorias respecto del contenido de la DUDH. Las naciones y gobiernos alineados con el denominado “bloque occidental-capitalista” consideraba a los derechos civiles y políticos como fundamentales y prioritarios, y a veces como los únicos. Por su parte, los Estados antagónicos se presentaban como garantes de los derechos económicos y sociales, al tiempo que intentaban justificar que la única manera de lograr su satisfacción era mediante un régimen socialista caracterizado, como sabemos, por la ausencia de condiciones para el ejercicio pleno de la libertad, y la represión de la disidencia política (Posner, 2014: 17).

El documento que consolida la presencia de la indivisibilidad como rasgo de los derechos humanos y principio fundamental para su reconocimiento y respeto es la Declaración y Programa de Acción de Viena.<sup>15</sup> Antes de esto, la expresión indivisibilidad fue empleada en la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos de Teherán (1968). Casi una década después, en su Resolución 32/130 (1977), la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que el enfoque futuro de las cuestiones relativas a los derechos humanos en el ámbito de las organizaciones internacionales debería tomar en consideración el hecho de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; sostiene que deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización,

---

<sup>15</sup> La Declaración y Programa de Acción de Viena establece en el punto 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso... Los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

La indivisibilidad de los derechos humanos resulta de una función heurística atribuida a la comprensión que vamos adquiriendo acerca de la dignidad humana. Hoy se reconoce que el desarrollo histórico de la institucionalización de los derechos humanos ha sido parcial, es decir, mediante listas de derechos *prima facie* incompletas, o visto de manera positiva, por completar. Frente a tal situación, la comprensión adecuada del significado sustantivo de la dignidad humana facilita la solución del dilema que suscita la “prioridad política” de ciertos derechos sobre otros, revelando el carácter indivisible de los mismos. Los derechos humanos “sólo podrán satisfacer políticamente la promesa moral de respetar la dignidad humana de cada uno, si *actúan conjuntamente y de manera equilibrada* en todas sus categorías” (Habermas, 2012: 75).

Desde la reflexión filosófica está claro que la indivisibilidad es un reflejo en los derechos de la dignidad humana que los fundamenta, pero ¿cómo se traduce el rasgo de la indivisibilidad en un principio práctico? Con una pregunta adicional intentaré articular la respuesta: ¿qué tipo de acto es aquel con el que se reconocen sólo parcialmente los derechos? A la luz del principio de indivisibilidad, un acto o conjunto de ellos con los que se dispone institucionalmente el respeto, la promoción y garantía sólo respecto de algunos derechos es discordante con la práctica de los derechos humanos y con la del Estado de derecho. Más aún, deben calificarse como actos intrínsecamente injustos y, desde una perspectiva analítica, no pueden sostenerse conceptualmente como actos de reconocimiento de derechos humanos, ya que incurren en una contradicción performativa.<sup>16</sup> Así, un sistema de normas que pretenda la protección de una parcialidad de derechos humanos podrá ser calificado de varias maneras, pero no será realmente jurídico, pues incumple la necesaria pretensión de corrección de la cual depende su validez sustantiva. Consecuentemente, tampoco con-

---

<sup>16</sup> Contradicción performativa es el defecto o error que se manifiesta en un acto cuyo contenido y efectos son incompatibles, incoherentes o contrarios a la finalidad que justifica su existencia. En el contexto de la filosofía del derecho, Robert Alexy ha recurrido a esta noción para mostrar la conexión conceptual-necesaria entre derecho y moral (ética crítica): si un sistema normativo se instituye para obtener como efecto un estado de cosas injusto, entonces se actualiza la contradicción performativa, y tal sistema normativo puede calificarse de varios modos, pero no admite la cualidad de la juridicidad (Alexy, 2010: 62).

tará con legitimidad incluso para sancionar los actos que transgreden los derechos que parcialmente ha reconocido. El principio de indivisibilidad es, entonces, pieza estructural del razonamiento tanto de la práctica de los derechos humanos como de la práctica del Estado de derecho, porque establece un parámetro fundamental de validez para los actos de reconocimiento de derechos, y por extensión de todos los demás actos con los que se pretenda respetarlos y garantizarlos.

Por otro lado, la indivisibilidad de los derechos humanos conduce a la interdependencia. A causa de su carácter interdependiente, los distintos derechos se encuentran en una situación de vasos comunicantes: el descenso en la calidad del respeto y ejercicio de cualquiera de ellos implica el descenso del nivel de respeto y ejercicio de todos, y viceversa. La interdependencia se manifiesta, de esta forma, tanto en sentido positivo, porque no se puede dividir el bien, y por lo tanto escatimarlo impunemente, como en sentido negativo, ya que no se puede aislar el daño provocado a la persona por la violación de alguno de sus derechos.

Tanto la indivisibilidad como la interdependencia de los derechos manifiestan la necesidad de asegurar la coherencia entre las normas con las que se protegen y garantizan. Como ha observado Encarnación Fernández (1997), esto requiere una síntesis de racionalidades. Un ejemplo que exhibe el esfuerzo de sintetizar la riqueza en racionalidad inherente a los derechos humanos es la práctica del principio de proporcionalidad. El objetivo de este principio es lograr el óptimo paretiano (una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra), cuando hay concurrencia de derechos, mediante la aplicación de tres subprincipios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Alexy, 2011: 14). Cuando se resuelve un dilema siguiendo el principio de proporcionalidad, confirmamos la interdependencia de los derechos en el ejercicio de diversas prerrogativas y el disfrute de múltiples bienes, todos ellos integrados en la noción más amplia de bien humano.

#### 4. *Otros rasgos de los derechos humanos*

El artículo 1o. de la CPEUM expone una descripción de los derechos humanos a través de cuatro rasgos, y a ellos he dedicado las páginas precedentes. No obstante, hay otras características relevantes que igualmente derivan de su fundamento y que merecen atención específica.

### A. Intangibilidad de los derechos humanos

Robert Spaemann (1998: 13) ha postulado una de las cuestiones más relevantes en relación con la naturaleza de los derechos humanos cuando se pregunta si son *edictos de tolerancia revocables*; o, con otros términos, ¿se trata de reivindicaciones que nos concedemos recíprocamente mediante sistemas de prerrogativas y prestaciones cuya titularidad y alcance dependen del arbitrio creador de tal sistema? Si la respuesta es afirmativa, estamos en presencia de la tesis de contingencia.<sup>17</sup> Si la respuesta es negativa, entonces puede concluirse, en primer lugar, que los derechos humanos son jurídicos de forma pre-positiva, y en segundo lugar, que la validez, así como el carácter vinculante de las obligaciones a ellos asociadas (respeto, protección, garantía, etcétera), no dependen del convencimiento subjetivo de aquel que las debe respetar. En ambos casos se pone de manifiesto el rasgo de la intangibilidad de los derechos humanos.

La intangibilidad de los derechos humanos cobra particular interés en el marco de las reflexiones en torno a la democracia y sus principios rectores. ¿Una decisión democráticamente asumida, por ejemplo una ley creada respetando estrictamente el principio de la regla de la mayoría, puede desplazar o limitar un derecho humano? Atendiendo al carácter intangible de este último, debe responderse que no: si bien la decisión democrática obtiene parte importante de su valor precisamente en el cumplimiento de los requisitos procedimentales que legitiman la regla de la mayoría, el valor moral de ésta es inferior al de cualquiera de los derechos humanos. Jon Elster (1998) ha insistido enfáticamente en este hecho al admitir la necesidad de reconocer un límite ético para controlar el poder normativo de la decisión mayoritaria. Este límite, localizado en los derechos humanos, no representa una represión irracional o ilegítima contra la democracia. Al contrario, se trata de una condición para que la propia regla de la mayoría pueda ser viable en el más amplio sentido de la palabra: la afectación de los derechos humanos por parte de una decisión mayoritaria afecta necesariamente a la participación política real e igual, al imperio de la ley, a la riqueza de la diversidad humana, entre otras realidades fundamentalmente valiosas para la propia democracia y el Estado de derecho.

---

<sup>17</sup> Según la tesis de contingencia, la vinculatoriedad de los derechos depende exclusivamente de las decisiones que se expresan en el derecho positivo, es decir, de las decisiones del legislador, las cuales son, por naturaleza, contingentes (Alexy, 2011: 24).

El artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949), relativo a los procedimientos de su reforma, establece en su inciso 3: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... los principios enunciados en los artículos 1 y 20”; esto es, el listado de derechos protegidos jurídicamente a partir del reconocimiento de la intangibilidad de la dignidad humana. El texto citado es un ejemplo de cláusula pétrea; se trata de un límite material expreso para la actividad reformadora de la norma constitucional justificado en razón de su origen (ha sido establecido por el órgano constituyente), pero sobre todo justificado por su finalidad: garantizar la intangibilidad de un hito jurídico-político esencial, como lo es el reconocimiento de los derechos humanos, para que no sea alterado en épocas venideras a causa de contingencias políticas, aunque cuenten con un respaldo democrático importante. Con las cláusulas pétreas o de intangibilidad se conecta el orden constitucional positivo con el marco de racionalidad práctica propio de los derechos humanos, el cual establece una clara frontera entre lo tolerable y lo intolerable.

Por otro lado, la expansión e influencia del relativismo moral<sup>18</sup> ha provocado que la cultura contemporánea pierda de vista la importancia de reconocer y defender la validez de absolutos morales, es decir, de normas que identifican aquellos actos malos en sí mismos (*mala in se*): gravemente erróneos, independientemente de las circunstancias. En contraste con esa tendencia, el preámbulo de la DUDH justifica la presencia de estos imperativos absolutos con el fin de lograr la aspiración humana de un mundo en paz, donde los seres humanos se liberen del miedo y la miseria (*free from fear; free from want*). El carácter indisponible de los derechos humanos contribuye a la reintroducción de los absolutos morales, asumiendo el papel de normas inmutables e incondicionales, clave de bóveda para el razonamiento práctico. La prohibición absoluta e incondicionada de la esclavitud o de la tortura son claros ejemplos de que los derechos humanos son derechos indisponibles y absolutos; es decir, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como exigencia moral que hay que satisfacer (Laporta, 1987: 39).

---

<sup>18</sup> Una posición relativista es aquella que rechaza toda afirmación acerca de si algo es bueno o malo en sentido moral de una manera objetiva, cierta y segura. A partir de esta premisa se sostiene que las ideas y las reglas morales difieren dependiendo del lugar y tiempo, y de ello se concluye un principio: no puede afirmarse racionalmente la validez objetiva de ningún criterio o norma moral (Bilbeny, 2000: 289).

## B. *Imprescriptibilidad de los derechos humanos*

La prescripción es una institución fundada en el principio de seguridad jurídica. En términos generales, supone que el deudor no puede continuar siéndolo de forma indefinida, sobre todo si el acreedor no reclama judicialmente el cumplimiento de la obligación que le corresponde. Ahora bien, para ciertos derechos subjetivos, cuya importancia es claramente reconocida, y para los derechos humanos se establece la preeminencia de su protección respecto del paso del tiempo, declarándolos imprescriptibles (González, 2002). La imprescriptibilidad de los derechos humanos se proyecta con mayor contundencia en el ámbito del derecho penal: son imprescriptibles los delitos con los que se causa su vulneración. El artículo 29 del Estatuto de Roma, la norma constitutiva de la Corte Penal Internacional, establece la imprescriptibilidad de los delitos que configuran su competencia material: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.<sup>19</sup>

El reconocimiento de la imprescriptibilidad de las reclamaciones por la violación de derechos humanos contribuye a materializar una situación de justicia para la víctima: es un reclamo de tal importancia que permanece vigente a pesar del paso del tiempo, pues representa la exigencia por restaurar el ejercicio del derecho vulnerado, repara los daños o, en su caso, indemnizar. Por otro lado, la imprescriptibilidad es pieza clave en la lucha contra la impunidad, en el entendido de que a este propósito se suma el de la configuración de la responsabilidad internacional de los Estados que la propicien. En efecto, si hubiese límite temporal para la imputación de responsabilidad por violaciones a los derechos, se alimentaría la posibilidad de una doble vulneración: la que se produce en los actos positivos que constituyen el ilícito criminal, y la asociada con la actitud pasiva del Estado que fomenta la impunidad de aquéllos (Bernal, 2007: 247).

---

<sup>19</sup> La inclusión de la imprescriptibilidad de los delitos que integran la competencia material de la Corte Penal Internacional representa un avance en la extensión de este principio a nivel global, ya que propicia la homologación del estatuto jurídico de diversos delitos en las legislaciones de los Estados parte del Estatuto de Roma. “When States undertake revisions of their legislation as part of the process of accession to or ratification of the Statute, they should be advised to eliminate provisions that are incompatible with article 29. In most States, judges might even apply article 29 directly in order to supercede contrary penal legislation” (Triffterer Otto *et al.*, 2013: 1107).



### *C. Inalienabilidad de los derechos humanos*

En su significado jurídico más amplio, se entiende por inalienabilidad “la calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilitan de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico” (González, 2002a: 454). En la práctica de los derechos humanos, la inalienabilidad es una característica referida a la conducta del titular del derecho. Según Antonio L. Martínez-Pujalte (1992: 87), un derecho será inalienable si su titular no puede disponer del derecho jurídicamente, ni tampoco destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible. Así, la inalienabilidad de los derechos humanos hace referencia a un atributo que genera cierta perplejidad, sobre todo a la luz de las ideas muy arraigadas en la cultura jurídica moderna, como la primacía de la autonomía de la voluntad: si un derecho humano es inalienable, su ejercicio se representa como un deber que no necesariamente ha sido validado mediante la voluntad de su titular. Es necesario entonces aclarar que la inalienabilidad de los derechos humanos se refiere, sobre todo, y en la mayoría de los casos, a la titularidad del derecho, no exclusivamente a su ejercicio. En efecto, el contenido de los derechos supone la posibilidad jurídica de ejercitarlos a partir de las decisiones que asuma voluntariamente su titular. No obstante lo anterior, existe una condición imperativa para que sea admisible la abstención al ejercicio de un derecho inalienable: la reversibilidad. Es decir, la posibilidad de que la abdicación al ejercicio no lo imposibilite en el futuro. Por ello, la reversibilidad en el ejercicio de un derecho se plantea de manera particular en aquellos en los que titularidad y ejercicio se encuentran tan intrínsecamente unidos que no es posible establecer diferencias entre uno y otro: el caso paradigmático es el derecho a la vida, pues no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a la titularidad (Talavera, 2006: 214).

¿Por qué son inalienables los derechos humanos? Si la vulneración de un derecho humano es injustificada, incluso cuando su titular ha consentido en tal vulneración e invasión, es por el tipo de bien implicado en él: es de tal importancia para su titular como para el resto de personas que serían titulares de igual derecho. Esta realidad se ha comprendido de manera más clara a partir del reconocimiento del derecho humano al medio ambiente adecuado, y en general de los llamados derechos de tercera generación

o derechos de solidaridad.<sup>20</sup> En efecto, no es lícito renunciar voluntariamente al derecho al medio ambiente adecuado, y así justificar los actos de contaminación realizados por uno de los titulares de este derecho, incluso asumiendo personalmente el efecto de su acto, porque el bien que afecta para sí también lo afecta para los demás. En clave antropológica, Jesús Ballesteros (2000: 147) explica que la inalienabilidad de los derechos humanos se desprende de la comprensión de la persona de acuerdo con su terminología originaria, como *prosopon*, como ser abierto a lo real, como guardián y custodio de la realidad para sus coetáneos y para los miembros de las generaciones futuras.

### III. CONSOLIDANDO LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS: CINCO TENDENCIAS ACTUALES

La conexión de los derechos humanos con el Estado de derecho impulsa tendencias a nivel nacional e internacional que comparten el objetivo trazado por el artículo 28 de la DUDH, es decir, generar las condiciones necesarias y suficientes para que todo individuo de la especie humana acceda, de forma segura y eficaz, a ciertos bienes fundamentales.

Desde mi punto de vista, entre otras, las tendencias que se han consolidado en los últimos tiempos son: *a)* la ampliación del contexto de juridicidad de una conducta: del nexo con la ley a la relación entre personas; *b)* la consolidación del imperativo por eliminar situaciones de discriminación; *c)* la integración de la matriz de racionalidad de lo jurídico con la matriz de racionalidad de los intereses humanos fundamentales; *d)* la superación de los obstáculos que inhiben la realización de los intereses humanos fundamentales; *e)* el cumplimiento de la promesa moral de los derechos humanos. Analicemos a continuación cada una de estas tendencias.

(a) Respecto de la primera tendencia arriba enunciada, puede observarse que, en razón de los derechos humanos, el propósito del cumplimiento de un amplio sector de deberes jurídicos adquiere una renovada claridad. Efectivamente, desde que los derechos humanos son reconocidos e insti-

---

<sup>20</sup> Como lo explica Jesús Ballesteros (1995: 89), “los derechos de la tercera generación vuelven a poner en primer lugar la nota de la inalienabilidad al colocar bajo sospecha las notas de la exclusividad y de la libre disposición, sustituyéndolas por la de la administración responsable. Se trata de evitar daños irreversibles, de carácter colectivo, que podrían suponer el suicidio de la especie, y de ahí su inalienabilidad”.

tucionalizados conviven obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento logra un objetivo (pensemos en el objetivo de establecer el horario comercial en una ciudad), y obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento posibilita un fin: la realización plena de cada ser humano. El deber jurídico vinculado a un derecho humano, explica Ernest Tugendhat (1993: 15), deviene en una obligación en el sentido originario del término: por virtud de tal obligación el responsable de su cumplimiento se encuentra unido o ligado al bien del titular del derecho. A este tipo de vínculo Jürgen Habermas (2012: 77) lo denomina *relación moral*. Aquí una persona vinculada a otra se pregunta lo que le debe, prescindiendo completamente de cuál sea la relación social en que se encuentra respecto a ella, de cuál pueda ser su comportamiento o lo que de ella pueda esperar.

En síntesis, con los derechos humanos nos situamos ante una forma de justicia cualificada por el valor inconmensurable de su titular. Esto debe llevarnos a considerar que el incumplimiento de una obligación basada en normas ordinarias puede ser compensado, mientras que el incumplimiento de una obligación vinculada a un derecho humano puede provocar un daño que, en no pocas ocasiones, resulta ser irremediable.

(b) La segunda tendencia que consolida el vínculo entre el Estado de derecho y los derechos humanos tiene que ver con el deber de trato igual para todos. Actualmente es un principio moral indisputado la proscripción de las discriminaciones primarias, es decir, aquellas que niegan igual valor a todo ser humano. Por otro lado, y con el mismo propósito inclusivo, se autorizan las distinciones secundarias; es decir, aquellas que suponen una distribución desigual de bienes justificada por el mismo respeto hacia todos. En ambos casos queda claro que la dignidad está presente en cada ser humano concreto, de tal forma que resulta un imperativo actualizar la igualdad de trato, atendiendo a la pluralidad de modos en que se manifiesta el *ser* del ser humano (Fernández, 2003: 49). En concreto, la experiencia de igualdad impulsada por los derechos humanos nos ayuda para identificar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad de trato entre dos o más personas es tolerable. Asimismo, la experiencia de la igualdad se desdobra a través de las distinciones entre igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, igualdad real e igualdad formal, igualdad y prohibición de la discriminación. El derecho a no ser discriminado, en este sentido, es fuente de un conjunto nutrido de deberes, entre los que destacan el que establece la igualdad de trato y las prohibiciones de discriminación tanto directas como

indirectas, y, por otro lado, los que garantizan la igualdad de oportunidades y la licitud y exigencia de medidas de acción positiva.

(c) Durante un largo periodo de tiempo, las tesis de Hobbes sobre la justicia como legalidad fueron hegemónicas en el diseño, realización y explicación de lo jurídico. Recordemos que en la perspectiva hobbesiana de la justicia tiene primacía la positividad de las leyes. Lo justo se predica de un acto que se ajusta a lo prescrito en la ley, pero ésta no es ni justa ni injusta. Se trata de la conocida como *no-rights thesis* donde lo jurídico, en su afán de certeza, no compromete su validez con contenidos éticos o de justicia sustantivos, como los derechos humanos, de tal manera que puede ser completamente válido-vinculante-coactivo aun cuando legalice la esclavitud u otras formas graves de vulneración de la dignidad humana (Fox-Decent, 2008: 533).

La tendencia emergente es diametralmente opuesta y ha implicado una reinterpretación de la certeza jurídica. Claro ejemplo de esto se encuentra en las reflexiones de Aulis Aarnio (1990) sobre el razonamiento jurídico. Antes de los derechos, el valor de tal certeza jurídica reposaba únicamente en la posibilidad de anticipación sobre la base de una práctica previsible. De acuerdo con esta formulación, certeza jurídica es el antídoto contra la arbitrariedad de la discrecionalidad. A partir de la incorporación de los derechos humanos en la práctica jurídica cotidiana, la certeza del derecho ya no descansa exclusivamente en la forma, sino que abarca dos elementos: un razonamiento jurídico no arbitrario que concreta el principio de legalidad y la obtención de un bien sustantivo que es provisto por los derechos humanos. Con esto, las prioridades del Estado de derecho se enfocan en garantizar la calidad de vida y, coherentemente con ello, proteger al más débil en cualquier relación social.

(d) En abril de 1966, Theodor Adorno abre la célebre conferencia “La educación después de Auschwitz” con la siguiente afirmación: “La exigencia de que Auschwitz no se repita es la primera de todas en la educación. Hasta tal punto precede a cualquier otra que no creo deber ni poder fundamentarla” (2016: 39). Estas palabras sintetizan la cuarta tendencia sobre la que quisiera reflexionar: aquella dirigida a superar los obstáculos que impidan el respeto y la realización de los intereses fundamentales inherentes a los derechos humanos. Se trata del propósito civilizatorio que resulta de haber reconocido los derechos y que se traduce en la lucha permanente contra la injusticia para concretar la justicia. Con palabras de Luis Villoro:

“la injusticia es una carencia experimentada de valor objetivo; de esa experiencia puede partir la proyección, basada en razones, de una situación posible en que se daría ese valor” (2000: 105).

Entre los obstáculos que se levantan contra los derechos humanos hay uno que, desde mi punto de vista, resulta particularmente pernicioso: su trivialización moral. Por trivialidad moral entiendo la pérdida de capacidad de los derechos para transformar positivamente a las sociedades donde se han reconocido, e incluso la pérdida de capacidad para mantener el ritmo de reconocimiento global que hasta ahora han desarrollado. Uno de los fenómenos que propicia la trivialidad moral de los derechos es la incapacidad para distinguir entre reivindicaciones que atienden verdaderamente intereses humanos fundamentales y las que no. Como lo explica John Tasioulas, “para evitar que los derechos humanos sean víctimas de su propia popularidad se requiere de una forma organizada, conforme a principios, para distinguir a los derechos verdaderos, de la supuesta avalancha de derechos falsos” (2008: 41).

Por razones de espacio, este no es lugar para ahondar en esta cuestión. Sin embargo, vale la pena tener conciencia del problema para superarlo oportunamente. Mientras tanto, adelanto que una estrategia para realizar la distinción entre derechos verdaderos y falsos puede situarse en el contexto de su adjudicación. Como sabemos, en la adjudicación puede haber colisión entre derechos. En efecto, éstos “son en cierta medida exclusivos, pues cada uno exige la excelencia en la garantía de un bien; son plurales pues son muchos los bienes a garantizar; pero, simultáneamente, no pueden ser tutelados unos en detrimento de otros” (Trujillo, 2005: 230). Admitido lo anterior, en el momento de su adjudicación los derechos demuestran su autenticidad si son compatibles con el ejercicio de otros derechos; o, con otros términos, los derechos son jurídicamente razonables y por tanto verdaderos cuando *no excluyen* a otros derechos ni a otros principios jurídicos.<sup>21</sup> Esto es crucial para la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos: simple y llanamente tal compatibilidad es la garantía radical para el ejercicio de los derechos de todos,

---

<sup>21</sup> Debemos aclarar que, en el contexto de este argumento, *excluir* no significa limitar. La exclusión sería una eliminación absoluta de las posibilidades de ejercicio de un derecho. La limitación de un derecho, por su parte, modera su ejercicio contando con razones que de forma solvente así lo justifican. La resolución razonable o de compatibilidad de controversias en las que se ven involucrados derechos humanos buscaría la limitación fundamentada cuando el caso lo amerite.

y por lo tanto del imperativo de trato igual. De ello puede derivarse un principio: ningún derecho humano debe ser absolutamente sacrificado en favor del ejercicio, respeto o promoción de otro derecho humano (Trujillo y Viola: 13).

(e) Me detengo, finalmente, en la tendencia que apunta al cumplimiento de la promesa moral asociada al reconocimiento de los derechos humanos. Consiste en realizar, con el mayor grado de perfección posible, el sustrato normativo fundado en la igual dignidad de toda persona. Con palabras de Habermas (2012: 80), los derechos humanos constituyen una utopía realista en la medida en que no proponen imágenes engañosas de un modelo social que promete felicidad colectiva, sino que fundan el ideal de sociedad justa en los cimientos mismos del Estado constitucional.

Esta tendencia empuja hacia el escrutinio y la evaluación permanente del *statu quo* institucional para confirmar si favorece o impide la eficacia de los derechos humanos. Thomas Pogge (2010: 52) denomina esta actividad como “diagnóstico moral institucional”, y asume la posibilidad de que la vigencia y cumplimiento de normas formalmente válidas, independientemente de que su alcance sea local, internacional o global, puede obstaculizar o incluso cancelar la eficacia de los derechos humanos, y con ello sostener y perpetuar estructuras de injusticia. A partir del resultado que arroje el diagnóstico moral institucional y con fundamento en el reconocimiento de los derechos humanos, surge el deber por revisar y transformar el sistema institucional *ad intra* de los Estados y el que regula las relaciones entre ellos.

En definitiva, una sociedad y sus instituciones no pueden ser jamás las mismas si en ellas se ha introducido la conciencia sobre el valor e importancia de la dignidad humana. No importa que tan alejada se encuentre una sociedad de los presupuestos culturales que facilitan esa conciencia, tarde que temprano entrará en contacto con la concepción de lo justo anclada en los derechos, evidenciando la hondura y urgencia de su promesa.

#### IV. REFERENCIAS

AARNIO, A. (1990). “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 8.

- ADORNO, T. (2016). “La educación después de Auschwitz”. *Delito y Sociedad*. 2(3).
- ALEXY, R. (2010). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 91.
- BALLESTEROS, J. (1973). “El derecho como no-discriminación y no-violencia”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 17.
- BALLESTEROS, J. (1995). *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid: Tecnos.
- BALLESTEROS, J. (1999). *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*. Valencia: Real Academia de Cultura Valencia.
- BALLESTEROS, J. (2000). *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos.
- BERNALES, G. (2007). “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”. *Revista Ius et Praxis*. 13,1.
- BILBENY, N. (2000). *Aproximación a la ética*. Barcelona: Ariel.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- D’AGOSTINO, F. (2007). *Filosofía del derecho*, Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana.
- ELSTER, J. (1998). “Régimen de mayorías y derechos individuales”. En SHUTE, S. y HURLEY, S., *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Madrid: Trotta.
- FERNÁNDEZ, E. (1997). “Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 13-14.
- FERNÁNDEZ, E. (2003). *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- FOX-DECENT, E. (2008). “Is the Rule of Law really indifferent to Human rights?”. *Law and Philosophy*. 27, 6.
- FREEMAN, M. (2017). “Universalism of human rights and cultural relativism”. En SHEERAN, S. y RODLEY, N. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Nueva York: Routledge.
- GONZÁLEZ, S. (2002). Voz “Imprescriptibilidad”. *Enciclopedia jurídica mexicana*. T. 4. México: Porrúa-IIIJ.
- GONZÁLEZ, S. (2002a). Voz “Inalienabilidad”. *Enciclopedia jurídica mexicana*. México: Porrúa-IIIJ.

- HABERMAS, J. (2012). "The concept of human dignity and the realistic utopia of Human rights". En CORRADETTI, C. *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Heidelberg: Springer.
- HIERRO, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- IGNATIEFF, M. (2003). *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós.
- INGIYIMBERE, F. (2017). *Domesticating Human Rights. A Reappraisal of their Cultural-Political Critiques and their Imperialistic Use*. Nueva York: Springer.
- KYMLICKA, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- LAPORTA, F. (1987). "El concepto de derechos humanos". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 4.
- MACINTYRE, A. (2004). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1992). "Los derechos humanos como derechos inalienables". En BALLESTEROS, J. *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1995). "La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona". En BALLESEOS, J. *Justicia, solidaridad y paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*. T. 1. Valencia: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
- MATA, G. (2018). "El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 39. Junio-diciembre.
- MONZÓN, A. (1992). "Derechos humanos y diálogo intercultural". En BALLESTEROS, J. *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos.
- MUTUA, M. (2001). "Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights". *Harvard International Law Journal*. 42,1.
- NIKKEN, P. (1994). "El concepto de los derechos humanos". *Estudios básicos de derechos humanos*. T. 1. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- OLLERO, A. (1990). "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía". *Persona y Derecho*. 22.



- PÉCES-BARBA, G. (1994). "Universalidad de los derechos". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 15-16.
- POGGE, T. (2009). *Hacer justicia a la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- POGGE, T. (2010). *Politics as usual. What lies behind the Pro-poor Rhetoric*. Cambridge: Polity Press.
- POSNER, E. (2014). *The twilight of Human rights law*. Nueva York: Oxford University Press.
- PRIETO, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- RACHELS, J. (2007). *Introducción a la filosofía moral*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SALMERÓN, F. (1998). *Diversidad cultural y tolerancia*. México: Paidós-UNAM.
- SEBRELI, J. (1992). *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*. Barcelona: Ariel.
- SPAEMANN, R. (1988). "Sobre el concepto de dignidad humana". *Persona y Derecho*. 19.
- SPAEMANN, R. (1998). *Persons. The Difference Between "Someone" and "Something"*. Oxford: Oxford University Press.
- TALAVERA, P. (2006). "Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?". En MEGÍAS, J. *Manual de derechos humanos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- TASIOULAS, J. (2008). "La realidad moral de los derechos humanos". *Anuario de Derechos humanos*. 4.
- TAYLOR, Ch. (1992). "La política del reconocimiento". En TAYLOR, Ch. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TRIFFTERER O. *et al.* (2013). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford: Hart.
- TRUJILLO, I. (2005). "Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables". *Persona y Derecho*. 52.
- TRUJILLO, I. y VIOLA, F. (2014). *What Human Rights are not (or not only). A negative path to human rights practice*. Nueva York: Nova Publishers.
- TUGENDHAT, E. (1993). *Justicia y derechos humanos*. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona.

VILLACAÑAS, J. (1998). “El derecho a la identidad cultural: reconocimiento y multiculturalismo”. *Revista Valenciana D’estudis Autònomicos*. 24.

VILLORO, L. (2000). “Sobre el principio de injusticia: la exclusión”. *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*. 22.

WALDRON, J. (2012). *Dignity, rank and rights*. Nueva York: Oxford University Press.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## A responsabilidade civil decorrente da prática do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar

### *The civil responsibility arising from the practice of bullying and cyberbullying in the school environment*

Recepción: 30 de julio de 2021

Aceptación: 22 de noviembre de 2021

João Gabriel YAEGASHI\*

Cleber SANFELICI OTERO\*\*

Solange Franci RAIMUNDO YAEGASHI\*\*\*

Nilson ALVES FERREIRA\*\*\*\*

**RESUMO:** Este artigo, de cunho teórico, apresenta um estudo do bullying e do cyberbullying no ambiente escolar, bem como da responsabilidade civil decorrente dessas práticas e da violação dos direitos da personalidade. Para tanto, procede-se a uma pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o bullying e o cyberbullying consistem em um relevante problema no cenário educacional nacional, porquanto viola

**ABSTRACT:** This theoretical article presents a study of bullying and cyberbullying in the school environment as well as the civil responsibility arising from these practices and the violation of personality rights. To do so, bibliographical and documentary research is carried out. It is concluded that bullying and cyberbullying are relevant problems in the national educational scenario, as they violate several personality rights

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista CAPES. Advogado. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6341-0942>; [jgyaegashi@hotmail.com](mailto:jgyaegashi@hotmail.com).

\*\* Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Juiz Federal. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>; [cleber.otero@unicesumar.edu.br](mailto:cleber.otero@unicesumar.edu.br).

\*\*\* Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Docente no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Psicóloga. Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7666-7253>; [solangefry@gmail.com](mailto:solangefry@gmail.com).

\*\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Advogado. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8152-4492>; [nilson.alves@hotmail.com](mailto:nilson.alves@hotmail.com).

diversos direitos da personalidade e implica graves consequências biopsicossociais para os envolvidos, de modo que todos devem contribuir para a sua prevenção e repressão, principalmente os estabelecimentos de ensino, os quais possuem esse dever imposto de maneira específica pela legislação brasileira; no caso de sua inobservância e omissão específica, deverão reparar, de forma objetiva, todos os danos sofridos pelas vítimas do evento.

**Palavras-chave:** *Bullying; Cyberbullying; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Responsabilidade Civil.*

*and cause serious biopsychosocial consequences for those involved, so that everyone should contribute to its prevention and repression, especially educational establishments, which have this duty imposed in a specific way by the Brazilian legislation; in the event of non-compliance and specific omission, they must objectively repair all damages suffered by the victims of the event.*

**Keywords:** *Bullying; Cyberbullying; Dignity of the human person; Personality Rights; Civil responsibility.*

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *A dignidade da pessoa humana e o direito à educação.* III. *Bullying, cyberbullying e a violação aos direitos da personalidade.* IV. *Responsabilidade civil pela ocorrência do bullying e do cyberbullying na instituição de ensino.* V. *Considerações finais.* VI. *Referências.*

## I. INTRODUÇÃO

A crescente preocupação com as práticas do *bullying* e do *cyberbullying* no cenário nacional é de conhecimento notório. Trata-se de um fenômeno abordado de forma crescente e interdisciplinar por pesquisadores de diversos campos do conhecimento, atualmente tutelado pela legislação pátria, com vistas a materializar sua prevenção e repressão. Essas práticas de violência entre pares, que ocorrem em sua maioria no ambiente escolar, logo, em um local onde as pessoas estão em especial fase de desenvolvimento, são ainda mais prejudiciais quando ocorridas pelo meio eletrônico, que possibilita uma incalculável difusão e exposição de informações das vítimas.

Nesse contexto, depara-se o poder judiciário cada vez mais com demandas que buscam a responsabilização por tais condutas, sobremaneira no tocante à reparação civil, que vai além da pessoa causadora do dano, estende-se, por vezes, ao Estado e à própria instituição de ensino, que possuem o dever de vigilância sobre a incolumidade dos estudantes a eles confiados.

Neste artigo, portanto, destaca-se o estudo dos fenômenos do *bullying* e do *cyberbullying* no âmbito das instituições de ensino, bem como a responsabilidade civil decorrente dessas práticas e da violação dos direitos da personalidade. O problema a ser investigado se remete à forma como a legislação brasileira aborda a responsabilização civil pelas práticas do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar.

Justifica-se o presente estudo na medida em que o Brasil lidera pesquisas de *ranking* de violência, não sendo a violência escolar uma exceção, já que as medidas até então tomadas não têm contribuído para a reversão desse quadro nas escolas, que contam, recorrentemente, com denúncias acerca de casos que envolvem o *bullying* e o *cyberbullying*. Nesse âmbito, é necessário reafirmar o dever legal de todos e, principalmente, das instituições para a prevenção e repressão da intimidação sistemática, sob pena de responderem civilmente pelo ocorrido.

Para fins didáticos, o artigo está dividido em três seções. Na primeira, estabelece-se a construção da pessoa humana pautada em sua dignidade e o seu direito ao desenvolvimento e educação no Estado de Direito. Na segunda, discute-se como o *bullying* e o *cyberbullying* têm sido abordados pela comunidade científica e como afetam as relações escolares, com especial enfoque nos direitos da personalidade violados. Por fim, na terceira seção, discorre-se sobre o embasamento jurídico para a responsabilização civil e reparação das vítimas desses eventos.

A fim de atender ao objetivo do estudo, emprega-se o método dedutivo, com vistas a revelar como opera a tutela dos direitos da personalidade pela responsabilidade civil no ordenamento brasileiro em decorrência das práticas de *bullying* e/ou *cyberbullying*. Procedeu-se a uma pesquisa documental, tendo como fonte a legislação brasileira, e bibliográfica, com a intenção de compreender o desenvolvimento da abordagem jurídica da matéria até o estágio atual; para tanto, recorreu-se a artigos disponibilizados nos periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), livros e demais produções sobre a temática.

## II. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A concepção da ideia de “pessoa” e do que seria sua personalidade decorre de um processo histórico de construção que culminou na atual perspectiva de dignidade, a qual fundamenta a República Federativa do Bra-

sil, como se extrai do Art. 1o., inciso III, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Na Antiguidade Clássica, o reconhecimento e a proteção da personalidade eram paralelos à posição social do indivíduo, o que foi radicalmente alterado pelo Cristianismo, que passou a considerar todas as pessoas humanas, detentoras de livre arbítrio e sujeitos de direito (Bana, 2016). Logo, a religião cristã possui protagonismo na concepção de “pessoa” e sua relação com o ser humano. Destaca-se a obra de São Tomás de Aquino, que fomentou a expressão *dignitas humanas* e a fundou em sua racionalidade (Sarlet, 2004).

Por diversos fatores, essa concepção foi esvaziada ao longo dos séculos, o que culminou em diversos conflitos internos e externos nos Estados e, por fim, nas guerras mundiais. Somente após a Segunda Guerra Mundial que a dignidade humana foi reconhecida em norma jurídica de caráter imperativo, inclusive de forma internacional, no bojo do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Bana, 2016). De fato, passados os horrores da guerra, reconheceu-se a necessidade de um esforço para a reconstrução dos direitos humanos no cenário internacional, de maneira a reduzir o domínio exclusivo do Estado, entendimento inaugurado pela Declaração Universal de 1948, que trouxe a chamada concepção contemporânea de direitos humanos (Piovesan, 2010).

Esse processo de universalização permitiu a formação de um sistema internacional de direitos humanos destinado à sua proteção, com a ideia de um mínimo ético irredutível, fundada no valor da primazia da pessoa humana. Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas adotou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, de forma a aproximar o conceito de desenvolvimento com a justiça social, meio ambiente sustentável e democracia, e não puramente econômico, como outrora se pensava (Sousa, 2010).

A concepção ética de dignidade humana, de caráter universal e independente de concepções religiosas, é a prevalentemente aceita atualmente, notadamente no âmbito jurídico. Tem-se que os objetos ou coisas são medidos por seu valor econômico, ao passo que o ser humano, distintamente, é medido por sua dignidade, um valor inerente e universal a todos os seres humanos. Nas palavras de Kant (1986: 77): “quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

É na dignidade da pessoa humana, pedra angular do sistema jurídico e fundamento do Estado de Direito, que se respalda a validade de todos os demais direitos. Trata-se de uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção dos direitos fundamentais e da personalidade em suas mais diversificadas manifestações (Tepedino, 2004). Essa qualidade é intrínseca, universal, indissociável, irrenunciável e inalienável. Torna o ser humano merecedor de respeito e sujeito de direitos perante a sociedade e o Estado, que, por seu turno, deve proteger o ser humano contra abusos e degradações, bem como lhe garantir o mínimo existencial para uma vida digna em comunidade (Sarlet, 2015).

Portanto, a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de Direito, é o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma ordem constitucional. A respaldar todo o sistema de direitos fundamentais e da personalidade na dignidade humana, elege-se a pessoa como o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Acertadamente, um dos mecanismos previstos pelo Estado para a concretização da dignidade humana e pleno desenvolvimento da pessoa foi a educação, apontada como direito fundamental de segunda dimensão, logo, de cunho social em nosso ordenamento constitucional, o que vem expressamente previsto no Art. 60., *caput*, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Esse direito social vem novamente previsto na mesma Constituição, em um capítulo destacado e em uma seção exclusiva, compreendida entre os arts. 205 e 214. Destaca-se o primeiro, que assim dispõe: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Brasil, 1988, *on-line*).

A legislação infraconstitucional ecoa a referida normatização e tem, por principal expoente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que orienta o ensino pelos seguintes princípios:

Art. 3. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

- VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII – valorização do profissional da educação escolar;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- IX – garantia de padrão de qualidade;
- X – valorização da experiência extraescolar;
- XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais;
- XII – consideração com a diversidade étnico-racial (Incluído pela Lei no. 12.796, de 2013);
- XIII – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (Incluído pela Lei no. 13.632, de 2018) (Brasil, 1996, *on-line*).

O desenvolvimento integral do ser humano tem, por pressuposto, o seu acesso à educação e ao acervo cultural da humanidade. Cabe ao Estado e à sociedade o estímulo para a permanência do indivíduo no seio escolar. Fachin (2013) leciona no mesmo sentido, ao discorrer acerca do direito à educação:

...tem por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Tanto no âmbito da escola pública quanto no da particular, a educação deve ter a pessoa humana como bem mais importante, tendo em vista o desenvolvimento da sua personalidade. Registre-se que o direito à educação transcende o indivíduo, visto que interessa a outras dimensões sociais (Fachin, 2013: 608).

Especialmente no tocante às crianças, adolescentes e jovens, em razão de seu reconhecido especial estado de desenvolvimento, prevê a Constituição como dever da família, da sociedade e do Estado, no *caput* do Art. 227, dentre outros, assegurar o direito à educação de qualidade e proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988), o que é respaldado e melhor discriminado nas disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990).

Destarte, permanece estreme de dúvidas que é um dever de todos assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem uma educação de qualidade, bem como resguardá-los em sua incolumidade físico-psíquica, de forma a promover seu integral desenvolvimento e, conseqüentemente, concretizar



sua dignidade na acepção imposta pela Constituição Federal em seu precitado Art. 1º., inciso III (Brasil, 1988).

### III. *BULLYING*, *CYBERBULLYING* E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não obstante se esperar e disciplinar que o ambiente escolar deva ser um local de aprendizagem, segurança, tolerância e respeito ao pluralismo, verifica-se uma realidade diversa, de forma que o poder público se depara, frequentemente, com a necessidade de adoção de novas práticas para a prevenção e combate ao *bullying* e ao *cyberbullying*.

É de conhecimento comum e notório que a violência é um problema estrutural no Brasil, o que se apresenta por diversas variantes e causas. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que, em 2018, o Brasil era o nono país mais violento do mundo, ostentando uma média de homicídios de 31,1 (trinta e um vírgula um) para cada 100.000 (cem mil) habitantes (Porfírio, 2021), fora outras e igualmente relevantes formas de violência, como a violência doméstica, urbana, sexual, racial, policial e, especialmente, aquela em que se dará maior enfoque neste estudo: a violência escolar.

A violência escolar pode ser vista sob uma perspectiva macro e uma micro: na primeira, o ambiente escolar é palco de violência contra si próprio (como em casos de vandalismo ou atentados) e, na segunda, a escola é palco de violência em relações interpessoais (Bana, 2016). Focar-se-á nesta, em razão de alocar o *bullying* e o *cyberbullying*, objetos de estudo do presente artigo.

O *bullying* como violência escolar passa longe de ser um fenômeno contemporâneo; há registros que remontam a sua ocorrência desde 1.240 d.C. nas primeiras universidades inglesas (Lima, 2019). Todavia, o termo “*bullying*” passou a ser utilizado em meados da década de 1970, após os estudos do professor Dan Olweus, da Universidade de Bergen na Noruega (Bana, 2016).

Narra Olweus (1993) que, ainda no final dos anos 60, houve uma grande preocupação dos pais com a violência entre estudantes na Suécia, atenção que se expandiu para outros países escandinavos, embora sem uma intervenção inicial por parte do governo. Para o fenômeno, à época, preferia-se empregar o termo *mobbning* (na Suécia e Finlândia) ou *mobbing*

(na Noruega e Dinamarca), porém seria uma palavra inadequada por se referir à violência por grupos anônimos, ao passo que o *bullying* muitas vezes é exercido apenas individualmente, mas também por um grupo de estudantes, daí a preferência por este vocábulo. Assim, o autor define que um estudante é vítima de *bullying* quando é exposto, repetidamente e muitas vezes, a ações negativas por parte de um ou muitos outros estudantes.

Explica Olweus (1993) que, em 1982, devido a um caso envolvendo três meninos com idade entre 10 e 14 anos, que se suicidaram no norte da Noruega, principiou-se uma campanha governamental contra os problemas decorrentes de *bully victims* (vítimas de violência de valentões). Foi a partir de então que ele organizou uma pesquisa, com coleta de dados junto aos pais, professores e alunos das escolas de Bergen, com a constatação de que 30% a 40% foram inicialmente vitimizadas por um único estudante.

De acordo com Olweus (1993), o *bullying* é uma ação de violência sistemática, desigual e recorrente no ambiente escolar em que se distingue um agressor, que tem o intuito de causar dano a outra pessoa, a qual se encontra, geralmente, com poucos recursos para se defender. O autor explica que as crianças vítimas de *bullying* podem ser passivas, isoladas, introvertidas e/ou inibidas; apresentam uma percepção negativa de si mesmas e da situação em si, pois não conseguem enxergar alternativas para mudar a situação. Em alguns casos podem ser provocativas e apresentar um comportamento agressivo e/ou ansioso, que pode gerar conflitos no grupo no qual estão inseridas.

Ao corroborar, Bana (2016: 64) conceitua o *bullying* como uma violência escolar marcada por um “...conjunto de condutas agressivas e repetitivas praticadas em desfavor de outrem, intentando dor, angústia e sofrimento, decorrentes de atitudes insultuosas, humilhantes, danosas fisicamente e moralmente”.

A violência escolar tem, frequentemente, origem em casa, na família, muitas vezes decorrente de falha na educação (*culpa in educando*), de maneira que, se isso ficar comprovado, pode-se até mesmo ser justificativa, conforme leciona Tartuce (2012), para que também ocorra a responsabilização dos pais pelos atos de amedrontamento praticados pelo filho de maneira a ofender de forma danosa um colega da escola. Estudos mais recentes revelam, ainda, que o comportamento agressivo tem origem no modelo educativo familiar, a partir da agressividade e violência cometida pelos pais para punição dos filhos, de modo a influenciar no comportamento social desses (Weiner & Moreira, 2014; Silva *et al.*, 2021).

As práticas aludidas não ocorrem apenas no meio físico, pois igualmente podem se desdobrar pelo ciberespaço, ao que passam a ser classificadas como *cyberbullying*, um fenômeno que, a partir do enquadramento do *bullying* tradicional, faz uso dos meios eletrônicos disponíveis para a prática de intimidações ou agressões intencionais e contínuas contra a vítima (Herrera-Lopez, Romera & Ortega-Ruiz, 2018).

Consoante explicação de Juvonen e Gross (2008), o *cyberbullying* é largamente definido como o uso da internet ou outro aparelho de comunicação virtual para insultar ou ameaçar alguém, daí ser considerado um método de intimidação generalizado que pode acontecer com o uso de ferramentas da comunicação eletrônica, conforme se verificou a partir de matéria jornalística divulgada no USA Today (Swartz, 2005).

Segundo Yaegashi et al. (2021), as formas mais comuns de *cyberbullying* ocorrem, geralmente, por intermédio do envio de e-mails, mensagens de texto, divulgação de fotos e vídeos hostis, manipulação de imagens, afrontas em salas de bate-papo ou em redes sociais, que podem ser anônimas e atingir uma quantidade incalculável de expectadores em pouco tempo.

Em pesquisa realizada por Juvonen e Gross (2008), verificou-se uma sobreposição entre alvos e semelhanças entre o *bullying on-line* e na escola, pois 72% dos entrevistados relataram algum incidente *on-line* e 85% disseram ter sofrido *bullying* na escola, de maneira que houve associação dos ambientes para a prática dos insultos, porquanto dois terços das vítimas conheciam seus agressores, metade delas da própria escola.

Olweus (2012), no entanto, baseado em uma pesquisa com amostra grande de estudantes de Oslo na Noruega, bem como do sudeste e nordeste dos Estados Unidos, concluiu que o *cyberbullying* é fenômeno de baixa prevalência, sem aumento ao longo do tempo e sem a criação de novas vítimas e agressores, orientando as escolas a direcionarem os esforços no combate ao *bullying* tradicional.

No Brasil, embora sejam escassas as pesquisas de campo a respeito do *cyberbullying*, as poucas realizadas demonstram a sua ocorrência de maneira acentuada. Assim, em pesquisa realizada com estudantes em Porto Alegre e Taquari, no Estado do Rio Grande do Sul, verificou-se o envolvimento de 58% dos participantes como agressores, vítimas ou vítimas-agressoras (Mallman, Lisboa & Calza, 2018). Pesquisa com estudantes universitários do Brasil e de Portugal também revelou que em torno de 44% dos entrevistados chegaram a ser vítimas de *cyberbullying* em algum

momento da vida (Souza *et al.*, 2016). Em ambos, o maior percentual de vítimas era do sexo feminino.

O que normalmente se constata é uma extensão do *bullying* praticado na escola com o uso de ferramentas da internet. De qualquer forma, ainda que seja reduzida a associação entre o *bullying* tradicional e o *cyberbullying*, não significa que ela não possa ocorrer e assim se verifique, quando os mesmos agressores na escola encontram as vítimas nas redes sociais da internet, por exemplo.

A literatura aponta que no exercício do *cyberbullying* existem três papéis fundamentais: agressores, vítimas ou espectadores, e que as pessoas podem assumi-los alternadamente dependendo do contexto (Bayraktar *et al.*, 2015). Dentre esses papéis, o espectador costuma ocupar um papel central, uma vez que suas ações modificam o curso dos acontecimentos. Ou seja, podem reduzir os efeitos das ocorrências ao oferecer apoio às pessoas agredidas, ou reforçar a agressão ao aderir ao assédio, reproduzir o material em questão ou agir passivamente legitimando a ação dos agressores (Allison & Bussey, 2016; Moretti & Herkovits, 2021).

Juridicamente, o *bullying* possui conceituação própria evidenciada pela Lei no. 13.185, de 6 de novembro de 2015, que Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) e define, no § 1o. de seu Art. 1o., o que seria o *bullying*; já no parágrafo único de seu Art. 2o., demarcase o conceito legal de *cyberbullying*, sequencialmente destacados:

...§ 1o. No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Art. 2o. Caracteriza-se a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;

VII - isolamento social consciente e premeditado;

VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (Brasil, 2015, *on-line*).

Trata-se de um fenômeno corriqueiro nas escolas brasileiras, atualmente estudado de forma interdisciplinar em variadas áreas do conhecimento, e tratado como uma importante questão de saúde pública que demanda estratégias intrasetoriais de enfrentamento (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], 2016).

O Brasil ficou em segundo lugar, perdendo apenas para a Índia, em uma pesquisa realizada pelo instituto Ipsos,<sup>1</sup> a fim de indicar a maior frequência de casos de *cyberbullying* no mundo, o qual relatou a exposição de imagens íntimas não consentidas como a maior parte das ocorrências (Lima, 2019).

A maior gama de registros ocorre no contexto escolar, de forma a ocasionar sérias consequências biopsicossociais às vítimas (Borges *et al.*, 2018). A questão é ainda mais problemática quando essas práticas ocorrem em um ambiente virtual (*cyberbullying*), uma vez que o ciberespaço possibilita a rápida, ininterrupta e imensurável disseminação e exposição de informações da vítima (Lima, 2019; Oliveira *et al.*, 2015).

O *bullying* se exterioriza de forma direta (ataque imediato entre vítima e agressor) ou indireta (ataque mediato, provocado diante de manipulação, fofocas, indiferença, dentre outras circunstâncias). Em um ataque direto, a vítima vê seu agressor; já em um indireto, não raras vezes, sequer se sabe a quem responsabilizar (Lopes Neto, 2011).

As formas de exteriorização são salientadas em rol exemplificativo nos incisos do Art. 3o. da Lei no. 13.185/2015:

Art. 3o. A intimidação sistemática (*bullying*) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:

I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;

---

<sup>1</sup> O Instituto Ipsos, fundado na França, em 1975, é a terceira maior empresa de pesquisa e de inteligência de mercado do mundo. Está presente em 87 países, incluindo o Brasil.

- II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;
- III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
- IV - social: ignorar, isolar e excluir;
- V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;
- VI - físico: socar, chutar, bater;
- VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;
- VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social (Brasil, 2015, *on-line*).

As causas do *bullying* e do *cyberbullying* são diversas e conexas. Pode-se destacar fatores de ordem familiar, cultural, afetivos, escolares e sociais. Trata-se, em suma, de uma falta de valores e intervenção adequada junto às crianças para a formação de sua personalidade.

Em relação às consequências, pontua-se que todas as pessoas envolvidas são afetadas de certa maneira. Entretanto, as vítimas são as que sofrem em maiores proporções, pois, de maneira geral, “esta prática acarreta exclusão social, depressão, ideia de suicídio, deficiência de aprendizagem e de rendimento escolar, abandono das escolas, delinquência e vandalismo” (Bana, 2016: 80).

O trauma ocasionado pelos episódios não raramente resulta em violência. Afirma-se que 75% (setenta e cinco por cento) dos casos de tiroteios nas escolas estejam relacionados às pretéritas práticas de *bullying* e de *cyberbullying*. Essa realidade pode ser confirmada em casos noticiados de tiroteios nas próprias escolas brasileiras, nas quais o *bullying* foi apontado como causa e justificativa (Lima, 2019).

Por conseguinte, é nítido que as práticas de *bullying* e de *cyberbullying* resultam na devassa de diversos direitos da personalidade das vítimas, como sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, de suas próprias vidas, por consequência, tolhendo-as de sua dignidade. Ademais, os estudos acerca do *bullying* e do *cyberbullying* revelam que essas formas de violência entre pares são capazes de acarretar um enorme prejuízo emocional, psicológico e social ao indivíduo e podem comprometer o desempenho escolar de crianças e adolescentes (Coutinho *et al.*, 2017; Mendes *et al.*, 2019; Silva *et al.*, 2021).

#### IV. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA OCORRÊNCIA DO *BULLYING* E DO *CYBERBULLYING* NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO

As práticas de *bullying* e *cyberbullying* possuem um nítido caráter ilícito, pois desprestigiam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de forma a violar a ordem jurídica estatal, a moral e os bons costumes ao provocarem danos, no mínimo, de ordem material e moral (Bana, 2016). Nasce, dessa ilicitude, o dever de indenizar.

A responsabilidade civil é uma modalidade de responsabilidade jurídica que nasce com a ocorrência de um dano provocado por uma conduta ilícita. Trata-se de um instituto jurídico que visa a reestabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão, possibilitando à vítima pleitear a reparação do prejuízo sofrido.

A seara cível se destina aos interesses particulares do lesado e ao reestabelecimento dos prejuízos por este experimentados. A seara penal, noutro giro, busca a tutela e a retribuição do dano social ocasionado pela violação do ordenamento jurídico.

Uma mesma conduta pode possuir reflexos em mais de uma seara jurídica, resguardando-se cada campo do direito à tutela de um bem jurídico específico. As diferentes áreas jurídicas possuem reconhecida independência entre si, porém essa independência é analisada de forma mitigada, havendo a possibilidade de influência direta uma na outra.

As condutas delituosas tipificadas tratam puramente de atos ilícitos que violam, fora os já citados interesses sociais, os direitos individuais das próprias vítimas. Assim, é certo que, ocorrida uma condenação criminal, pautada em maior rigor e restrição, nasce, por consequência, um correspondente dever de indenizar os danos, como preconizam os arts. 935 do Código Civil (Brasil, 2002) e 91, inciso I, do Código Penal (Brasil, 1940), em conjunto com o Art. 63 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), ao tratarem da chamada ação civil *ex delicto*, aquela proposta na esfera cível que requer a indenização do dano juridicamente reconhecido em uma infração penal.

No campo criminal, não há previsão típica específica das condutas do *bullying* e do *cyberbullying*. Trata-se de uma reivindicação que, atualmente, tramita no Congresso Nacional no bojo do Projeto de Lei no. 3.686/2015, que tipifica o crime de intimidação sistemática (Lima, 2019).

Sem embargo, não obstante a falta de tratamento específico, não há violação ao princípio da legalidade ao se enquadrar a prática do *bullying* em

outros tipos penais já vigentes, podendo as condutas “serem sancionadas com a utilização do Art. 138 (Calúnia), Art.139 (Difamação), Art.140 (Injúria) e Art. 147 (Ameaça), este último condicionado à representação da vítima” (Dodge, 2013: 159). Lima (2019) salienta, ainda, a possibilidade do aumento de pena para os delitos contra a honra praticados na internet (Art. 141, III, CP), como é o caso do *cyberbullying*, e da prática de delitos, como o constrangimento ilegal (Art. 146, CP) e falsa identidade (Art. 307, CP), no caso da prática da agressão por intermédio de perfis *fakes*. Em determinados casos, é possível a configuração de outros crimes, como o racismo, injúria racial ou submissão de criança ou adolescente a constrangimento, este, na hipótese da prática ilícita realizada pelos próprios professores. Cita-se, a respeito, emenda da Apelação Criminal no. 0000665-79.2014.8.24.0002, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Apelação criminal. Crime de submissão de adolescente a vexame ou constrangimento (art. 232 do ECA, por cinco vezes) e prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça (art. 20 da lei n. 7.716/89, por duas vezes). Sentença de parcial procedência. Recurso da defesa. Preliminar. Nulidade do feito. Apresentação extemporânea da qualificação das vítimas por parte da acusação. Matéria não invocada em sede de alegações finais. Preclusão. Prejuízo à ampla defesa da recorrente, ademais, não verificado. Exegese do artigo 563 do CPP. Prefacial afastada. Pleito absolutório. Submissão de adolescente a vexame ou constrangimento (por quatro vezes). Alegação de insuficiência probatória. Não ocorrência. Palavras firmes e coerentes das vítimas em ambas as fases procedimentais. Relatos dos genitores que corroboram as falas dos adolescentes. Existência, ademais, de gravação ambiental realizada por uma das vítimas que ratifica ainda mais a ocorrência dos fatos delituosos. Negativa de autoria que se apresenta isolada nos autos. Farto arcabouço probatório. Condenações mantidas. Injúria racial (art. 140, §3o., do CP). Insuficiência probatória e crime impossível. Ausência de provas de que o adolescente pertencia à raça negra. Teses afastadas. Ré que na qualidade de professora referia-se ao aluno como “prezinho”, “neguinho” e quando este não compreendia o conteúdo, dizia que ele “não negava a raça”. Palavras proferidas que ofenderam à honra subjetiva do adolescente. Ademais, jovem que apesar de não ter a cor da pele preta se identificava como negro e, assim, se sentia ofendido com as frases depreciativas de cunho racial que lhe eram dirigidas. Injúria racial consumada. Condenação mantida (Brasil, 2019, *on-line*).



Sem perder de vista a possibilidade de ressarcimento dos danos após a condenação criminal do agressor, esta é prescindível para que a vítima de *bullying* e *cyberbullying* busque sua reparação, já que o ordenamento civil possui embasamento legal próprio para sustentar a responsabilização em juízo.

A responsabilidade civil é regulada, de forma geral, pelos arts. 186 e 927 do Código Civil (Brasil, 2002), que preveem a reparação dos danos decorrentes da prática de atos ilícitos, como é o indubitável caso do *bullying* e do *cyberbullying*, e possui, por pressupostos genéricos e indispensáveis, a prática de uma ação ou omissão, um dano e o nexo causal entre estes.

A ação ou omissão deve, necessariamente, infringir um dever legal, contratual ou social, o que resta estreme de discussão no caso do *bullying* e do *cyberbullying*. Como já discutido, é dever de todos a promoção e a proteção da criança e do adolescente em um ambiente saudável e livre de preconceitos, de forma a proporcionar o seu desenvolvimento integral.

Importante salientar que as escolas, especialmente, possuem o dever de promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática, como preconiza o Art. 12, inciso IX, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 1996).

Os danos, ao seu turno, consistem na subtração ou diminuição de um bem jurídico tutelado (Bana, 2016) e atingem, neste caso, a vítima em sua esfera moral, uma vez que a afeta diretamente em sua dignidade e personalidade, infirmando-a em sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, em sua vida.

Por isso, tal como disposto no Art. 5o., incisos V e X, da CF/88, e pelo Art. 12 do CC, é assegurada à vítima a indenização moral pela violação de seus direitos da personalidade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

No tocante ao valor da indenização moral a ser fixada, deve levar em consideração as condições pessoais do lesado, a intensidade de seu sofrimento, a gravidade do dano, a condição econômica do ofensor e o seu grau de culpa, bem como as peculiaridades do caso concreto (Gonçalves, 2012).

Após a sanção das Leis no. 13.185/2015, 13.277/2016 e 13.663/2018, eventuais indenizações devem ser fixadas com maior rigorosidade, mormente no que tange à culpa das instituições de ensino, pela reprovabilidade e omissão com os deveres jurídicos antibullying e falta de implantação

dos programas antibullying, tal como imposto pela legislação (Rezende & Calhau, 2020).

Não apenas na esfera moral, o princípio da reparação integral e os mesmos dispositivos já elencados permitem a reparação de toda a espécie de dano, inclusive de ordem material, uma vez que a prática do *bullying* pode resultar, ainda, em agressões que ocasionem prejuízos patrimoniais diretamente aferíveis.

Ao ter em vista que a questão se caracteriza como um problema de saúde mental, trata-se de ilícito capaz de ocasionar lesão ou outra ofensa, convido destacar a especial hipótese aventada pelo Art. 949 do CCB (2002), que prevê, além do ressarcimento geral do prejuízo, a indenização pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença.

Acerca do nexo de causalidade, elemento aglutinador da responsabilidade civil, nota-se que este cuida da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado/dano suportado (Cavaliere Filho, 2005) e deve ser atribuído, necessariamente, ao autor dos atos de intimidação sistemática. Contudo, tendo em vista que os autores da prática de *bullying* são, em sua maioria, incapazes, visando a ampliar a esfera de proteção jurídica das vítimas, é possível a responsabilização objetiva de terceiros pela compensação dos danos, especificamente, os pais/responsáveis pelo infrator ou o próprio estabelecimento de ensino, quando os atos ocorrerem no âmbito da instituição, nos termos do Art. 932, incisos I e IV, do Código Civil (Brasil, 2002).

O dever de guarda do estabelecimento de ensino pelos alunos em suas dependências é incontestado. Ao receber o estudante, confiado à rede oficial ou particular, fica a entidade responsável pelo dever de preservar a integridade e empregar os meios esperados de vigilância, de forma a prevenir e evitar danos aos estudantes (Stoco, 2007). O dever de prevenção e combate ao *bullying* dessas instituições é expressamente previsto nos arts. 5o., da Lei no. 13.185/2015 (Brasil, 2015), e 12, inciso IX, da Lei no. 9.394/1996 (Brasil, 1996).

Cumpra lembrar que as instituições de ensino, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, são locais de fundamental importância para o desenvolvimento físico e psicológico da juventude; logo, é dever de todos primar pela proteção dos direitos dos sujeitos, conforme estabelece o Art. 227 da Constituição, sem desprezar igual dever imposto pelo Art. 4o. do Estatuto da Criança e do Adolescente (Bana, 2016).

Ainda na matriz constitucional, prevê-se a defesa do consumidor como direito fundamental e dever do Estado, reiterando igual compromisso quando da exposição dos princípios orientadores da Ordem Econômica, conforme estabelecem os artigos 5o., inciso XXXII, e 170, inciso V da Constituição (Brasil, 1988). Portanto, por serem particulares —e, logo, remunerados os serviços da instituição de ensino— e pela existência de relação privada de fornecimento de serviço, fica notória a subsunção dos fatos a uma relação de consumo, de modo que, também pelo Art. 14 da Lei no. 8.078/1990, respondem objetivamente pela falha na prestação de seus serviços educacionais (Lima, 2019).

O que atrai a aplicação do microsistema consumerista é a plena caracterização dos elementos da relação de consumo, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o objeto (Bana, 2016). O consumidor tradicional ou fático, nos termos do Art. 2o. do CDC, consiste na pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final; são, pois, os alunos da instituição privada, que adquirem ou apenas se utilizam dos serviços educacionais de forma final. Fornecedor, ao seu turno, consiste na pessoa física ou jurídica que, dentre outras modalidades, presta serviços de maneira remunerada no mercado. No caso, a descrição remete às próprias instituições privadas que prestam os serviços educacionais contratados. Por fim, tem-se o objeto da relação de consumo, os precitados serviços educacionais, nos quais também se inclui o dever de segurança e vigilância com a incolumidade dos consumidores. Essa relação de consumo, conforme explica Diniz (2011: 546), “refere-se à responsabilidade daqueles que mediante uma remuneração têm sob sua direção pessoas para serem educadas e receberem instrução”.

Nessa senda, destaca-se a Apelação Cível no. 0042163-02.2011.8.12.0001, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na qual se reconheceu a responsabilidade objetiva do estabelecimento de ensino pautado na relação consumerista havida em suas dependências:

Apelação cível – ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais e materiais com pedido de tutela antecipada – falha na prestação do serviço – responsabilidade objetiva – menor – agressão física e psicológica por parte de colegas – inércia da instituição de ensino – resolução do contrato – gastos com materiais escolares – danos materiais (R\$ 1.072,00) e morais (R\$ 6.000,00 primeira apelada – R\$ 4.000,00 segunda apelada) – mantidos – sentença mantida – honorários recursais – majoração em 2% – apelo impro-

vido. Presente a verossimilhança das alegações, uma vez que as instituições de ensino se submetem às normas do CDC, porquanto são prestadoras de serviços e respondem objetivamente por eventuais danos que possam vir a causar aos seus consumidores, conforme dispõe o art. 14 do CDC. Comprovado nos autos a agressão sofrida pela criança por parte de colegas e ante a inércia da apelante, é patente o dever de indenizar (Brasil, 2017, *on-line*).

Com relação às instituições públicas de ensino, debate-se se seriam os serviços educacionais abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não remunerados diretamente pelo usuário, mas custeados por receitas tributárias em uma relação *uti universi*, o que pareceria fugir às exigências do § 2o. do Art. 3o. da norma consumerista:

Art. 3o. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2o. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Brasil, 1990, *on-line*).

Não obstante, a norma referida não menciona que a remuneração do serviço deva ocorrer de forma direta, além do que o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor trata de serviços públicos essenciais que precisam ser prestados de forma contínua: “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (Brasil, 1990, *on-line*).

A despeito da aplicação ou não do microsistema consumerista, a responsabilidade objetiva do Estado não é afastada, mesmo em se tratando de um ato omissivo (falta de prevenção e/ou contenção). Como já alhures recorrido, o estabelecimento de ensino, ainda que público, possui um dever específico de promover a segurança, a fiscalização e a vigilância, a fim de garantir a integridade moral e física dos estudantes.

O Supremo Tribunal Federal encampa a responsabilidade civil objetiva do Estado mesmo em razão de omissão com base na teoria do risco administrativo insculpida no art. 37, §6o., da Constituição de 1988, contudo, nestes casos, o nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal só ocorrerá quando o Poder Público tenha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim descumpra essa obrigação legal. Em outras palavras, para que haja responsabilidade civil objetiva no caso de omissão, deverá haver uma omissão específica do Poder Público. Eis a ementa do citado julgado:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6o., da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (Brasil, 2015, *on-line*).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em recente julgamento proferido em 2019, na Apelação Cível no. 0008737-81.2014.8.16.0033, assim ementado:

Apelação cível. Ação com pedido de indenização por danos morais. Sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais. Aluna de colégio estadual vítima de *bullying*. Responsabilidade objetiva do estado. Inaplicabilidade do cdc. Inexistência de relação de consumo. Estado que não cumpriu com seu dever de prevenção e inibição da prática. Prova oral que comprova a disseminação dos boatos pelos alunos sem intervenção eficaz da escola. Danos morais constatados. Quantum indenizatório a título de danos morais que comporta minoração. Valor fixado em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) conforme precedentes. Consectários legais. Adequação de ofício. Sentença reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido (Brasil, 2019, *on-line*).

Como se sabe, há duas correntes no referente à responsabilidade civil estatal por omissão, uma que defende ser ela objetiva (independente da comprovação de culpa, mas de necessária demonstração do nexo causal) e outra que advoga ser responsabilidade subjetiva (com a necessidade de

comprovar a culpa, além do nexo causal). No caso do bullying, como a omissão é decorrente da violação de um dever legal específico, a saber, dever de cuidado, proteção e vigilância, se era possível impedir o resultado danoso e nada se fez por parte dos que atuam na escola, haverá responsabilidade objetiva. Afinal, não teria sentido haver a responsabilidade penal do agente com dever legal de responsabilidade pela omissão de resultado evitável nos termos do art. 13, § 2o., alínea a, do Código Penal (Brasil, 1940), mas sem uma correspondente responsabilidade no âmbito civil.

Desse modo, não há de se falar em omissão genérica e aplicação da teoria da culpa administrativa, mas, sim, em uma omissão específica de um dever legal de agir, de forma que ainda assim responda objetivamente (Cavaliere Filho, 2008), em razão da teoria do risco administrativo, insculpada no Art. 37, §6o., da CF/88, bem como no Art. 43 do Código Civil (Bana, 2016).

Em princípio, somente a escola ou o Estado serão responsáveis pelos atos de *bullying* praticados no ambiente escolar, a não ser que os pais do aluno agressor também concorram para o ato, como no caso de incentivo da prática, ou de não a coibir, caso em que a responsabilidade será solidária. No caso de *cyberbullying*, como normalmente os atos não são praticados no recinto da escola, advém a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos praticados pelos filhos, solidária com estes, conforme dispõe o Art. 932, inciso I, c/c Art. 942, parágrafo único, ambos do Código Civil (Brasil, 2002). Em conformidade com o Marco Civil da Internet, os mantenedores das redes sociais e provedores poderão ser responsabilizados se não retirarem o conteúdo ofensivo após ordem judicial nos termos do Art. 19 da Lei no. 12.965/2014, porém, conforme bem advertem Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019: 948-960), até mesmo antes disso, quando comunicados pelas vítimas ou seus representantes legais e não tomarem providências, de forma diligente, para indisponibilizar o conteúdo infringente em seus sítios da internet, caso em que a responsabilidade será subsidiária por força do Art. 21 da Lei no. 12.965/14 (Brasil, 2014).

A responsabilidade civil deve servir como um mecanismo de compensação das vítimas e repressão de novas práticas de violência escolar, de forma a desestimular o *bullying* e o *cyberbullying* e, de maneira geral, conscientizar e mobilizar a sociedade como um todo para a implementação de práticas efetivas à prevenção e à inibição desse problema.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da tutela jurídica dos direitos da personalidade das vítimas do *bullying* e do *cyberbullying* permitiu compreender a integridade do sistema jurídico de proteção brasileiro no tocante à responsabilidade civil.

O *bullying* e o *cyberbullying* consistem em recorrentes atos de violência física e/ou psicológica contra as vítimas. Trata-se, pois, de um fenômeno registrado frequentemente no âmbito das instituições de ensino, local que, pela intenção da Constituição, deveria ser um recanto de aprendizado, desenvolvimento e formação das pessoas, sobremaneira aquelas que estão em desenvolvimento, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

À vista disso, a legislação, principalmente após o ano de 2015, caminha no sentido de regulamentar e buscar alternativas eficazes de prevenção e contenção dessas práticas no meio escolar, impondo a previsão, nos planos pedagógicos das instituições, de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente o *bullying* e o *cyberbullying*.

Não apenas a instituição de ensino, como todos, conforme prevê a Constituição, possuem o dever de assegurar o desenvolvimento e proteger as crianças e os adolescentes contra toda e qualquer forma de discriminação.

Apesar das previsões normativas já narradas, o Brasil ainda lidera rankings de violência. Quando tratada a violência escolar, verifica-se que as escolas, públicas ou privadas, têm deixado de adotar medidas eficazes de inibir e conter essas agressões nas suas atividades.

O *bullying* e o *cyberbullying* resultam na violação de diversos direitos da personalidade das vítimas, como sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, de suas próprias vidas, por consequência, tolhendo-as de sua dignidade humana. Tais práticas devem ser objeto de grande preocupação pelo poder público, ainda mais por se tratar de uma espécie de violência que compromete a cidadania e o futuro da sociedade.

Portanto, em razão da falta de prevenção à prática do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar, deve a responsabilidade civil, nos casos aventados, servir como um meio de compensação, tutela e, de um modo geral, repressão de novos casos de violência escolar no âmbito das instituições de ensino, o que deve ocorrer de forma exemplar, sobremaneira após as Leis no. 13.185/2015, 13.277/2016 e 13.663/2018, pela maior reprovabilidade diante da inobservância dos deveres jurídicos antibullying.

## VI. REFERÊNCIAS

- ALLISON, K. R. & BUSSEY, K. (2016). “Cyber-bystanding in context: a review of the literature on witnesses’ responses to cyberbullying”. *Child Youth Serv Rev.* 65. Disponível em: <https://doi.org/doi:10.1016/j.childyouth.2016.03.026>.
- BANA, I. (2016). *Bullying, homofobia e responsabilidade civil das escolas: uma análise sob a proteção dos direitos da personalidade*. Birigui: Boreal.
- BAYRAKTAR, F. et al. (2015). “Cyberbullying: the discriminant factors among cyberbullies, cybervictims, and cyberbully-victims in a Czech adolescent sample”. *Journal of Interpersonal Violence*, 30. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0886260514555006>.
- BORGES, V. L. et al. (2018). “Relações entre bullying e Esquemas Iniciais Desadaptativos em estudantes universitários”. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*. 14(1). Rio de Janeiro. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/1808-5687.20180008>.
- Brasil (1940). Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Recuperado em 28 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).
- Brasil (1941). Decreto-Lei no. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Recuperado em 28 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).
- Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).
- Brasil (1990). Lei no. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266).
- Brasil (1996). Lei no. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)
- Brasil (2002). Lei no. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho,



2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

Brasil (2014). Lei no. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 julho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm).

Brasil (2015). Lei no. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm).

Brasil (2015). Plenário do Supremo Tribunal Federal. *RE 677139 AgR-EDv-AgR Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de outubro de 2015. Brasília, 09 dez. 2015. Recuperado em 27 julho, 2021, de <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur33241/false>.

Brasil (2017). Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação no. 0042163-02.2011.8.12.0001. Apelante: Espaço Livre Educação Infantil e Ensino Fundamental Ltda. Apelada Maria Eduarda Nunes da Cunha Galvão, representada por Ana Laura Nunes da Cunha. Relator: Desembargador João Maria Lós. Campo Grande, 09 de maio. Recuperado em 26 setembro, 2021, de <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?jsessionid=9A30F76A47088F8C3CF33FDE12ED1505.cjsg4?conversationId=&nuProcOrigem=0042163-02.2011.8.12.0001&nuRegistro=>.

Brasil (2019). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível no. 0008737-81.2014.8.16.0033. Apelante: Estado do Paraná. Apelada: Kelle Camila Alves. Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes de Cunha. Curitiba, 30 de julho. Recuperado em 28 junho, 2021, de <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008637581/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008737-81.2014.8.16.0033#>.

Brasil (2019). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal no. 0000665-79.2014.8.24.0002. Apelante: I. R. P. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza. Florianópolis, 25 de abril. Recuperado em 26 setembro, 2021, de [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora).

- CAVALIERI FILHO, S. (2005). *Programa de Responsabilidade Civil*. 6a. ed. São Paulo: Malheiros.
- CAVALIERI FILHO, S. (2008). *Programa de Responsabilidade Civil*. 8a ed. São Paulo: Atlas.
- COUTINHO, K. de A. *et al.* (2017). “As representações sociais do bullying de acadêmicos do curso de Pedagogia”. *Revista CESUMAR*. 22(2). Maringá.
- DINIZ, M. H. (2011). *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 25a. ed. São Paulo: Saraiva.
- DODGE, R. E. F. (2013). *Roteiro de atuação: crimes cibernéticos*. 2a. ed. Brasília: MPF/2CCR.
- FACHIN, Z. (2013). *Curso de Direito Constitucional*. 6a. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FARIAS, C. C. *et al.* (2019). *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2012). *Direito Civil Brasileiro, 4, Resp. Civil*. São Paulo: Saraiva.
- HERRERA-LOPEZ, M. *et al.* (2018). “Bullying y cyberbullying em latinoamérica: um estudio bibliométrico”. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*. 23(76). Ciudad de México. Recuperado em 2 abril, 2021, de <https://www.comie.org.mx/revista/v2018/rmie/index.php/nrmie/article/view/1142>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE] (2016). *Pesquisa Nacional de Saúde Escolar (PeNSE 2015)*. Rio de Janeiro: IBGE.
- JUVONEN, J. & GROSS, E. F. (2008). “Extending the school grounds? Bullying experiences in cyberspace”. *Journal of School Health*. 78(9). Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1746-1561.2008.00335.x>.
- KANT, I. (1986). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Editora 70.
- LIMA, A. P. M. C. de. (2019). “Cyberbullying: agressão virtual, consequências reais e desdobramentos jurídicos”. In LIMA, A. P. M. C. de. *et al.* (orgs.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LOPES NETO, A. A. (2011). *Bullying: saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense.

- MALLMAN, C. L. *et al.* (2018). “Cyberbullying e estratégias de coping adolescentes do sul do Brasil”. *Acta Colombiana de Psicología*. 21(1). Recuperado em 10 dezembro, 2021, de <https://actacolombiana psicologia.ucatolica.edu.co/article/view/1162/1675>.
- MENDES, J. C. S. *et al.* (2019). “Importância dos enfermeiros na identificação do *Cyberbullying*: revisão sistemática”. *Revista Portuguesa de Investigação Comportamental e Social*. 5(1). Instituto Superior Miguel Torga, Coimbra.
- MORETTI, C. & HERKOVITS, D. (2021). “De vítimas, perpetradores y espectadores: una meta-etnografía de los roles en el cyberbullying”. *CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA*, 37(4), e00097120. Recuperado em 8 dezembro, 2021, de <https://www.scielo.br/j/csp/a/5tqGgm7fGVs8xDsKqmW9v7r/?format=pdf&lang=es>.
- OLIVEIRA, J. C. C. *et al.* (2015). “A produção científica sobre o *cyberbullying*: uma revisão bibliométrica”. *Psicologia em Pesquisa*, 9(1). Juiz de Fora. Recuperado em 2 abril, 2021, de <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psipesq/v9n1/v9n1a05.pdf>.
- OLWEUS, D. (1993). *Bullying at school: What we know and what we can do*. Oxford: Blackwell Publishing.
- OLWEUS, D. (2012). “Cyberbullying: na overrated phenomenon?”. *European Journal of Developmental Psychology*. 9(50). Recuperado em 10 dezembro, 2021, de <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17405629.2012.682358>.
- PIOVESAN, F. (2010). “Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos”. In PIOVESAN, F. & SOARES, I. V. P. (coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum.
- PORFÍRIO, F. (2021). “Violência no Brasil”. *Brasil Escola*. Recuperado em 11 junho, 2021, de <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-no-brasil.htm>.
- REZENDE, E. N. & CALHAU, L. B. (2020). “Cyberbullying, direito educacional e responsabilidade civil: uma análise jurídica e deontológica da realidade brasileira”. *Revista Online de Política e Gestão Educacional*, Araraquara, 24(2). Recuperado em 2 abril, 2021, de <https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/13630>.
- SARLET, I. W. (2004). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- SARLET, I. W. (2015). *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SILVA *et al.* (2021). “A influência da violência familiar e entre pares na prática do *bullying* por adolescentes escolares”. *Ciência & Saúde Coletiva*, 26 (Supl. 3). Recuperado em 8 de dezembro, 2021, de <https://www.scielo.org/pdf/csc/2021.v26suppl3/4933-4943/pt>.
- SOUSA, L. M. de (2010). “O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em região com excepcional patrimônio cultural”. In PIOVESAN, F. & SOARES, I. V. P. (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum.
- SOUZA, S. B. *et al.* (2016). “O cyberbullying em contexto universitário do Brasil e Portugal: vitimização, emoções associadas e estratégias de enfrentamento”. *Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*. 11(3). Recuperado em 10 dezembro, 2021 de <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/9067/5963>. DOI: <http://dx.doi.org/10.21723/riaee.v11.n.esp3.906>.
- STOCO, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. 7a. ed. São Paulo: RT.
- SWARTZ, J. (2005). “Schoolyard bullies get nastier online”. *USA Today*, 7 mar. Recuperado em 9 de dezembro, 2021, de [https://usatoday30.usatoday.com/money/industries/technology/2005-03-06-cover-cyber-bullies\\_x.htm](https://usatoday30.usatoday.com/money/industries/technology/2005-03-06-cover-cyber-bullies_x.htm).
- TARTUCE, F. (2012). “A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o *bullying*”. In LAGRATA NETO, C. *et al.* *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2a. ed. São Paulo: Atlas.
- TEPEDINO, G. (2004). “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In *Temas de Direito Civil*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- WEIMER, W. R. & MOREIRA, E. C. (2014). “Violência e bullying: manifestações e consequências nas aulas de educação física escolar”. *Rev Bras Cienc Esporte*, 36(1). Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpmed.2019.09.005>
- YAEGASHI, J. G. *et al.* (2021). “O cyberbullying e seus impactos na adolescência: uma revisão integrativa”. *Notandum*. Ano XXV (58). Maringá.



## COMENTARIO LEGISLATIVO



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

A cuatro años de la reglamentación del artículo 112  
de la Constitución Política de Colombia y la promulgación  
de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición

*Four years after the regulation of article 112 of the Political  
Constitution of Colombia and the promulgation of Law  
1909 or Statute of the Opposition*

Joaquín NARRO LOBO\*

**RESUMEN:** El Estatuto de la Oposición Política de Colombia cumple cuatro años de haber sido promulgado. Después de décadas de inestabilidad política provocada por factores como violencia y corrupción, Colombia cuenta con un instrumento jurídico de la mayor relevancia en el reconocimiento a la pluralidad y la crítica como elementos fundamentales de la democracia y sus instituciones. Tras treinta y un años de haberse establecido en la Constitución y en un entorno político en el que una persona de izquierda asumirá la presidencia, la Ley 1909 enfrenta la oportunidad de probar su eficacia, al tiempo que tiene la posibilidad de convertirse en un referente para las democracias latinoamericanas.

**ABSTRACT:** *The Statute of the Political Opposition of Colombia celebrates four years of having been enacted. After decades of political instability caused by factors such as violence and corruption, Colombia has a legal instrument of the greatest relevance in recognizing plurality and criticism as fundamental elements of democracy and its institutions. After thirty one years of being established in the Constitution and in a political environment in which a left-wing politician will assume the presidency, Law 1909 faces the opportunity to prove its effectiveness, while it has the possibility to become a benchmark for latin american democracies.*

**Palabras clave:** oposición política, Estatuto de la Oposición, Constitución Política de Colombia, Ley 1909, acuerdos de paz.

**Keywords:** *political opposition; Statue of the Opposition, Political Constitución of Colombia, Law 1909, peace agreement.*

---

\* Profesor de tiempo completo y doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0463-0857>; [joaquin.narro@gmail.com](mailto:joaquin.narro@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes y contexto del proceso constituyente de 1991*. III. *El artículo 112 en la Constitución colombiana, los actos legislativos de 2003 y 2015 y los intentos para contar con una legislación secundaria*. IV. *Los acuerdos de paz entre el gobierno colombiano y las FARC*. V. *Contenido general de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición*. VI. *Reflexiones para América Latina y el caso mexicano*. VII. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN

La oposición política es un tema cotidiano en el desarrollo de las relaciones entre aquellos que detentan el poder político y quienes forman parte de las minorías de cualquier Estado democrático. La crítica y la confrontación que estos últimos realizan en contra de quienes encabezan un gobierno son, por sí, oposición como acción política, lo cual resulta tan natural como el ejercicio mismo del poder dentro de una democracia. Con excepción de la fundación del Estado en la que todos los que participan manifiestan su conformidad de manera unánime (Garrido, 1996: 20-28), todos los demás actos dentro de una comunidad política estarán caracterizados por una mayoría que los apoya, y una o varias minorías que los rechazan, lo que necesariamente provocará la inconformidad y oposición —como acción o *lato sensu*— de estos últimos. En cuanto estas minorías comienzan a actuar de forma estructurada y coordinada, bien sea porque ya lo estaban a manera de partidos políticos e incluso representadas en el órgano legislativo, o porque lo hacen a partir de comprender su carácter minoritario, la oposición pasa de la simple acción a la organización o *stricto sensu*. Así, la oposición puede ser de acción o de organización, siendo esta última la que nos importa por ser la que el artículo 112 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1909, o Estatuto de la Oposición, buscan regular y dotar de instrumentos y herramientas que permitan garantizar su participación en el fortalecimiento de la democracia de aquel país.

## II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1991

Tras más de un siglo de vigencia, en 1991 fue promulgada la actual Constitución Política de Colombia, sustituyendo a la de 1886. Las razones y el contexto sociopolítico que llevaron al pueblo colombiano a una determinación tan grande son relevantes, pues en buena medida el proceso constituyente estuvo impregnado de consideraciones relacionadas con el fortalecimiento de la democracia y la creación de instituciones que sirvieran a esta causa, como es el precepto constitucional que da sustento a nuestra reflexión respecto a su reglamentación a través de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición.

Durante los años previos a la promulgación de su actual texto constitucional, Colombia atravesó por momentos de crisis institucional derivada de los altos índices de violencia, inseguridad, corrupción e impunidad, así como por la inestabilidad política y administrativa en los ámbitos federal y locales. El terror sembrado por el narcotráfico y la guerrilla, así como el caos producido por la ebullición social y la falta de herramientas institucionales eficientes, generaron condiciones en las que la viabilidad del gobierno se puso en duda, y el porvenir de la democracia se colocó en una situación de máxima complejidad (Cotes, 2021: 49 y 50). Tras algunos intentos realizados desde el gobierno por hacer cambios a la Constitución de 1886, fue la dinámica social, señaladamente la de los estudiantes, a través del movimiento “Todavía podemos salvar a Colombia”, y su iniciativa de la Séptima papeleta, quienes, derivado del asesinato del candidato liberal a la presidencia, Luis Carlos Galán, lograron posicionar como prioritaria la necesidad de contar con una nueva Constitución (Amaya, 2013: 12-18). Se trató, a diferencia de muchos otros, de un proceso constituyente producto de la protesta social de grupos sociales específicos, pero no de un movimiento revolucionario que rompiera con el orden jurídico, pues aun cuando se buscó que los grupos tradicionales que carecían de legitimidad no participaran en él, se realizó dentro de una institucionalidad tendiente a pacificar más de cuatro décadas de violencia generalizada (Correa, 1990: 25-27).

Por todas las razones anteriores, no es de extrañar que algunos de los pilares de la entonces naciente Constitución fueran el fortalecimiento de la democracia a través de instrumentos de participación ciudadana, la reivindicación de los derechos humanos y la construcción de una nueva institu-



cionalidad a través de mecanismos de control político del poder. El marco de todo ello fue la pacificación en el más amplio sentido del término, pues no solamente se trató de frenar la violencia desmedida que causó la muerte de miles de colombianos, sino también la erradicación de aquellos factores que la propiciaban, como la corrupción, la impunidad y la debilidad de buena parte de las estructuras estatales. Así, no es de extrañar que uno de los temas relevantes que se abordaron durante el proceso constituyente fuera el del papel que habrían de tener aquellos partidos políticos que no lograran la mayoría y que se convirtieran, *de facto*, en críticos del gobierno, y que dio como resultado la constitucionalización de la oposición política en el artículo 112. Sin embargo, fue hasta 2017 que, derivado de los acuerdos de paz entre el gobierno Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC), el Congreso de la República legisló para establecer una normativa que regulara la participación de la oposición política.

### III. EL ARTÍCULO 112 EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA, LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE 2003 Y 2015 Y LOS INTENTOS PARA CONTAR CON UNA LEGISLACIÓN SECUNDARIA

A lo largo de sus treinta y un años de existencia, el artículo 112 de la Constitución Política de Colombia ha sufrido dos modificaciones que han buscado clarificar sus alcances. En su publicación original, el artículo 112 establecía la libertad del ejercicio de la función crítica y de presentación de alternativas políticas de aquellos partidos y movimientos que no participaran en el gobierno, garantizándoles los derechos de acceso a la información pública; el uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con su representación política; el ejercicio del derecho de réplica frente a descalificaciones y señalamientos dirigidos desde el poder; la participación en los organismos electorales, así como la participación en las mesas u órganos directivos de cuerpos colegiados, conforme a su representación. Para la realización de todo esto, el párrafo tercero de dicho artículo consideró necesaria la promulgación de una ley estatutaria.

Doce años después, en 2003, el artículo 112 fue modificado para precisar algunos conceptos contenidos en la redacción original. Así, se obligó a los partidos y movimientos políticos a contar con personalidad jurídica, así como a declarar formalmente su oposición al gobierno y no solamente

a que esta se asumiera por su carácter minoritario al no participar en este. En esta ocasión se incorporó al texto constitucional el carácter opositor y no meramente crítico de aquellas organizaciones que pretendieran acceder a los derechos de la oposición. De igual manera, se precisó que el acceso a los medios de comunicación no estaría restringido a aquellos de carácter social del Estado, sino que se ampliaría a cualquier otro que hiciera uso del espectro electromagnético (Acto Legislativo 1 de 2003 por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones, del 21 de junio de 2002, artículo 5o.). El resto de los derechos garantizados a la oposición se mantuvieron como en el texto original.

En 2015 el artículo 112 nuevamente sufrió modificaciones a través del Acto Legislativo 2, el cual mantuvo el contenido de lo reformado en 2003 y adicionó tres párrafos. Mediante esta reforma, el Congreso de la República estableció la relevancia de reconocer el liderazgo político y la fuerza electoral de aquellos candidatos a presidente y vicepresidente, así como a gobernador y alcalde distrital o municipal que, habiendo sido derrotados en las elecciones, representaran el sentir y la preferencia de la primera minoría, otorgándoles espacios de representación en el Senado, en la Cámara de Representantes, en la Asamblea Departamental, en el Consejo Distrital y en el Consejo Municipal, respectivamente (Acto Legislativo 2 de 2015 por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, del 21 de junio de 2015, artículo 1o.). Esta reforma representó ya no solo reconocer el papel de los partidos y movimientos políticos, sino dar cabida a los individuos que, habiendo encabezado una opción electoral, no habían contado con el número necesario de votos para ganar, pero que sin duda contaban con una importante fuerza y legitimidad entre los electores.

Sin denuedo de lo relevante del reconocimiento de la oposición política en el texto original, así como del contenido en las reformas constitucionales de 2003 y 2015, lo correspondiente a la promulgación de una ley estatutaria que regulara la materia relativa a la oposición política se mantuvo como letra muerta por más de un cuarto de siglo. Tras once intentos por legislar en este tema, fue hasta 2017 que el Congreso de la República generó los concesos que le permitieron, un año después, promulgar una ley estatutaria que dio certeza al cumplimiento de los derechos de los partidos y movimientos políticos de oposición, así como de las personas que, habiendo participado como candidatas a los puestos ejecutivos anteriormente señalados, obtuvieran el segundo lugar en los procesos electorales

correspondientes (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia, 2018, 00:00:01-00:02:00).

#### IV. LOS ACUERDOS DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC

En 1991 Colombia buscó su pacificación a través de la promulgación de una nueva Constitución. Como consecuencia de eso, la Ley 1909 de 2018, o Estatuto de la Oposición, fue fruto de los diálogos y negociaciones entre el gobierno colombiano y las FARC. El punto 2 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, intitulado “Participación política: apertura democrática para construir la paz”, estableció como uno de los pilares para el inicio de la paz en Colombia, el fortalecimiento del pluralismo y la representación de las distintas visiones e intereses de la sociedad, dando especial énfasis en la participación efectiva, y con garantías, de la oposición política. En el apartado 2.1.1 se estableció una distinción relevante entre la oposición ejercida al interior del sistema político por partidos y movimientos, y aquella desplegada por movimientos sociales y populares contrarias al gobierno, reconociendo la necesidad de normativizar los derechos y garantías de aquellos, sin perjuicio de las libertades de las que pudieran gozar estos últimos (Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016: 35-38).

Entre los aspectos considerados por el Acuerdo de Paz, se contempló establecer el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política, el cual contribuyera “a crear y garantizar una cultura de convivencia, tolerancia y solidaridad, que dignifique el ejercicio de la política y brinde garantías para prevenir cualquier forma de estigmatización y persecución de dirigentes por motivo de sus actividades políticas, de libre opinión o de oposición” (Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016: 38). Lo anterior preveía el desarrollo de acciones en cuatro grandes rubros: 1) adecuación normativa e institucional; 2) prevención; 3) protección, y 4) evaluación y seguimiento. En este sentido, resultaba evidente que uno de los primeros aspectos que debían atenderse era crear la normatividad que regulara la participación política a partir de la oposición, pues las organizaciones y movimien-

tos sociales y políticos que se verían beneficiadas aspiraban a participar en política desde esta última ante la imposibilidad, cuando menos en el corto plazo, de hacerlo como gobierno.

Al respecto, es importante recordar que, si bien la incorporación al marco normativo colombiano del Estatuto de la Oposición encuentra una clara relación con las negociaciones por la paz y el fin del conflicto entre el gobierno colombiano y las FARC, no así su conceptualización, pues el texto original de la Constitución de 1991 ya la consideraba como un mecanismo para el fortalecimiento de la democracia y la participación política. Empero, fue gracias a la incorporación de este al Acuerdo de Paz que las fuerzas políticas representadas en el Congreso se vieron obligadas a alcanzar los consensos para legislar en la materia y, después de 26 años, dotar de una legislación reglamentaria al artículo 112 constitucional.

## V. CONTENIDO GENERAL DE LA LEY 1909 O ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN

Como señalamos anteriormente, los esfuerzos para la creación de un Estatuto de la Oposición constituyeron la presentación de once proyectos legislativos. Sin embargo, no fue sino hasta el desarrollo de los trabajos políticos emprendidos por el gobierno colombiano con la intención de lograr la pacificación del país que esto comenzó a rendir frutos. Con la firma del Acuerdo de Paz, el compromiso constitucional de dotar de derechos y garantías a la oposición se encontró en la negociación política la palanca que requería para encontrar su cumplimiento. En menos de un año de trabajo legislativo, el 9 de julio de 2018 el Estatuto de la Oposición vio la luz a través de la promulgación de la Ley 1909, la cual entraría en vigor once días después.

A lo largo de 32 artículos, el Estatuto de la Oposición regula lo establecido en el artículo 112 de la Constitución, reconociendo a la oposición política no solo como aquellos partidos y movimientos políticos que así se declaren, sino incluso como un derecho fundamental. En su artículo 5o., el Estatuto establece los principios rectores que habrán de regir, tanto a la norma como a la actuación de la oposición. Entre los más destacables se encuentra el de entender el ejercicio de la oposición como un elemento central para la resolución pacífica de los conflictos, así como el carácter esencial de esta en la democracia participativa y en el control político del

gobierno. Más adelante, el artículo 11 de la Ley 1909 reconoce derechos y libertades como la libertad de pensamiento, el derecho a la manifestación y la protesta social, la relevancia de la igualdad de género, así como el reconocimiento a la diversidad étnica. El resto del texto legislativo hace una puntual descripción de los mecanismos y procedimientos mediante los cuales los partidos y movimientos de oposición ejercerán sus derechos.

Una de las cuestiones más relevantes de esta ley estriba en los principios rectores que ya hemos señalado, pues es ahí donde se encuentra la esencia de la oposición y del reconocimiento a los derechos de las minorías, los cuales autores como Kelsen han planteado en cuanto a su existencia, su participación en la vida política, su papel como contrapeso del poder y la posibilidad de aspirar a convertirse en gobierno (Kelsen, 2002: 63-71). Es ahí, en el lugar que la Constitución le concede y la ley regula, donde la oposición política cumple su cometido en reafirmar el valor de la pluralidad, el disenso y las minorías, y contribuye al fortalecimiento de la democracia.

En un Estado como Colombia, asolado durante décadas por la violencia y el terror provocado por los cárteles del narcotráfico, los grupos paramilitares y las organizaciones guerrilleras, una ley como el Estatuto de la Oposición significa el reencuentro con la pluralidad y el diálogo como elementos fundamentales de la política. A treinta y un años de distancia de la promulgación de la Constitución, y a cuatro de la Ley 1909, la institucionalización de la diferencia, la crítica y la propuesta alternativa se colocan como una solución a lo que parecía ser un destino inevitable y que el movimiento “Todavía podemos salvar a Colombia” buscaba evitar: el fracaso del Estado, el cual hubiera podido llevar a consecuencias devastadoras. A cuatro años de su promulgación y con la llegada de Gustavo Petro a la presidencia de este país, más allá de ideologías o preferencias políticas, Colombia hoy enfrenta el reto de hacer efectivos los derechos de las minorías representadas por la oposición política.

## VI. REFLEXIONES PARA AMÉRICA LATINA Y EL CASO MEXICANO

La región de América Latina no se ha caracterizado por ser la más democrática del mundo ni por generar estabilidad y fortaleza institucional. Por diversas razones, el siglo XX, y las primeras décadas del XXI, no ha sido sencillo para la consolidación de Estados Democráticos de Derecho.

En algunos momentos de todo este tiempo, todos los países del subcontinente, en mayor o menor medida, han padecido excesos de autoritarismo y carencias de democracia. Incluso Estados que parecían que comenzaban el tránsito hacia una consolidación de las instituciones de la democracia, hoy se encuentran en riesgo de regresiones que, en caso de concretarse, significarían un retroceso para los derechos políticos de sus ciudadanos. Por ello, el ejemplo del Estatuto de la Oposición colombiano resulta tan significativo. Se trata, sin lugar a dudas, de un mecanismo que merecería la pena analizar y considerar para ser incorporado, con las adaptaciones necesarias, en prácticamente todos los textos constitucionales.

En el caso de México, la situación que hoy vive su sistema político hace pensar en la conveniencia de contar con una regulación que permitiera a la oposición hacer frente, de manera institucional y responsable, a un gobierno fuerte y ampliamente respaldado que, además, cuenta con mayoría en las dos Cámaras del Congreso, pero que incluso amenaza, por momentos, libertades fundamentales como la de expresión. Quizá si en este país se contara con una regulación normativa de la oposición política se podrían construir consensos y acuerdos en beneficio del fortalecimiento institucional. En los próximos años es necesario comenzar a explorar el camino seguido por Colombia y considerar la normativización de los derechos de las minorías que hoy no terminan de encontrar un rumbo que consolide la endeble democracia mexicana.

## VII. FUENTES CONSULTADAS

AMAYA, Renata (2013). “Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta o *Todavía podemos salvar a Colombia*”. *Revista de Derecho Público*. 30. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.30.2013.01> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

CORREA HENAO, Néstor R. (1990), “El proceso constituyente: el caso colombiano”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 91. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4535> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

COTES ZULETA, Aquilino (2021). “Treinta años de la Constitución de Colombia de 1991: ¿encarnación del ideal del actual constituyente prima-

rio?”. *Revista Latinoamericana de Difusión Científica*. 3(5). Disponible en: <https://doi.org/10.38186/difcie.35.05> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1996). “En torno a los conceptos de unanimidad y mayoría en el contrato social de J. J. Rousseau”. *Revista de Derecho Político*. 41. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.41.1996.8683> (fecha de consulta: 18 de junio de 2022).

KELSEN, Hans (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares.

### Videos

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO COLOMBIA (2018). *¿Qué es y cómo funciona el Estatuto de la Oposición Política en Colombia?*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iGtqaPV9q0k> (fecha de consulta: 12 de junio de 2022).



## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o caso *Herzog vs. Brasil*

### *The Inter-American Court of Human Rights and the case Herzog vs. Brazil*

Adolfo MAMORU NISHIYAMA\*

Rafael de LAZARI\*\*

RESUMO: Em quinze de março de 2018, um triste pedaço do passado brasileiro foi passado a limpo. O Brasil foi, enfim, condenado pela omissão na apuração da detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog nos porões do regime ditatorial (fato ocorrido em 1975). O trabalho que segue busca pinçar dados pontuais da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contextualizando-a a fatos históricos concomitantes, para, ao fim, trazer algumas conclusões particulares favoráveis aos direitos à memória e à ver

ABSTRACT: On March 15th, 2018, a sad piece of the Brazilian past was cleared. Finally, Brazil was condemned for its failure to investigate the arbitrary detention, torture and death of journalist Vladimir Herzog in the basements of the dictatorial system (which occurred in 1975). The text that follows seeks to collect specific data from the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights contextualizing it to concomitant historical facts, to, at the end, bring some particular conclusions in favor of the rights to memory and the truth.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil da Universidade Paulista, Brasil, desde 1999. Relator da XX Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP - Brasil (2010-2012). Advogado. Autor de diversas obras jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7354-8267>; [ammadv@uol.com.br](mailto:ammadv@uol.com.br).

\*\* Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP, Brasil. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9808-8631>; [prof.rafaeldelazari@hotmail.com](mailto:prof.rafaeldelazari@hotmail.com).

dade. Serão vistos aspectos técnicos (majoritariamente) e sociais (minoritariamente), através dos métodos histórico e descritivo. Como material de pesquisa utilizou-se da doutrina e da jurisprudência.

*Technical (mostly) and social (minority) aspects will be seen, using historical and descriptive methods. As research material, doctrinal and jurisprudential analyzes were used.*

**Palavras-chave:** Lei da Anistia, direito à memória e à verdade, Convenção Americana de Direitos Humanos.

**Keywords:** Law of Amnesty, right to memory and truth, American Convention of Human Rights.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Desenvolvendo o caso*. III. *Breves considerações técnicas acerca da sentença do caso Herzog vs. Brasil*. IV. *Considerações finais*. V. *Referências*.

## I. INTRODUÇÃO

Em 10 de julho de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu petição inicial apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL); pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH); pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo; e pelo Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo. O caso foi autuado sob o nº 12.879. No mérito, discutia-se a suposta responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela inadequada investigação do caso de detenção, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante o período ditatorial.

Boa parte da impunidade dos fatos se deve à Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979). Pelo art. 1º, *caput*, dessa lei, foi concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Pelo parágrafo primeiro, foram considerados conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Pelo parágrafo segundo, ficaram excetuados dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de

terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Voltar-se-á a analisar a Lei da Anistia mais adiante neste trabalho.

Herzog, diretor da TV Cultura, em São Paulo/SP, apareceu morto nas dependências do DOI/Codi —Destacamento de Operações de Informações— Centro de Operações de Defesa Interna da capital paulista. A versão “oficial” dos fatos foi a de que o jornalista cometeu suicídio dentro do estabelecimento, inclusive correndo o mundo fotos suas enforcado com um cinto preso a uma janela e o corpo parcialmente suspenso.

A partir daí, uma árdua batalha foi travada para que ficasse esclarecido o quê aconteceu, de fato, naquele dia 25 de outubro de 1975. O estágio atual da questão é a recente condenação do Estado brasileiro no *caso Vladimir Herzog*, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Muito embora não se tenha encontrado um culpado (um “rosto”) pela morte do jornalista, o país foi condenado a reabrir as investigações, indenizar os familiares de Herzog e, se possível, encontrar e punir aqueles que, segundo a Corte, praticaram o imprescritível crime contra a humanidade ao ceifar a vida do ex-iugoslavo radicado no Brasil.

Este trabalho tenciona, em um primeiro momento, desenvolver a sentença prolatada pelo órgão do sistema interamericano de proteção de direitos humanos com atribuições jurisdicionais, para, em seguida, tecer singelos comentários de ordem técnica.

## II. DESENVOLVENDO O CASO

Nada obstante o peticionamento à Comissão Interamericana tenha se dado em 2009, somente em 2012 tem-se o relatório de admissibilidade (Relatório nº 80/12) e, em 2015, tem-se o relatório de mérito (Relatório nº 71/15) —este último consoante o artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”)—. Neste último documento, a Comissão concluiu pela responsabilidade internacional do Estado brasileiro, e recomendou:

- a. determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis por essas violações, e publicar os resultados

dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa humanidade são inaniestáveis e imprescritíveis; b. adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de non bis in idem não continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos; c. oferecer reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico e a realização de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso, além do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de sus familiares; e d. reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral (Corte Interamericana de Direitos Humanos [Corte IDH], 2018: 3 e 4).

O relatório de mérito foi comunicado ao Estado brasileiro em 22 de dezembro de 2015, ocasião na qual se lhe concedeu prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Ante a falta de soluções mais concretas, em 22 de abril de 2016 o caso foi apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, desenvolveu-se regular e devido processo em órgão com atribuições jurisdicionais, destacando aqui: o Brasil contestou e apresentou exceções preliminares (em número de nove); audiência pública realizada em março de 2017 (destaca-se o ingresso, como amigo da Corte, dentre outros, da Comissão Nacional de Direitos Humanos do México, sobre as normas de proteção a jornalistas, com especial ênfase no efeito amedrontador —também chamado “*chilling effect*”— que pode ter origem em agressões e ataques contra jornalistas); bem como alegações e observações finais escritas.

### 1. *Sobre as exceções preliminares alegadas pelo Estado brasileiro e seu afastamento*

Antes da discussão de mérito propriamente dita, o Estado brasileiro levantou nove exceções: *i*) a incompetência temporal da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a atuação em relação a fatos ocorridos antes do reconhecimento da sua competência contenciosa (lembra-se que, pelo Decreto nº 4.463/2002, o Brasil reconhece como obrigatória e por

prazo indeterminado a competência da Corte *para fatos posteriores a dez de dezembro de 1998*); *ii*) a incompetência temporal sobre fatos anteriores à adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (lembra-se que os fatos se deram em 1975 e o Brasil somente concluiu o procedimento de *internalização do Pacto pelo Decreto nº 678/1992*); *iii*) a incompetência material da Corte quanto a violações de dispositivos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; *iv*) a incompetência temporal sobre fatos anteriores à entrada em vigor da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura para o Estado brasileiro; *v*) o descumprimento do prazo para a apresentação de petição à Comissão (pelo artigo 46 do Pacto, a petição deve ser apresentada dentro do prazo de seis meses a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva ou, excepcionalmente, em prazo razoável); *vi*) a falta de esgotamento dos recursos internos para obter uma reparação pecuniária; *vii*) a inconveniência da publicação do relatório de mérito por parte da Comissão; *viii*) a incompetência material da Corte para revisar decisões internas; e *ix*) a incompetência material da Corte para analisar fatos diferentes daqueles submetidos pela Comissão.

Todas as questões preliminares acabaram refutadas. Sobre a suposta incompetência temporal da Corte se destacou:

27. O Brasil ratificou a CIPST e a Convenção Americana em 20 de julho de 1989 e 25 de setembro de 1992, respectivamente. A Corte observa que as obrigações internacionais que decorrem dos citados instrumentos adquiriram plena força legal a partir das referidas datas. Não obstante, o Tribunal observa que não foi senão em 10 de dezembro de 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana e a ela se submeteu. Em sua declaração, afirmou que o Tribunal teria competência a respeito de “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas a respeito de fatos alegados ou de condutas do Estado que sejam anteriores a esse reconhecimento de competência. 28. Não obstante, este Tribunal também concluiu que, no transcurso de um processo investigativo ou judicial, podem ocorrer fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas. Por conseguinte, a Corte tem competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos a respeito de um processo de investigação ocorrido posteriormente à data de reconhecimento de competência do Tribunal, ainda que esse processo tenha tido início antes

do reconhecimento da competência contenciosa. 29. A Corte observa que tanto a Comissão como os representantes afirmaram não pretender que se declare a responsabilidade internacional do Estado por fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Considerando os critérios expostos, o Tribunal tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998, tanto em relação à Convenção Americana como a respeito dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, pois se referem à obrigação estatal de investigar, julgar e punir (Corte IDH, 2018: 8 e 9).

Quanto à alegação do Estado brasileiro de falta de esgotamento dos recursos internos, a Corte a desconsiderou argumentando que o Brasil não especificou *quais* seriam esses recursos internos ainda não esgotados. No que tange à competência da Corte para fatos relacionados à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, se dispôs:

36. Este Tribunal determinou que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte, segundo a Convenção Americana, e em conformidade com seu artigo 62, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que a ela outorguem competência. 37. Embora o artigo 8º da Convenção contra a Tortura não mencione explicitamente a Corte Interamericana, este Tribunal já se referiu à sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção (Corte IDH, 2018: 10).

Quanto à razoabilidade do prazo para apresentação de petição à Comissão, a Corte não adotou como termo inicial a data da morte do jornalista (1975), mas a frustração em relação a expectativas não atendidas quanto a fatos posteriores a isso. Especialmente, se faz menção à promulgação da Lei nº 9.140/1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Essa lei criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), cujo relatório final somente foi emitido em 2007. Este relatório levou à ação manejada pelo Ministério Público Federal, cujo arquivamento somente se deu em janeiro de 2009. Portanto,

entre esse arquivamento (janeiro de 2009) e o peticionamento perante a Comissão (julho de 2009), transcorreu prazo razoável, entendeu a Corte.

No que tange à alegação de incompetência material da Corte para rever decisões internas, o aludido órgão com atribuições jurisdicionais frisou que nem a Comissão, nem os representantes, solicitaram a revisão de decisões internas relacionadas à avaliação das provas, dos fatos ou da aplicação do direito interno.

Quanto à alegada inconveniência da publicação do relatório de mérito por parte da Comissão Interamericana, se disse que o Estado brasileiro não justificou a razão deste seu entendimento. Por fim, no que tange à incompetência da Corte para analisar fatos não constantes do relatório de mérito apresentado pela Comissão, se decidiu:

...a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, o quadro fático do processo perante a Corte é constituído pelos fatos constantes do Relatório de Mérito, com exceção dos fatos que se qualificam como posteriores, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Isso sem prejuízo de que os representantes possam expor os fatos que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que tenham sido mencionados no Relatório de Mérito e submetidos à consideração da Corte. No presente caso, a Corte observa que a informação remetida pelos representantes tem relação com o alegado acobertamento institucional a que se refere a Comissão em seu Relatório de Mérito. Além disso, a Corte considera que, ainda que a Comissão não tenha estabelecido uma violação do direito à verdade, a ação civil pública está incluída no quadro fático do Relatório de Mérito, de modo que os fatos apresentados pelos representantes relacionados a essa iniciativa judicial são admissíveis e serão considerados no capítulo de mérito (Corte IDH, 2018: 20 e 21).

Pelo exposto, a Corte pôde passar à fase seguinte da apreciação dos fatos, consistente no conjunto fático-probatório (e, obviamente, histórico).

## *2. Sobre o conjunto histórico e probatório*

Na análise do contexto histórico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos atentou para o fato de que no dia anterior à privação da liberdade de Vladimir Herzog, onze jornalistas estavam detidos: Sergio Gomes da Silva, Marinilda Marchi, Frederico Pessoa da Silva, Ricardo de Moraes

Monteiro, José Pola Galé, Luiz Paulo da Costa, Anthony de Christo, Paulo Sérgio Markun, Diléa Frate, George Duque Estrada e Rodolfo Konder. Ademais, fez menção à “Operação Radar”, uma ofensiva lançada pelo regime então vigente para combater e desmantelar o PCB - Partido Comunista Brasileiro e seus membros (a operação não se limitaria a deter, mas matar os dirigentes do partido).

Especificamente sobre Herzog, a sentença relata que na noite de 24 de outubro de 1975, dois agentes do DOI/Codi se apresentaram na sede da TV Cultura de São Paulo/SP, onde o jornalista estava trabalhando. A ideia era que Herzog os acompanhasse imediatamente a fim de prestar declaração testemunhal, situação contornada pela intervenção da direção do canal e o compromisso de Herzog para apresentar-se voluntariamente no dia seguinte (25 de outubro), o que efetivamente se confirmou. O jornalista Rodolfo Osvaldo Konder, que já se encontrava detido, visualizou Herzog na sala de interrogatório e ouviu seus gritos. Na tarde do dia 25, Herzog foi assassinado por estrangulamento (segundo perícia da Comissão Nacional da Verdade), muito embora o Comando do II Exército tenha divulgado a versão oficial de suicídio por enforcamento com um cinto após Herzog reconhecer, inclusive por escrito, que faria parte do PCB. A reação popular ao assassinato do jornalista fez com que o II Exército desse início a inquérito policial militar destinado a averiguar as circunstâncias do “suicídio” de Vladimir Herzog. Esse inquérito foi arquivado em 12 de fevereiro de 1976 com a ratificação da tese do suicídio por enforcamento (houve, inclusive, laudo de necropsia neste sentido). No atestado de óbito, constou como causa da morte “asfixia mecânica por enforcamento”.<sup>1</sup>

Já em abril de 1976, familiares do jornalista manejaram ação declaratória à justiça federal de São Paulo para declarar a responsabilidade da União pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog. Em

---

<sup>1</sup> Relata-se, inclusive, certa pressa para que o corpo de Herzog não fosse visto sequer por seus familiares e que fosse enterrado rapidamente: “Somente às 16h30 de domingo o corpo de Vlado, vindo do IML, chegou ao Hospital Albert Einstein, onde foi velado. No IML, foi impossível a qualquer pessoa da família, inclusive à esposa, ver o corpo. «Ordens superiores», era a resposta. Funcionários do IML também queriam o sepultamento imediato. Clarice exigiu o cumprimento do ritual judaico, que acabou ficando a cargo do Khevera Kadicha («Santa Irmandade»), uma instituição humanitária da comunidade judaica encarregada de cerimônias fúnebres... A pressa em terminar a cerimônia foi tal que, apesar dos gritos de protestos de Clarice e de diversos outros presentes, não se esperou pela chegada da mãe de Vlado, dona Zora, para o início do sepultamento, como manda a tradição judaica” (Markun, 1988: 21).



uma das audiências dessa ação, inclusive, o médico responsável por assinar o laudo de necropsia de Herzog declarou que o tinha feito sem nunca ter visto o seu corpo. Assim, em 27 de outubro de 1978, o Juiz Federal Márcio José de Moraes proferiu sentença na qual declarou que Vladimir Herzog havia morrido de causas não naturais quando estava no DOI/Codi. A autoridade judicial salientou que não havia razão para que Herzog tivesse com ele um cinto (que teria sido utilizado para o enforcamento por suicídio, conforme apontou o II Exército), porque sua roupa era inteiriça. Também, se referiu à ilegalidade da detenção de Vladimir Herzog, bem como à prova da tortura que sofreu. Após recursos por parte dos agentes estatais, em 1983 o Tribunal Federal de Recursos declarou a existência de uma relação jurídica entre os atores da ação declaratória e a União, que consistia na obrigação desta última de indenizar pelos danos decorrentes da morte de Herzog, e salientou que esses danos deveriam ser reclamados por meio de uma ação de indenização. A decisão tornou-se definitiva somente em setembro de 1995.

Em dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/1995, outrora mencionada, mediante a qual o Estado reconheceu sua responsabilidade, entre outros, pelo assassinato de opositores políticos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Essa lei também criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, bem como determinou a possibilidade de conceder reparação pecuniária aos familiares de mortos e desaparecidos políticos, trazendo um montante mínimo de reparação em R\$100.000,00 (cem mil reais). Foi esse o valor recebido por Clarice Herzog pela morte de seu marido.

Em 2007, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos publicou relatório-livro intitulado *Direito à memória e à verdade*, trazendo, dentre outros, o caso de Vladimir Herzog. Com base neste relatório, o advogado Fábio Konder Comparato solicitou ao Ministério Público Federal que investigasse os abusos e atos criminosos contra opositores políticos do regime militar. O MPF solicitou que membros do Ministério Público com atribuições penais investigassem os crimes contra Vladimir Herzog, mas esse processo foi arquivado em janeiro de 2009 (notadamente, com base na tese da prescritibilidade dos fatos).

Em 2011 foi promulgada a Lei nº 12.528, que criou a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos praticadas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de

outubro de 1988.<sup>2</sup> Analisando as fotos do caso Herzog, a Comissão concluiu que as marcas em seu pescoço e tórax eram próprias de uma morte por asfixia mecânica e não por suicídio por enforcamento.<sup>3</sup> Como parte de suas atribuições, a CNV solicitou a retificação da *causa mortis* registrada no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Em 24 de setembro de 2013, o Juiz interveniente ordenou que no atestado constasse que a morte de Vladimir Herzog ocorrera em consequência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI/Codi.

### 3. *Sobre a análise de mérito*

Afastadas as preliminares, bem como exaurido o conjunto fático-probatório em regular processo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a apreciar o mérito da questão.

De início, questionou —mais uma vez— a Lei da Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979), tal como já fora feito no *caso Gomes Lund vs. Brasil* envolvendo a Guerrilha do Araguaia (*caso Gomes Lund e outros*). Em breve comentário, bem se sabe hoje, a anistia representou mais um passo em prol da inevitável derrocada do regime militar vigente no país desde 1964. Nada obstante a Corte Interamericana tenha adotado a tese da inconstitucionalidade da Lei da Anistia brasileira (por ferir a Convenção Americana de Direitos Humanos), na ADPF nº 153/DF (Rel.: Min. Eros Grau. DJ. 29/04/2010) o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar, por iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca da recepção ou não do art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/1979, dispositivo que considerou conexos, para efeitos de anistia, os crimes de qualquer nature-

---

<sup>2</sup> Ainda: “A CNV merece ser estudada como mecanismo de proteção, notadamente como instrumento da justiça de transição, vez que... fez um grande trabalho de promoção dos direitos humanos (inclusive, não deixando de fazer menção a documentos protetores, como a Convenção Americana), em sintonia com o PNDH-3 (terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos)” (Lazari e Oliveira, 2018: 627).

<sup>3</sup> “A evidência de duas marcas distintas na região cervical foi determinante para os peritos criminais afirmarem que: Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montado um sistema de força, onde uma das extremidades foi fixada a grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço de Vladimir Herzog, por meio de uma laçada móvel. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta de forma a simular um enforcamento” (Corte IDH, 2018: 36).

za relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. O STF declarou essa tese recepcionada pela Constituição Federal de 1988, havendo atualmente, assim, decisões contraditórias entre o guardião da Constituição Federal e o órgão de atribuições jurisdicionais do sistema americano de proteção dos direitos humanos.

Prosseguindo, em seguida a Corte classificou como crimes contra a humanidade os atos praticados contra o jornalista Vladimir Herzog, lembrou que a proibição de crimes dessa natureza é norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*)<sup>4</sup> e que tais atos são imprescritíveis. Assim:

312. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em virtude da aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença (Corte IDH, 2018: 82).

Ato contínuo, a Corte tratou do direito de conhecer a verdade, uma vez que o Estado brasileiro: publicou uma versão falsa da morte de Herzog

---

<sup>4</sup> “Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo direito internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo direito internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de direito internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada” (Corte IDH, 2018: 49).

(vide a tese do suicídio, encampada até mesmo por laudo necroscópico forjado), sistematicamente negou acesso aos documentos militares, bem como permitiu a impunidade como obstáculo para conhecer a verdade (por conta da anistia dos fatos praticados no período).

Como última questão de mérito, a Corte considerou os familiares de Herzog igualmente vítimas. Considerou-se violado o direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima, por motivo do sofrimento adicional por que passaram como resultado das circunstâncias particulares das violações cometidas contra Herzog, e em virtude das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.

Após a análise meritória, foram discutidas as medidas de reparação, notadamente que seja feita uma investigação adequada para esclarecer *o quê* exatamente aconteceu em 25 de outubro de 1975 (reinício das investigações, na verdade), a fim de identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog (a possibilidade de punição partiu da tese da imprescritibilidade do crime contra a humanidade praticado contra o jornalista). No mais, determinou-se a concessão de \$40.000,00 (quarenta mil dólares americanos), a título de dano imaterial, para cada um dos familiares de Herzog (Clarice, André, Ivo e Zora Herzog —como Zora faleceu em 2006, o montante que lhe cabe deverá ser pago diretamente a seus sucessores—). Foi negada a indenização pedida em quase cinco milhões de dólares a título de lucro cessante (considerando o salário médio de Herzog atualizado, bem como a expectativa de vida média do brasileiro atualmente), tendo em vista que Herzog não foi considerado propriamente vítima neste processo, mas tão somente seus familiares.

Todas as decisões foram tomadas por unanimidade.

### III. BREVES CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS ACERCA DA SENTENÇA DO CASO *HERZOG VS. BRASIL*

Ao trazer um memorial descritivo da repulsiva morte de Vladimir Herzog nos porões da ditadura quer-se, mais que despertar um senso de inconformismo no leitor, dar continuidade à narrativa acerca do que efetivamente aconteceu: disseram que Herzog tinha cometido suicídio dentro da cadeia, mas viu-se que ele foi, na verdade, morto; disseram que um laudo necroscópico atestava a morte auto infligida, mas viu-se que o perito que o assi-

nou jamais viu o corpo de Herzog; disseram que o Estado tinha possibilitado todos os recursos possíveis às vítimas-familiares, mas viu-se bem o que foram esses quase quarenta anos de luta por uma reparação quanto aos brutais fatos ocorridos em outubro de 1975 (e, neste ponto, a sentença funciona como um respeitável álbum de recordações, deixando claro que muitos foram os que tentaram contar *o quê*, realmente, aconteceu). Por este prisma, este trabalho tem o humilde intento de propagar na comunidade acadêmica um exemplo exitoso de constante busca pela verdade, sem perder de vista os recursos técnicos exigidos para tanto. No *caso Herzog vs. Brasil*, a verdade venceu a mentira.

Analisando pelos tecnicismos puros e simples, têm-se alguns questionamentos quanto aos termos da sentença, entretanto. Em primeiro lugar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido a inconveniência da Lei de Anistia brasileira (de todas as leis de auto anistia, aliás), direcionando a questão para uma revisão unilateral do aludido diploma. Mais que o caráter unilateral ou bilateral incondicionado da Lei da Anistia brasileira, entende-se que a solução mais justa seria a do condicionamento do perdão à elucidação dos fatos. Ao optar por passar uma “borracha histórica” no passado ditatorial pátrio, sem questionamentos ou perguntas a quem praticou atrocidades para manter e para derrubar o regime então vigente (e elas existiram dos dois lados, não se pode mais negar), perdeu-se oportunidade singular de documentar, punir, indenizar e revisar versões oficiais.<sup>5</sup> Prova maior desse ressentimento histórico são os relatórios finais da Comissão Nacional da Verdade, que foram simplesmente criticados sem maiores aprofundamentos simplesmente por conta de uma suposta parcialidade de quem os elaborou. Tivesse a anistia sido condicionada a reparações e à verdade (num exemplo parecido do que foi praticado na África do Sul com a chegada de Nelson Mandela ao poder), possível-

---

<sup>5</sup> “Finalmente, em agosto de 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei de Anistia. Sancionada por Figueiredo cinco dias depois, ela excluía os «condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal», porém, incluía os acusados de tortura, assassinato e desaparecimento durante o regime militar. Era ampla e geral, mas não irretirada. Perdoava a todos que cometeram ‘crimes políticos ou com eles conexos’ no período de 1961 a 1979. Assim, lideranças políticas, intelectuais, artistas e militantes de esquerda puderam retornar ao Brasil. Hoje, entretanto, pouco mais de um quarto de século depois, esse mesmo processo democrático deflagrado pela Lei da Anistia ainda é, para muitos, uma obra inacabada ou parcial. Isso porque os dois maiores traumas históricos do período ainda não foram resolvidos: a punição dos torturadores e o esclarecimento do paradeiro daqueles considerados «desaparecidos» pelo regime” (Buff, 2007: 282 e 283).

mente a solução fosse mais satisfatória.<sup>6</sup> Questiona-se a Corte, neste aspecto, pela visão “simplista” que tenta imprimir (da mesma maneira que se questiona o “simplismo” da Lei nº 6.683, vale frisar).

Em segundo lugar, parece forçoso ter a Corte definido como “crime contra a humanidade” os atos praticados contra Vladimir Herzog, por mais brutais e repulsivos que tenham sido. *Por definição técnica* (e aqui toma-se o melhor conceito que atualmente se tem, que é o do art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional), entende-se por crime contra a humanidade qualquer um dos atos seguintes (e neles realmente se menciona o homicídio, a prisão indevida e a tortura), desde que cometidos em um quadro de ataque, *generalizado ou sistemático*, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.<sup>7</sup> Repara-se, portanto, que o crime contra a humanidade exige generalização e sistematicidade para sua configuração, e não foi esse o caminho percorrido pela Corte Interamericana para definição da brutal morte de Herzog. No começo da sentença, os juízes parecem acertar o caminho: havia uma operação montada para dismantelar a estrutura e matar os dirigentes do Partido Comunista Brasileiro, o que em tese caracterizaria generalizado e sistemático quadro de perseguição. Entretanto, depois, a sentença não esclarece se Herzog realmente fazia ou não parte do PCB (faz-se, apenas, menção a uma declaração do jornalista reconhecendo isso, a qual também se entendeu forjada —assim como o laudo necroscópico—), deixando a morte de Herzog isolada em um universo de possibilidades diabólicas praticadas pela ditadura. Em outros termos, para que a morte de Herzog fosse, de fato, um crime contra a humanidade, seria necessário *ou* que fosse incluída

---

<sup>6</sup> Convém mencionar, aqui, a Comissão Verdade e Reconciliação (CVR), da África do Sul, instituída em 1995 pelo então presidente Nelson Mandela: “A CVR trabalhou com quatro conceitos de verdade: a verdade factual ou forense (do tribunal no qual se apoia a anistia); a verdade pessoal e narrativa ou das audiências e relatos; a verdade social ou a verdade do diálogo, ligada ao processo de partilha entre ofensores (chamados de perpetrators) e vítimas; e a verdade que cura (healing) ou da justiça restaurativa constitutiva da nova unidade africana... A questão da anistia foi o ponto mais longamente debatido nas negociações, e a passagem da Lei no Parlamento foi mais demorada que qualquer outra. Durante a anistia, opuseram-se os movimentos de liberação, que fizeram pressão em favor das perseguições criminais num processo do tipo Nuremberg e, de outra parte, o regime precedente, que esperava uma anistia geral, sem reexame do passado. A versão sul-africana de uma anistia condicionada apresentou a vantagem de pedir narrativas detalhadas aos criminosos e às instituições” (Buff, 2007: 225, 228 e 229).

<sup>7</sup> Também Piovesan (2006: 48).

em um quadro de matança generalizada de membros do PCB (e assim reconhecida na sentença, com nomes e provas após regular processo), *ou* que a ditadura brasileira como um todo fosse considerada um crime contra a humanidade. Nenhuma das duas situações aconteceu.<sup>8</sup>

Talvez, o grande objetivo de considerar a morte de Herzog um crime contra a humanidade tenha sido assegurar a imprescritibilidade dos fatos, notadamente para a punição dos eventuais culpados (ou seja, mais que *configurar* o crime, o que se parece buscar realmente é sua *consequência*). Fosse a sentença prolatada pela Corte meramente declaratória (e não condenatória, como foi), reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado brasileiro sem, contudo, constituir relações jurídicas (como as que foram constituídas entre o Estado brasileiro e os familiares de Herzog), essa questão da imprescritibilidade não seria um problema, pois tudo o que se buscaria seria uma declaração oficial da verdade. Como se quis mais que uma declaração, a saída foi considerar a detenção indevida, tortura e morte um crime contra a humanidade. Se o que está em jogo aqui é o vetor “*justiça*”, então o artifício foi perfeitamente válido; se o que está em jogo aqui é o vetor “*segurança jurídica*”, então o artifício foi indevido. Ao leitor cabe escolher seu lado (se quiser).

Em terceiro lugar, a Corte utiliza mecanismo de “ganchos históricos” para atuar em fatos anteriores ao reconhecimento da incidência de sua competência pelo Brasil. Como dito outrora, o Brasil reconhece a competência originária da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos posteriores a dez de dezembro de 1998 (Decreto nº 4.463/2002), o que cria interpretação dúbia: um literalista dirá que a violação de direitos humanos deve ser inteiramente posterior a dez de dezembro de 1998 para

---

<sup>8</sup> Como argumento complementar, Alberto Zacharias Toron, em interessante trabalho publicado em julho de 2018 pelo *site* Consultor Jurídico, frisa: “A tipificação da tortura como crime, sob esse nomen iuris, só veio a ocorrer na legislação ordinária brasileira com a edição da Lei 9.455/97, a qual, além de estabelecer as hipóteses do crime em foco, na linha da Constituição, fixou sua inafiançabilidade e a impossibilidade da concessão de anistia ou graça aos seus infratores, mas não a imprescritibilidade (*cfr.* artigo 1º, parágrafo 6º). Afora isso, mesmo se considerando a tortura como crime contra a humanidade e, segundo os tratados internacionais, imprescritível, é bem de ver que o Brasil é não é signatário da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e, por outro lado, só o foi da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, sendo, portanto, inaplicável retroativamente, no Direito interno, regras de Direito Penal, como a prescrição, mais gravosas” (Toron, 2018: s/n). Toron, aliás, foi perito do Estado brasileiro no *caso Herzog*.

que o Brasil possa ser julgado; um finalista dirá que isso inclui fatos que se arrastam anteriormente a esta data, mas que nesta data ainda não estejam resolvidos. A Corte tem utilizado esta segunda interpretação, analisando seu padrão de condenações (inclusive brasileiras). Ela diz respeitar a competência temporal da adesão do Estado brasileiro, mas verticaliza o máximo possível até chegar à origem do problema.

Observando o caso em estudo, a Corte faz exatamente isso: a condenação é um pacote que engloba fatos anteriores e posteriores a dez de dezembro de 1998 (prova disso, a Corte demonstra excessivo incômodo com a forja de suicídio pelo Estado brasileiro, o que contraria o direito à verdade, sendo que esse fato —a afirmação mentirosa do II Exército e o laudo necroscópico de suicídio dúbio— se deu ainda na década de 1970, quando o Brasil não tinha aderido temporalmente à Corte Interamericana de Direitos Humanos). Como esse tem sido um padrão da Corte em casos envolvendo ou não o Estado brasileiro sem que haja rechaço da comunidade interamericana quanto a isso, entende-se que o silêncio traz consentimento: somente um novo Decreto do Estado brasileiro pode modificar isso (artigo 62 da Convenção Americana), o que parece altamente não recomendável para o atual estágio democrático em que o país se encontra.

Em quarto lugar, a Corte age bem em considerar os familiares de Herzog vítimas, bem como em determinar a reabertura das investigações. Essa ampliação do conceito de vítima humaniza —um pouco— o tratamento burocrático dado ao pós-crime (quando tudo vira, no fim das contas, papel). A brutal morte de Herzog nos porões da ditadura, em contexto nunca antes esclarecido, ainda mais com uma falsa acusação de suicídio (o que é imperdoável para determinadas religiões, como o cristianismo, o espiritismo e o judaísmo —esta última, religião de Herzog e sua família—), provocou irreparável dano aos que ficaram para lutar por sua memória e para conviver com a dor da perda de um ente querido. É difícil se colocar no lugar dos familiares de Herzog, mas a incansável luta pela verdade (um inquérito policial militar, uma ação declaratória, uma ação civil pública, um reconhecimento de responsabilidade estatal em 1995 e uma reanálise de fatos pela Comissão Nacional da Verdade) mostra uma paz difícil de ser alcançada durante todo este período. Para Zora Herzog, mãe do jornalista e morta em 2006, a sentença da Corte certamente veio tarde demais.

Neste sentido, a reabertura das investigações funciona como um norte, um *modus operandi*, que, espera-se, seja replicado a fim de documentar mais esmiuçadamente o que aconteceu no período ditatorial brasileiro.



Para se ter ideia do quão longe ainda se está do fim da apuração deste “período 1964-1985”, menção se faz à “Vala de Perus” (Cemitério de Perus), localizada na zona norte da cidade de São Paulo/SP, conhecida por ter sido utilizada para o sepultamento de pessoas mortas pela ditadura. Em 1990, uma vala clandestina comum foi descoberta com mais de mil ossadas, as quais pertencem a indigentes, assassinados em contexto de violência geral e desaparecidos políticos. Dessas mil ossadas, apenas cinco foram identificadas quase trinta anos depois, devido às dificuldades dos exames de identificação (que precisam ser feitos em um laboratório na Bósnia). Esse singelo exemplo deixa claro o quão longe se está de uma história definitiva, de modo que a sentença da Corte foi apenas mais um passo nessa longa caminhada.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade maior do presente trabalho foi trazer ao leitor um contexto geral da recente condenação internacional do Estado brasileiro por violação a direitos humanos. Acredita-se que uma boa maneira de perpetuar histórias é não deixá-las cair no esquecimento, bem como cuidar para que o tempo ou as pessoas não as distorçam.

Nos tópicos que se seguiram, objetivou-se fazer uma análise da sentença prolatada contra o Estado brasileiro —no *caso Vladimir Herzog*— pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente seus aspectos jurídicos e históricos. Assim, discorreu-se sobre as preliminares alegadas pelo Estado brasileiro (e suas refutações), o conjunto fático-probatório e histórico que envolve a detenção arbitrária, tortura e morte de Herzog, bem como análise de mérito. Ao fim, singelas considerações técnicas foram feitas.

Se a sentença da Corte Interamericana é um ponto final na longa marcha processual que começou com o peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2009, bem como promove revisão histórica de processos anteriores inefetivos ou parcialmente efetivos (vide um inquérito policial militar totalmente “viciado”, por exemplo), deve, por outro lado, ser um ponto de partida para que o país se reconcilie com seu passado. Na história que se espera para o Brasil, revanchismos e ressentimentos não devem ter lugar.

## V. REFERÊNCIAS

- BUFF, Maria Luci (2007). *Horizontes do perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (2014). *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2018). *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Recuperado em 15 janeiro, 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf).
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2010). *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Recuperado em 15 janeiro, 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf).
- LAZARI, R. e OLIVEIRA, B. P. G. (2018). *Manual de direitos humanos*. 4a. ed. Salvador: JusPODIVM.
- MARKUN, Paulo (1988). *Vlado: Retrato da morte de um homem e de uma época*. São Paulo: Círculo do Livro.
- PIOVESAN, Flavia (2006). *Direitos humanos e justiça internacional*. 7a. ed. São Paulo: Saraiva.
- TORON, Alberto Z. (2018). “A condenação do Brasil e as dificuldades do caso Vladimir Herzog”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/toron-condenacao-brasil-dificuldades-herzog> (data da consulta: 16 de janeiro de 2019).

C

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

VIEIRA, Oscar Vilhena (2018). *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras.

Renato GUGLIANO HERANI\*  
Claudia ROSENBERG ARATANGY\*\*

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Oscar Vilhena Vieira<sup>1</sup> explora en el libro *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional* la dimensión interdisciplinar del constitucionalismo brasileño actual desde el problema de la interrelación entre los poderes políticos. Este tema específico es, en general, dominado por estudios legales. Sin embargo, Vieira, jurista y científico político, se ha diferenciado al romper con ese dominio monodisciplinar.<sup>2</sup> Así, aunque el tema es jurídico, el enfoque y el lenguaje utilizado permiten, a un público más amplio, rodearse de un tema que a menudo se trata

---

\* Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP; Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Pesquisador da Funadesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>; [renato@advgh.com.br](mailto:renato@advgh.com.br).

\*\* Mestranda em Função Social del Derecho en Faculdade Autónoma de Direito – FADISP, São Paulo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7573-2554>; [clauarat@gmail.com](mailto:clauarat@gmail.com).

<sup>1</sup> Oscar Vilhena Vieira es un jurista y científico político brasileño, autor de obras y artículos sobre derecho, principalmente derechos humanos, pero también sobre temas relacionados con la Constitución y el derecho constitucional. En 1999, el autor publicó el libro —ya agotado en Brasil— *Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais aos poderes de reforma*, en el que discute el problema de las cláusulas pétreas, o, como prefiere el jurista, *superconstitucionales*. En 2006, se centró más de cerca en la jurisprudencia de la Corte Suprema brasileña —el Supremo Tribunal Federal—, en el libro *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*, un trabajo que analiza casos reales decididos por el tribunal y que fue reeditado en 2017.

<sup>2</sup> Una evidencia de la propuesta interdisciplinar está luego en quién publicó el ensayo, que fue la Companhia das Letras, una editorial que no se especializa en títulos legales.

de manera tan técnica que se vuelve hermético. Este es, sin duda, uno de los méritos del trabajo: a la vez que es preciso y coherente, el autor discute temas complejos de una manera comprensible sin descuidar la epistemología multidisciplinar.

La idea inicial de Vieira era hacer, como se muestra en la introducción, un balance de los 30 años que la Constitución brasileña completó en 2018, una ruta que consideró simple. Sin embargo, sus planes cambiaron cuando, en 2013, el país se ve embargado por la intensa crisis política que sacudió las instituciones constitucionales. Esto hace que el análisis sea más interesante, al tratar de entender los episodios de ese año, se remonta al periodo anterior a 1988, cuando los vientos democráticos soplan nuevamente y la sociedad empieza a organizarse para traer la nueva Constitución.

Dado que no es un libro con objetivos y supuestos sólo académicos, el autor no subraya cuáles fueron sus elecciones metodológicas; sin embargo, es posible inferirlas. Gran parte de lo que se aborda tiene lastre en los estudios e investigaciones que Vieira ha desarrollado durante la última década, particularmente cuando se aborda el tema de la resiliencia constitucional en un texto publicado poco antes de la publicación del trabajo que ahora comentamos.<sup>3</sup> Por lo tanto, se puede decir que el estudio es una convergencia o incluso una síntesis de su pensamiento sobre el estado del arte del constitucionalismo brasileño.<sup>4</sup> Se muestra en esta propuesta la importancia de presentar el trabajo más allá del público brasileño de Vieira. Por ello, la dedicación de este estudio a ofrecer a otras escuelas jurídicas, especialmente la latinoamericana, la oportunidad de esta revisión. Elegimos su versión informativa, ya que su objetivo no es criticar los argumentos del autor, sino promover, con cierto juicio de valor, una fructífera presentación

---

<sup>3</sup> Alla explica que en un plano más amplio y general sobre la metodología de sus estudios, asume que "...comprender los procesos institucionales de implementación de la Constitución de 1988, a través de una investigación sobre la relación entre las estructuras políticas, los derechos/promesas de transformación y el sistema de actualización constitucional creado por el texto de 1988. Se trata de una investigación de carácter jurídico-institucional que busca detectar en qué medida los arreglos jurídicos concebidos por la Constitución han contribuido a la realización de sus pretensiones normativas" (Vieira, 2017: 225).

<sup>4</sup> Como se verá, las notas de esta investigación, así como otras reflexiones suyas, presentes en el artículo "Supremocracia", publicado en 2008 en la Revista de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas, o el texto de resiliencia constitucional de 2012, así como el texto de 2017, ya citado, son bastante visibles en el trabajo que es objeto de esta revisión —incluyendo el título de los capítulos—.

de la obra, exponiendo las ideas generales de sus cuatro capítulos: “La Constitución en tiempos difíciles”, “La idea de Constitución”, “De compromiso maximizador a la resiliencia constitucional” y “Supremocracia en crisis”.

## II. LA CONSTITUCIÓN EN TIEMPOS DIFÍCILES

El primer capítulo se basa en un análisis de las causas de la crisis brasileña de 2013, que sacó a millones de ciudadanos del estado de inercia delante de los más recientes y desajustes políticos y económicos que han distanciado a la sociedad del constitucionalismo normativo de amplias y substanciales transformaciones sociales, como ha pretendido el pueblo brasileño con el texto de la Constitución de 1988. Para el autor, la movilización que salió a las calles en 2013 estuvo relacionada con las expectativas creadas por la Constitución de 1988; fueron especialmente los jóvenes y los sectores organizados de la sociedad que querían ver cumplidas las promesas hechas en la Constitución, en especial en lo que respecta a los derechos fundamentales sociales. El propósito fue transformar la Constitución de nominativa a normativa<sup>5</sup> por la tensión popular.

Uno de los aspectos que se destacó en las manifestaciones fue el hecho de repudiar a los partidos y líderes políticos. El aparente equilibrio institucional que había desde la Asamblea Constituyente, las relaciones de fuerzas entre los poderes, especialmente entre los órganos políticos y jurídicos, que tendían al consenso, comenzaron a tener más fricciones. Más que eso, los instrumentos destinados a mantener la democracia comenzaron a ser utilizados como armas de disputa política. La pregunta que se plantea el autor es si tras el resultado de las elecciones de 2018, la democracia brasileña, que resistió la inestabilidad política de 2013 a 2018, se mantendrá firme en el contexto que de hecho se materializó.<sup>6</sup> El autor

<sup>5</sup> Se refiere a la clasificación ontológica de Karl Loewenstein (1976: 217) de las Constituciones en normativa, cuando hay una convergencia entre las normas constitucionales y la realidad del proceso de poder; nominales, en los casos en que la Constitución, aunque válida, no se adapta a la realidad existencial; semántica, la Constitución se convierte simplemente en una forma jurídica deseada por los que están en el poder.

<sup>6</sup> A lo largo de 2019 y 2020 hubo pocas manifestaciones ahora contra la Corte Suprema, o pidiendo el cierre del Congreso Nacional, incluso con el apoyo del propio presidente de la República y/o sus correligionarios.

desafió esa cuestión discutiendo los principales acontecimientos políticos del periodo, como los casos de *impeachment* presidencial y las repercusiones y consecuencias de la *Operación Lava Jato*,<sup>7</sup> para responder a dos preguntas cruciales sobre las razones de la crisis: ¿tiene Brasil un problema estructural, que opone pobres y ricos, y que pasa por una dimensión ética, política y económica o son un reflejo de las deficiencias en el propio diseño institucional? (Vieira, 2018: 15), y ¿el abandono de los actores políticos, para jugar el juego de acuerdo con las reglas constitucionales, es una señal de que el sistema democrático tal como lo conocemos está viviendo sus estertores o, por el contrario, saldrá fortalecido, con ajustes, haciendo más equilibrada la correlación de fuerzas entre los poderes?

Otro punto nodal referido por Vieira es el aumento de la tensión entre las esferas jurídica y política que se establece a partir de 2005 con el *Mensalão*<sup>8</sup> y la degradación de los presidencialismos de coalición. En este punto, Vieira comenta las conclusiones de Limongi y Figueiredo cuando afirman que el Ejecutivo tiene instrumentos de poder que eludirían la fragmentación partidaria y proporcionarían un equilibrio de fuerzas, pero los critican porque no ven el problema “que son la desigualdad profunda y persistente y el corporativismo extractivo y el patrimonialismo” (Vieira, 2018: 19).

Al citar a Roberto Gargarella, el autor se pregunta si el problema en la “sala de máquinas” de la democracia brasileña no estaría precisamente en el arreglo institucional, que habría nacido de una coyuntura muy propia de estar fresco de una dictadura que llevó a la elaboración de una ambiciosa declaración de derechos, por un lado, y, por el otro, a la fragmentación del poder. Es interesante notar que, en un texto de 2012, Vieira enumera las características que hicieron que el modelo brasileño de Constitución —a pesar de haber recibido muchas críticas—, fuera resiliente y hubiera cumplido una parte importante de las expectativas puestas en él. Su argu-

---

<sup>7</sup> La *Operação Lava Jato* es un operativo de la Policía Federal (PF) que investiga esquemas de corrupción multimillonarios que involucran a Petrobras, varios contratistas y políticos de diferentes partidos. Iniciada en 2014, se considera la operación anticorrupción más grande en la historia del país y ya ha arrestado a importantes figuras de la política nacional, así como a empresarios y contratistas (<https://tudo-sobre.estadao.com.br/operacao-lava-jato>).

<sup>8</sup> *Mensalão* fue uno de los mayores escándalos de la historia política de Brasil. Políticos de varios partidos, principalmente del gobierno, estuvieron involucrados en esquemas de corrupción que se hicieron públicos en 2005.

mentación, en defensa de la resiliencia constitucional, nos hace regresar al momento constituyente, para cuestionar si el pueblo no fue excesivamente pretencioso o cauteloso en su reacción al régimen dictatorial que precedió a la reactivación democrática, al crear un marco *jusfundamental* que todavía se espera que lleve a Brasil a transformaciones sociales. Las reflexiones sobre ese momento difícil del constitucionalismo brasileño terminan con la afirmación de que aunque existía lo que él llama “malestar constitucional” a finales de 2018, el juego político era una de las normas constitucionales, pero anticipó la preocupación por la integridad de nuestra democracia, es decir, con la propia lucha para que la Constitución sobreviva.

### III. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

En “La idea de Constitución”, Vieira hace un rescate histórico de las Constituciones no sólo en Brasil, sino también en el mundo, remitiendo al lector al inicio de los ideales liberales, pasando por los contractualistas, para discutir la fuente legitimadora del poder hasta llegar al constitucionalismo moderno con los padres fundadores de la Constitución americana y la realización de la “teoría del poder constituyente”. Para él, este mito resuelve el problema de la legitimidad, porque atribuye a la Constitución la fuerza de voluntad popular que sería superior a la de los representantes electos de la población.

Vieira avanza en la discusión sobre la legitimidad del Poder Constituyente y sus implicaciones, trayendo diferentes críticos a la idea racionalista de la Constitución, para señalar que “con la crítica tanto de la izquierda revolucionaria como del conservadurismo elitista, la constitución se convirtió en un modelo de pensamiento y acción política desde el siglo 19 en adelante, al menos nominalmente” (Vieira, 2018: 68).

Así, con el tiempo, la idea de Constitución cambia y adquiere nuevas facetas, como la Constitución conservadora de Brasil en 1824 y otras europeas del mismo siglo. A principios del siglo XX, la idea de Constitución se transforma de nuevo, y tenemos en Hans Kelsen la máxima expresión del positivismo legal, con sus consecuencias para el constitucionalismo, desde los avances teóricos al concepto de supremacía y jurisdicción constitucionales.

Estos avances han ganado contornos definitivos en el periodo posterior a la Guerra Mundial, cuando hay un proceso de cambio en las Constitucio-



nes, desde su propio significado y contenido. Ese cambio constitucional en Brasil sólo ocurriría en 1988, una ocasión en que, hacia una mayor garantía de los derechos fundamentales y un mayor control de las posibilidades de cambio, se incluyen las cláusulas *pétreas*. Es en este momento que los tribunales constitucionales en Brasil, el Supremo Tribunal Federal, ganan más espacio y poder, especialmente para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Siempre con un desarrollo científico en medio de reflexiones libres sobre el momento político del Brasil, Vieira recurre al modelo de Lijphart para distinguir las democracias, y presenta dos tipos de Constitución: la mayoritaria y la consensuada. Define que “son democracias porque aceptan el principio de soberanía popular, pero no se guían sólo por el gobierno de la voluntad de la mayoría” (Vieira, 2018: 76), y consagran la supremacía de la Constitución. Algunos elementos indican hasta qué punto las democracias y, por lo tanto, las Constituciones son consensuadas.

En primer lugar, el grado de flexibilidad de la Constitución y, reflexionando sobre eso, a partir de los puntos tratados en su publicación *A constituição como reserva de justiça* (Vieira, 1997: 53-97), llama la atención sobre el hecho de que la amplitud de la Constitución brasileña requiere que haya más consenso entre los presupuestos políticos, porque será necesario hacer cambios en el texto siempre que se quieran transformaciones más relevantes. El segundo elemento se refiere a cómo se hace el control de constitucionalidad. Los controles estrictos realizados por órganos separados de los de representación política confieren mayor credibilidad. Las formas de control, difusas y concentradas, se han acercado, y en el caso de Brasil tenemos un sistema mixto. El tercer elemento se refiere al sistema de presidir: parlamentario o esencialista. Los gobiernos parlamentarios serían más mayoritarios que los gobiernos presidenciales. El autor advierte que en el presidencialismo brasileño, con la fragmentación de los partidos, esto no es necesariamente cierto. Otro elemento “es la forma, la libertad y la naturaleza de los derechos fundamentales incorporados por la Constitución” (Vieira, 2018: 85). Los derechos que aseguran la participación democrática son diferentes de los relacionados con las garantías de las libertades y puede haber tensiones entre ellos. “Los derechos sociales tienen un impacto directo en la restricción de los derechos de propiedad y el libre empleo” (Vieira, 2018: 88).

En este punto del texto el autor se hace una pregunta: ¿qué es una Constitución que funciona bien? ¿Cómo el proyecto de país, esbozado en él, se

convierte en un compromiso de la sociedad y llega a buen término? Hacer efectiva la carta es un problema de muchas Constituciones, no sólo de la brasileña, y su desempeño depende de diferentes factores. Una vez más, el autor recurre a los contractualistas para abordar este tema y avanza en el tiempo, llevando las críticas de diferentes pensadores a los idealismos presentes en las Constituciones, pero no sin antes posicionarse, destacando que estos autores no entendían que las Constituciones tenían la función de guiar un orden social hacia valores fundamentales.

#### IV. DEL COMPROMISO MAXIMIZADOR CON LA RESILIENCIA CONSTITUCIONAL

En este capítulo, Vieira regresa aún más en el camino histórico del constitucionalismo brasileño para destacar acontecimientos que anticiparon el constituyente y, de alguna manera, influyeron en su conformación, como el resultado final de la Constitución de 1988. Después de la *Diretas já*,<sup>9</sup> la elección, muerte de Tancredo (presidente elegido) y la toma de posesión de Sarney, el clima político-social fue de frustración. El autor profundiza su diagnóstico sobre ese momento, que es una de las raíces de la crisis de 2013, mientras problematiza el proceso de redacción de la Constitución brasileña. Discute lo que él llama un *compromiso maximizante*, alusión que hace a la composición de diversos intereses que caracterizaron la redacción de la Constitución. De un lado, estaban las fuerzas progresistas, que insertaban los derechos sociales, la protección de intereses difusos, entre otros, y, de otro, las fuerzas conservadoras, las oligarquías que buscaban mantener los privilegios. El acuerdo alcanzado entre estas fuerzas permitió que se pudieran contemplar diversos intereses, a veces contradictorios, pero los comprometió con el mantenimiento del pacto constitucional. La contraposición de ideologías dominantes en el instante constituyente fue así representada por otros tantos juristas.

Vieira afirma que muchos temas fueron constitucionalizados debido a esta desconfianza, de origen tanto de la sociedad en relación con la clase política como de los propios políticos, y el resultado fue una Constitución que no delegaba los poderes del sistema político para implementar gra-

---

<sup>9</sup> El movimiento *Diretas Já* fue una importante campaña de movilización popular que tuvo lugar en Brasil en 1984, cuando aún estaba bajo un régimen antidemocrático, y en el que se pretendía que el país tuviera elecciones directas para la presidencia.

dualmente los cambios necesarios en el país. Aquí parece estar la génesis de uno de los fenómenos político-partidarios de gran influencia histórica sobre la concretización de las transformaciones del Constituyente: el llamado *Centrão*. Es un agregado de intereses que hasta hoy domina la política nacional, centrado en un grupo, así llamado, formado en reacción al texto constitucional aprobado en la primera etapa del proceso constitucional. Señala que la aprobación de la Constitución de 1988 se debió a que la mayoría de los constituyentes pudieron aplacar parte de sus propuestas, y no, como se espera de un pacto constituyente, porque se construyó un consenso en torno al texto.

Hasta 2013, a pesar de las disputas y las muchas críticas hechas por expertos a su contenido y forma de organizar el Estado, la Constitución brasileña era suficientemente resistente como para hacer funcionar, con controles, el juego democrático. Su disposición normativa extensa y detallada permite que algunos puntos específicos sean alterados, sin que las estructuras constitucionales se sacudan. Por otro lado, el grado de abstracción y apertura de algunos de sus dispositivos requieren que la acción del legislador y del Poder Judicial sea imputable. Es un texto con gran capacidad de adaptación formal debido, principalmente, a su flexible sistema de reformas. Finalmente, el hecho de que diferentes sectores de la sociedad estuvieran involucrados en el proceso constituyente y la incompletitud del texto mismo contribuyeron a la competencia permanente para atribuir significado al texto constitucional y, al mismo tiempo, velar por él.

## V. SUPREMOCRACIA EN CRISIS

Hasta este capítulo, el libro parece retardar, intencionalmente, pero muy oportuno, el debate sobre una pieza fundamental en la batalla de los poderes. A partir de la Constitución de 1988, poco a poco, el Supremo Tribunal Federal, órgano máximo de la justicia constitucional brasileña, empieza a ocupar más espacio en la arena política, hasta llegar a un poder que antes no había tenido. La Corte empieza a decidir sobre una variedad de temas y esferas, incluidos los vinculados a las enmiendas a la Constitución, siendo, ella en sí, la fuente principal de la concretización de los comandos constitucionales.

Este poder, que el autor llama *supremocracia*, es el resultado de una secuencia de hechos. Empieza con la desconfianza en el sistema político y

como un efecto de la *hiperconstitucionalización de la vida brasileña* (Vieira, 2018: 135). Pero también está asociado a los problemas endógenos del judicialio brasileño como a la falta de consolidación de una cultura del precedente. En este pasaje hay una distinción importante —aunque hay una concentración de poderes en el Supremo Tribunal, lo que lleva al cuestionamiento de la legitimidad democrática—, ya que es un poder que no tendría la representatividad de la mayoría, como el Legislativo y el Ejecutivo, y se debe a la propia Constitución. Pero, advierte el autor, esto no significa que no existan situaciones de abuso o extrapolación del Supremo Tribunal.

Vieira analiza el fenómeno de la judicialización de la política, distinguiendo corrientes que la explican. La primera, que cuenta con Hirsch (2006: 139-178) entre sus exponentes, explica la expansión del desempeño de los tribunales en la mayor fiabilidad de sus decisiones a los ojos del mercado. La segunda explica el mismo fenómeno en los fracasos de los otros poderes para realizar “las promesas de justicia e igualdad inherentes al ideal democrático e incorporadas a las constituciones contemporáneas” (Vieira, 2018: 138), lo que, para él, agravaría aún más la crisis de representatividad de los otros poderes. Para otros, se deriva de los sistemas de control de constitucionalidad. De cualquier forma, la tesis es que el embrión de este fenómeno se ubica en 1988, en el amplio aglutinado de intereses contradictorios garantizados en el compromiso *maximizador*, combinado con la desconfianza del legislativo, que terminó atribuyendo al Supremo Tribunal el poder de bloquear decisiones que amenazaban cambios en este equilibrio. La Corte debería implementar la nueva Constitución, pero modulando y mitigando sus efectos sobre el orden actual, pues se trata de un poder moderador contemporáneo: “El Supremo ejerce control sobre ambas políticas ordinarias, analizando la constitucionalidad de las leyes y actos del Ejecutivo, así como sobre la política constitucional” (Vieira, 2018: 138).

En las últimas tres décadas, el Tribunal ha ido acumulando funciones; asumió el poder de reforma, en la medida en que comenzó a juzgar las enmiendas constitucionales; tiene en sus manos el control de constitucionalidad de leyes y actos de gobierno; es tribunal en casos de foro por prerrogativa de función y tribunal de última instancia con numerosos procesos, lo que deja a los ministros desbordados. La enmienda constitucional 45, que creó la llamada *súmulas vinculantes*, así como sentencias con repercusión general, para estabilizar las decisiones y reducir la carga de la Corte, mejoró, pero no resolvió, el exceso de demandas o estabilizó una cultura de precedentes judiciales. Cabe señalar, sin embargo, que la admisión del

*amicus curiae* y las audiencias públicas incrementaron la participación de la sociedad, haciendo que el Tribunal fuera más plural.

El autor resuelve muy bien el concepto de “activismo judicial” con un análisis que comienza desde las posturas institucionales de deferencia y capacidad de respuesta. Del exceso de deferencia resulta la omisión, y del exceso de capacidad de respuesta, la usurpación de poderes. Pero en muchas situaciones los límites no están claros, hay una zona de penumbra en la que se toman muchas decisiones. Es necesario construir estándares racionales para determinar cuándo el Supremo debe actuar con deferencia y cuándo con responsabilidad, pero la Corte no lo ha hecho, lo que ha generado inseguridad jurídica.

Vieira hace un historial del desempeño del Supremo Tribunal desde la promulgación de la Constitución en 1988 hasta las elecciones de 2018, destacando las decisiones o hechos que consolidaron el cambio de postura de la Corte de un desempeño más omitido a la *supremocracia*. Atribuye el actual desgaste de la confianza en el Supremo a causas multifactoriales, lo que busca diagnosticar a lo largo de la obra, pero señala que el exceso de poderes concentrados en ella ha debilitado aún más el sistema de representatividad política. No se trata sólo de una cuestión de hermenéutica constitucional, hay un problema, según lo expresa Gargarella, de maquinaria constitucional. Las atribuciones de la Corte deben reducirse y, sobre todo, racionalizarse su jurisdicción con la institucionalización de los procesos de toma de decisiones. Otro punto es la cuestión de la colegialidad de las decisiones: el exceso de decisiones individuales y los votos dispares reflejan un tribunal en el que el consenso funciona poco. El autor propone una deliberación en tres pasos, que da más coherencia y cohesión a las decisiones y busca establecer una jurisprudencia más coherente, dando más seguridad a todo el Poder Judicial. Finalmente, hace una crítica mordaz a la forma de actuar de los ministros —poco coherente, guiada por la opinión pública; poco discreta, que poco ha contribuido al mantenimiento de la reputación del Tribunal—.

## VI. CONCLUSIONES

El punto fuerte del libro es el hecho de que Vieira no libera lentes exclusivamente legales sobre los 30 años de Constitución brasileña; su enfoque más amplio —político y social— permite al lector comprender las

contradicciones en proceso de concreción del pacto constitucional. Puede señalar las debilidades derivadas de la propia redacción de la Ley y, al mismo tiempo, su fortaleza o *resiliencia*. Una de las mayores e interesantes contradicciones señaladas es precisamente el hecho de que algunos de los compromisos estipulados en la Carta, que denotaban avances significativos propuestos en el campo de los derechos sociales, crearon expectativas de acceso pleno a la salud, la educación, la seguridad social, que se frustraron, convirtiéndose en uno de los motores de la crisis de 2013, que indicó una sacudida en las estructuras de la democracia. Así, una de las principales preguntas que plantea en el libro sigue abierta: ¿demuestra esta crisis que nuestro diseño institucional es irrecuperablemente deteriorado o, por el contrario, que se ajustará, reorganizando el sistema de frenos y contrapesos y seguirá siendo resistente durante unas décadas más?

## VII. REFERENCIAS

- HIRSCHL, Ran (2006). “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. *Fordham Law Review*. Trad. de Diego Werneck Arguelhes y Pedro Jimenez Cantisano. V. 75, n. 2.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
- VIEIRA, O. V. (2018). *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao malestar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras.
- VIEIRA, O. V. (2007). “Constituição como reserva de justiça”. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo. N. 42. 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>.
- VIEIRA, O. V. (2008). “Supremocracia”. *Revista de Direito GV*. N. 4. São Paulo. Jul-diez.
- VIEIRA, O. V. y GLEZER, R. (orgs.) (2017). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*. Bruno Meyerhof Salama et al. São Paulo: FGV Direito SP.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2020). *Crítica del constitucionalismo feminista*. Barcelona: Atelier. 246 pp.

Alberto PATIÑO REYES\*

El objetivo del libro es estudiar en qué consiste el constitucionalismo feminista como movimiento jurídico y político que analiza la norma suprema desde la perspectiva de género. Para tal fin, el autor divide su obra en cinco capítulos, de los que se desprenden una serie de argumentos para explicar el estado de la cuestión.

Es inexacto hablar de un feminismo en singular, son distintos feminismos. Por ello, el autor, en un primer momento, hace un periplo de las distintas olas de surgimiento, desde el feminismo —reivindicado a mediados del siglo XVIII— que tiene el cometido de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley —destacan las sufragistas y su reclamo a “votar y ser votadas”—, hasta el *feminismo jurídico posmoderno*.

El profesor Álvarez explica cada ola del feminismo, como la de Simone de Beauvoir (pareja de Sartre) y su *Segundo sexo*, publicado en 1948, con la tesis central “la mujer no nace, sino que se hace”. Sus características serán la reivindicación de la “liberación” del patriarcado y “lo personal es político”, para evidenciar y erradicar el patriarcado, tanto de la vida privada como de la pública. Sobre esta base, reposan los feminismos revolucionario y radical. Ambos comparten que el hombre es la causa de la opresión femenina.

La obra analiza la tercera ola (vigente en la actualidad), también llamada *posfeminismo*, teniendo como protagonistas a *las mujeres olvidadas* o comunidades negras, las *queer*, las transgénero, las lesbianas; las doctrinas

---

\* Académico de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4722-192X>; [alberto.patino@ibero.mx](mailto:alberto.patino@ibero.mx).

post y anticoloniales, y el feminismo islámico. Un acierto del autor es precisar sus notas diferenciadoras: *i*) el género (aparece el uso del término por primera vez) es una construcción artificial que “encorseta” en unos patrones, no existen hombres y mujeres, sino cuerpos; *ii*) sólo existen esas subjetividades, por lo que el género se convierte en un *performance* que las personas podemos elegir, y *iii*) no hay que prohibir las manifestaciones patriarcales, para tener claro el objeto de la crítica y poder “resignificarla”. Además, “la pornografía, la prostitución, los vientres de alquiler son cuestiones de la esfera de la libre decisión individual”.

Su *leitmotiv* será explorar las identidades individuales y las subjetividades, haciendo que el género pase a incluir estas nuevas manifestaciones. Es el aquí y el ahora de términos como *gender fluid* (género fluido): el género es un constructo social que puede ser deconstruido y reconstruido a placer por las personas. “Si quiere, puede”, es la síntesis de la idea posfeminista, empleando el propio cuerpo como instrumento de lucha política y vehículo de protesta.

El autor recurre a la cuarta ola o *ciberfeminismo* para demostrar la influencia del movimiento digital. Así, irrumpen términos como *mansplaining* (cuando el hombre le explica algo a una mujer de forma paternalista); *maninterrupting* (cuando se interrumpe a una mujer que se encuentra en el uso de la palabra), y *manspreading* (el esparcimiento de los hombres en lugares y transporte públicos); *manpropriating* o *bropropriating* (hombres que se apropian de ideas o logros de mujeres). Aquí coloca las actitudes de personas que amparándose en el movimiento *MeToo* o similares (pervirtiendo su esencia) han propiciado cacerías personales.

En un segundo momento, el profesor Álvarez, destaca el feminismo según la metáfora de las ramas. En primer lugar, el feminismo *liberal de la igualdad* (sufragistas). En segundo plano, el *feminismo de la diferencia* considera al hombre inclinado a la violencia intrínseca, desde el acoso y el abuso sexual, hasta la violación. Con su vertiente, el lesbianismo político separado aboga por una sociedad aparte, paralela y formada por mujeres, basada en la autonomía y en la autoorganización. Su derivación, el *transfeminismo*, con su postulado “el derecho que tiene toda persona a definir su propia identidad y a no ser discriminado, [por un lado], y por otro, el derecho de las personas a tomar las decisiones que estimen oportunas en relación con sus cuerpos...”.

Un tercer modelo, el *feminismo socialista y el marxista*, tiene una raíz común, estos consideran que la principal causa de opresión/explotación



de la mujer no es el patriarcado, sino el capitalismo. En cuarto lugar, el *feminismo anarquista* aplica las doctrinas anarquistas a la mujer. El quinto, *ecofeminismo*, explota las cualidades vinculadas entre naturaleza (*Madre Tierra*) y mujer. Por último, el *feminismo poscolonial* aboga por entender y tener en cuenta cómo el racismo y la mentalidad colonial afecta a las mujeres que no pertenecen al segmento de mujer blanca occidental de clase media.

Con el deseo de mayor integración, el *feminismo jurídico liberal*, en Estados Unidos inició con las *affirmaritive actions*. Mientras tanto, en Europa, las *acciones positivas* con conceptos como “autonomía”, “libre elección”, “individuo” e “individualismo”. El mecanismo para su implementación serán las medidas específicas de igualación.

El argumento central del autor es: el feminismo jurídico radical o *derecho feminista* dice que la Ley —*lato sensu*— es un producto típicamente realizado por el hombre y para el hombre que refleja valores, estilos e ideologías netamente masculinas. En tal virtud, esto debe cambiar empleando la “perspectiva de género/feminista”.

Los postulados del *feminismo jurídico posmoderno* serían que ahora no hay objetividad, sino subjetividades; no hay verdad, sino verdades; no hay criterios objetivos, hay opiniones. “Hay relatos. Todo es”, en definitiva, puro *nihilismo* que da lugar a que las personas se deconstruyan, reconstruyan, se inventen y reinventen sin fin. Pugna por el reconocimiento de todas las identidades sexuales.

Al hilo de lo anterior, uno de los caballos de batalla es el uso del lenguaje del derecho, hay que deconstruirlo porque el lenguaje de las normas es masculino (*todos*) debe visibilizar a la mujer (*todos y todas*). Luego, construirlo de nuevo (*todes*) para dar encaje a esas personas con sus nuevas realidades y subjetividades, derivadas de la autoidentificación de género.

Por lo demás, el feminismo constitucional “todas aquellas propuestas del feminismo que pretenden trasladarse al ámbito constitucional...”. Coexiste con varios feminismos y sus propuestas tienen que ir a la Constitución. Empero, el *feminismo liberal* es el ideal para el disfrute de derechos, la igualdad ante la ley y la no discriminación.

El autor es tajante al señalar que

...el problema viene con el feminismo posmoderno, lo que antes se entendía que garantizaba unos derechos y deberes de forma no discriminatoria para todos, ahora es objeto de crítica porque no reconoce todas las identidades

sexuales ni las identidades por las que se auto perciban las personas. Lo cual es tanto como apostar porque las personas no pisen nunca suelo firme, lo que conduce al absurdo de negar la propia libertad que dicen reivindicar, porque sin unas normas básicas, ésta es imposible.

El panorama expuesto por el autor conduce al planteamiento siguiente. Ante una ciudadanía sexual, *queer*, homosexual, transexual o intersexual, los sistemas jurídicos están intentado acomodar, constitucionalmente, los nuevos ejercicios de libertad. Sin embargo, la duda es, si el hecho de reclamarse diferente deba dar lugar a un trato jurídico “privilegiado”.

Una de las respuestas emitidas por el profesor Álvarez es un dato irrefutable: el feminismo constitucional está virando hacia un pretendido constitucionalismo feminista como movimiento holístico que desea orientar la Constitución con perspectiva de género, por ejemplo, el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El constitucionalismo feminista está relacionado con cómo se implementa en la Constitución, donde la meta sería alcanzar una presencia determinada de mujeres para construir el cambio, el cual vendrá a consolidar una masa crítica (un porcentaje de representantes) que rompa el *techo de cristal* (el umbral que las mujeres no conseguían superar hasta adoptar estas medidas). Más mujeres en el parlamento es sinónimo de más y mejores intereses defendidos ¿Qué medios utilizan para conseguirlo?

El mecanismo son las cuotas electorales, primero como acciones positivas, definidas como aquellas que se orientan a compensar y neutralizar las diferencias que suponen desventaja; en un momento posterior, la democracia paritaria. Además de las cuotas, otras medidas adicionales serían la sanción al partido que incumpla con la paridad; la lucha contra la violencia de género en el ámbito político y *ad extra* (acoso sexual, acoso verbal, etcétera). Estados Unidos sería el país que no tiene ninguna medida, ni reserva de puesto, ni cuota legal, ni cuota de partido alguno.

Cuando el autor explora el caso español, presenta algunas posibles reformas que gozarían de consenso en unas eventuales cortes constituyentes, por ejemplo, elevar a rango constitucional el matrimonio igualitario y el divorcio libre, o la garantía de la paridad electoral. Otro tipo de reformas sobre las que aún no existe consenso son: el derecho a vivir una vida libre de violencia; el derecho al propio cuerpo; o el derecho a la educación igualitaria; el empleo del lenguaje inclusivo y no sexista en la Constitución.

Otro tema en la agenda del *feminismo posmoderno* es reeditar las ideas añejas del hombre nuevo y su correlato, así como la sociedad nueva en la doctrina de la “nueva masculinidad”. En paralelo a las reivindicaciones clásicas feministas se ha dado carta de naturaleza a una reformulación de los conceptos de “hombre” y de “masculinidad”, que da pie a una alteración en su lugar en el mundo y en la sociedad. El hombre es el que debe cambiar para adecuarse a los cambios del movimiento feminista. Por otro lado, se aplica al varón la máxima, también en su caso, de que el hombre “no nace, sino que se hace”. Por lo que debe someterse a un proceso de deconstrucción y reconstrucción.

En la agenda, también está la implantación del lenguaje inclusivo, la Real Academia Española ha advertido de la deconstrucción del lenguaje, por ejemplo, el uso genérico del masculino se basa en su condición de término no marcado en la oposición masculino/femenino. Por ello, es incorrecto emplear el femenino para aludir conjuntamente a ambos sexos, con independencia del número de individuos de cada sexo que formen parte del conjunto. Por ejemplo, lo cierto es que, los “alumnos” es la única forma correcta de referirse a un grupo mixto, aunque el número de alumnas sea superior al de los alumnos varones.

La otra cara de la moneda es el discurso del odio sexista y su eventual prohibición. Si con introducir el lenguaje inclusivo no fuera suficiente, se podría “limpiar” éste de impurezas sexistas, con una interpretación restrictiva de la libertad de expresión, al extremo de que la penalización del discurso de odio parece alimentar la idea de la poscensura.

El autor demuestra la censura a profesores universitarios por parte de grupos LGBTI o feministas, quienes no consienten la actividad científica-investigadora del académico censurado. Una causa de este tipo de comportamientos es que suelen anteponer el frenesí ideológico a la vertiente académica, rechazando la opción de debatir. Es el caso del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Pablo de Lora, a quien le reprocharon que no era trans y, por tanto, no podía hablar de lo transexual.

Un dato no menor, en España, ante la imposición del constitucionalismo feminista, se registran algunas reacciones como, por ejemplo, la iniciativa de padres de familia de vetar ciertas actividades escolares —adoctrinadoras en perspectiva de género— llamada PIN Parental, dando lugar a supuestos de objeción de conciencia, reconocida implícitamente en el derecho fundamental a la libertad ideológica, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 53/1985) y (STC 145/2015).

El autor reconoce que la relación entre feminismo y Constitución no es sencilla, por esta razón sólo es posible con el feminismo liberal. Y recurre a Owen Fiss, quien dice que “el feminismo tendrá éxito antes como teoría de la igualdad que como teoría del derecho”. En definitiva, el constitucionalismo feminista tiene más de feminismo que de constitucionalismo.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## EDITORIAL

Este ejemplar que tiene ante sí el lector, el número 47, aparece a los 23 años de existencia de *Cuestiones Constitucionales*, tiempo en el cual hemos tratado de mostrar las preocupaciones constitucionales del momento. Mucho ha cambiado el panorama desde entonces, y mucho es también lo que estamos viendo que se transforma, por lo que seguimos comprometidos en dar cuenta de los diversos vaivenes constitucionales.

En este número se publican catorce artículos, así como comentarios legislativos, jurisprudenciales y reseñas bibliográficas.

En cuanto a los artículos, productos académicos de serias investigaciones, en esta ocasión son reflejo principalmente de temas relacionados con la materia de derechos humanos, aunque también encontramos algunos relacionados con temas inherentes a la teoría constitucional y al control constitucional.

Diversos son los temas que se abordan en relación con los derechos humanos. En dos artículos, por ejemplo, encontramos expuestas reflexiones en torno a la dimensión de la persona humana, ya sea abordándose desde lo que significa que se le haya llevado a la Constitución, y que no es otra cosa que el respeto que debe tener el Estado hacia ella, mediante las características de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad, progresividad, imprescriptibilidad e intangibilidad, o bien entrando a la dignidad de la persona en materia laboral a la luz del debate constitucional en Chile, buscando precisar su contenido mínimo.

La paridad de género, otra preocupación más de derechos humanos, es analizada en su aplicación por los poderes federales, quedando de manifiesto la distancia existente entre lo que dice la norma constitucional y la realidad, sobre todo en cuanto a la disparidad salarial, los techos de cristal y el ejercicio efectivo del poder.

El medio ambiente fue objeto de dos artículos. Uno relacionado con la escasez del agua, razón por la cual se ha optado por desalar el agua de mar, pero poniéndose énfasis en que se haga mediante energías justas y no las convencionales que tienen un alto costo socio-ambiental, y otro sobre la protección de la naturaleza en Colombia, en donde se exponen preocupaciones relacionadas con las categorías de eco-justicia y eco-democracia, como parte del paradigma eco-céntrico, pero en competencia con el paradigma antropocéntrico, todo ello analizado en el marco de sentencias emitidas al respecto.

En otro artículo se abordan las conductas de *bullying* y *ciberbullying* en el escenario educativo nacional, haciéndose referencia a los derechos de la personalidad y a la responsabilidad civil. En uno más, relacionado con la protección de los derechos humanos, se analiza el recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal debido a los bajos costos de activación.

En cuanto a la teoría de la Constitución, en este número de *Cuestiones Constitucionales* encontrará el lector cuatro interesantes artículos. Uno está relacionado con la Constitución de la República de Texas de 1836, teniéndose presente la incorporación previa de Texas a Estados Unidos, pero contextualizándose cultural e históricamente. En otro artículo se da respuesta a la pregunta de por qué en los dos años y medio del actual gobierno no se han realizado reformas constitucionales que impacten el régimen político, analizándose las que sí han tenido lugar. Los límites del legislador, como garante de la constitucionalidad de la ley, son analizados en otro artículo, en el que se reconoce que la creación de la ley debe sujetarse al objeto de su regulación y no a la simple subjetividad. Por último, en un artículo más se analiza el discurso constitucional desde la teoría comunicacional del derecho, señalándose que la argumentación y la ideología son elementos fundamentales del proceso comunicativo del mundo jurídico, donde la retórica se convierte en algo que afecta lo constitucional.

Por lo que se refiere al control constitucional, en este número aparece publicado un artículo que aborda este tema, el cual sostiene que es el medio jurídico más importante de salvaguarda del Estado de derecho, enfocándose en la explicación de este sistema desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucional y del derecho vigente, de los medios, del parámetro de control de la constitucionalidad de la ley, así como de los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad. También se

encontrará un artículo sobre los retos de la justicia constitucional en México, en el cual surge la interrogante de si podrá cumplirse, ya que existen limitaciones que impiden una justicia plena, por lo que se proponen vías para ampliar el alcance de la justicia constitucional.

También en este número el lector podrá leer algunas reflexiones sobre la justicia transicional en la jurisprudencia en Colombia, a la luz de la recepción de los precedentes de tribunales internacionales, señalándose que esta justicia se ha ido consolidando mediante las políticas del Estado que llevan por objetivo la obtención de una paz duradera y estable que beneficie no sólo al país, sino también a la región latinoamericana.

Como complemento a los anteriores artículos de investigación, el lector encontrará otras tantas reflexiones en torno a la ley que desarrolla el contenido de la Constitución colombiana sobre el estatuto de oposición en Colombia, así como la explicación de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Brasil respecto de la muerte de un periodista, y, finalmente, la recensión sobre obras relacionadas con la transición democrática y la crítica al constitucionalismo feminista.

Con la aparición de este número 47 una vez más se da cuenta de las *Cuestiones Constitucionales* de nuestro tiempo.



## ARTÍCULOS DOCTRINALES





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Preceptos de la Justicia Transicional reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana

### *Precepts of Transitional Justice recognized by Colombian constitutional jurisprudence*

Recepción: 8 de junio de 2021

Aceptación: 23 de agosto de 2021

María Stephania APONTE GARCÍA \*

Jairo Vladimir LLANO FRANCO \*\*

RESUMEN: El artículo analiza los precedentes de justicia transicional en los tribunales internacionales y su impacto en Colombia, considerando el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. Se analiza la construcción de una implementación ajustada a las necesidades encaminadas al fin del conflicto armado y su viabilidad en el marco constitucional, como una respuesta a las víctimas y del cumplimiento efectivo de sus derechos. La justicia transicional se ha ido consolidando desde las distintas políticas de Estado, apuntalado para la obtención de una paz duradera y estable que beneficia no solamente al país sino también a la región latinoamericana, sin desconocer

ABSTRACT: The article analyzes the precedents of transitional justice of the International Courts as antecedent of the Colombian model, through which the jurisprudential precedent of the Constitutional Court is supported. Glimpsing as a result, the construction of its own model adjusted to the needs aimed at ending the armed conflict and its viability within the constitutional framework, as a response to the victims of the armed conflict in Colombia, the effective fulfillment of their rights, the model of Transitional justice has been consolidated from the different State policies, going through the retributive justice model to restorative justice, in order to provide

---

\* Maestra en derecho constitucional y abogada de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cali; investigadora externa de la Universidad Libre de Colombia; docente en la Unidad Central del Valle del Cauca. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2642-2896>, Cali; [maponte@uceva.edu.co](mailto:maponte@uceva.edu.co).

\*\* PhD en derecho por la Universidad Externado de Colombia; especialista en antropología jurídica por la Universidad del Cauca; antropólogo; investigador senior en Minciencias; profesor en la Universidad Libre de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>, Cali; [jairo.vladimir1@unilibre.edu.co](mailto:jairo.vladimir1@unilibre.edu.co).

las dificultades que surgen cotidianamente en el proceso de realización plenamente de la justicia transicional en el complejo contexto colombiano.

*guarantees of reparation, truth, justice and non-repetition, underpinned by obtaining a lasting and stable peace.*

**Palabras clave:** justicia transicional, tribunales internacionales, Corte Constitucional, Jurisdicción Especial para la Paz, conflicto armado colombiano.

**Keywords:** *transitional justice, international courts, Constitutional Court, Special Jurisdiction for Peace, colombian armed conflict.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Hacia el concepto de la justicia transicional.* III. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional y justicia transicional.* IV. *Proyecciones de la justicia transicional en el contexto colombiano.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con la pretensión de terminar el conflicto armado interno que ha tenido Colombia por varias décadas del siglo XX, se logró el acuerdo de paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la más antigua de Latinoamérica y con una organización militar significativa; este acuerdo fue firmado en el Teatro Colón de Bogotá en 2016, proponiéndose un proceso de justicia transicional acorde a lo acontecido en uno de los conflictos más extensos en el tiempo de la región y que se encuentra en implementación, debido a que las transiciones se realizan de forma paulatina. El terminar un conflicto que ha dejado, de forma directa, millones de víctimas por el desplazamiento, heridos y muertes en combate, extorsiones, amenazas; y de forma indirecta, a la población en general, inestabilidad social e institucional, será un avance esencial no solamente para la convivencia en el país suramericano sino para la región latinoamericana.

Desde el inicio del proceso, que llevaría primero al acuerdo de paz, y en un segundo momento su implementación por medio de un proceso de justicia transicional, una de las instituciones estatales reconocida por su perspectiva democrática e incluyente a nivel nacional e internacional, la

Corte Constitucional colombiana, sería la que asumiría este desafío que la convertiría en protagonista y determinante desde el horizonte constitucional. Desde esta perspectiva surge el problema de investigación, qué es analizar el reconocimiento de la justicia transicional por parte de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Lo interesante para la ciencia jurídica es que una Corte que hace parte de la cúspide de la justicia ordinaria sea la encargada de permitir constitucionalmente no solamente el reconocimiento sino también la forma en que debe llevarse a cabo el proceso transicional en lo respectivo a su estructura, actuaciones, fines de una justicia especial que difiere ostensiblemente de la percepción dominante del derecho estatal, específicamente el penal, que ha sido el implementado para los distintos actores armados, donde la sanción carcelaria era la constante con ciertas excepciones en las amnistías que se han llevado a cabo en el país.

Precisamente, es llamativo que se realice ruptura con un modelo soporado en la sanción penal para dar paso a una propuesta transicional donde lo central sea exponer de forma detallada los acontecimientos sucedidos durante el transcurso del conflicto armado (verdad), reconocer los errores que realizaron los distintos actores armados (perdón) y reponer los daños ocasionados a las víctimas del conflicto (reparación). La vinculación de la justicia transicional al contexto colombiano con la pretensión de salir de décadas de confrontación armada, se convierte en una posibilidad debido a que se concibe como un modelo que permite la transición de una situación de vulneración de derechos a un contexto de garantías de justicia, reparación y no repetición, teniendo central importancia para los ciudadanos la restauración de las víctimas que han surgido en el transcurso del conflicto; al compaginarse esta justicia especial con la realidad colombiana, ha derivado en la conformación de un modelo en el que se ha desarrollado un marco sociojurídico con decisiones jurisprudenciales e incluso propiciándose una ligera reforma constitucional.

El artículo en la primera parte abordará la concepción de la justicia transicional, desarrollando las bases para entender el origen del modelo aplicado en Colombia, vislumbrando sus fines y objetivos, basados en la producción académica internacional, mediante la cual se ha creado un marco de estudio, referencia y análisis de la cual también las cortes colombianas se han nutrido para la construcción de su jurisprudencia. Posteriormente, se desarrollará el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional,

bajo la línea que ha delimitado el ejercicio de la justicia transicional en el modelo colombiano, los elementos legitimadores con los que se aceptó la reforma constitucional, centralizando su postura en propiciar las garantías necesarias para la reparación integral de las víctimas, concordante con el cumplimiento efectivo de los fines del Estado y vislumbrado la paz como un derecho fundamental.

En la siguiente y última parte del artículo, se exponen las proyecciones de la justicia transicional para el contexto colombiano como la utilización de mecanismos que permiten la funcionalidad del sistema, su centralidad en las víctimas como eje fundamental y sustentador de los elementos de reparación, justicia, verdad y no repetición, con fundamento y acogimiento de los estándares internacionales, pretendiendo una respuesta institucional centrada en la consolidación de una paz duradera y estable, por medio de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas; la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SI-VJRNR), en la que se conjugan y armonizan la justicia transicional con la justicia restaurativa.

Es indudable que pese a la implementación de los acuerdos, éstos no se han llevado a cabo plenamente; el respaldo de instituciones de reconocimiento como la Corte Constitucional no ha sido suficiente para que el gobierno del presidente Duque logre el cumplimiento esperado, esto se puede demostrar con más de un centenar de exguerrilleros asesinados que eran parte del proceso de paz, otra minoría que ha vuelto a los grupos armados vinculándose a las llamadas disidencias que surgieron por no creer en el acuerdo, las esporádicas confrontaciones con los distintos grupos armados en distintas regiones rurales del país que llevan a situaciones de desplazamiento, los cultivos ilícitos se mantienen, entre otras características que determinan un riesgo para lograr la terminación del conflicto de forma definitiva y que cuestiona lo avanzado en la implementación de la justicia transicional.

## II. HACIA EL CONCEPTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Después de lograr los acuerdos entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, llega lo más complejo que es su implementación, y como caracteriza los

procesos donde participa la comunidad internacional para desmontar un conflicto armado interno se acude a la aplicación de justicia transicional: “Los mecanismos de justicia transicional se han convertido en instrumentos cada vez más comunes para facilitar las transiciones políticas, especialmente en sociedades ampliamente afectadas por fenómenos de violencia masiva” (Acosta e Idárraga, 2020: 57). En principio se debe concebir la justicia transicional en constante construcción, debido a que los conflictos armados difieren en actores armados, historia, intereses y contexto socio-cultural, el punto de encuentro está en la pretensión de terminar con las confrontaciones armadas: “La justicia transicional se entiende como el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos” (Zyl, 2011: 47).

La justicia transicional se ha llevado a cabo en periodos sociales, políticos, económicos y culturales con el fin de buscar la reconciliación nacional y el tránsito a la paz, sin embargo, es de resaltar que cada implementación tiene sus propios desarrollos en tiempo y espacio: “La idea de justicia transicional puede definirse como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores o de un conflicto armado interno” (Ambos, Zuluaga y Cortés, 2018: 26), la justicia transicional es una respuesta a las vulneraciones de derechos cometidos con anterioridad, a fin de mediar en la no incursión de la impunidad. Pese a las diferencias y deliberaciones sobre la justicia transicional, se puede apreciar un consenso en su definición, “...a pesar que las definiciones varían, todas las perspectivas ven la justicia transicional como un intento de enfrentar un pasado de violencia en sociedades que están pasando o intentan pasar por alguna forma de transición política” (Sánchez, 2017: 29).

Este tipo especial de justicia enmarca la necesidad de garantizar la efectividad de derechos, y comprende un conglomerado de procedimientos alternativos para intentar darle finalidad al conflicto, “...excepcionalidad de la justicia transicional, ese *quantum* de priorización de unos valores sobre otros (justicia distributiva para asegurar la paz a cambio de justicia punitiva), sólo se justifica en circunstancias estrictas... peso otorgado a la paz como derecho” (Arango, 2020: 28), la pretensión es que al aplicar la justicia transicional para garantizar el derecho a la paz y el mismo Estado de derecho que con el conflicto armado queda afectado en sus cimientos: “La justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cer-

cana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas... está dirigido a preservar un Estado de derecho mínimo identificado principalmente con... la paz” (Teitel, 2011: 136).

La percepción de la justicia transicional no se limita a deliberaciones exclusivamente teóricas; precisamente, el contexto colombiano que se ha caracterizado por la reproducción del conflicto armado y por constantes procesos de paz con diferentes actores armados, siempre con la intención de que la confrontación termine, lleva a que la Corte Constitucional definiera esta justicia especial:

Puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes (Sentencia C-052 de 2012, del 8 de febrero).

Esta apreciación del derecho constitucional por medio de la Corte colombiana sobre la justicia transicional se encuentra relacionada con el derecho internacional público de donde también se propone una percepción de esta justicia especial: “La justicia transicional es un fenómeno suprajurídico, que no se expresa en un marco normativo internacional, sino que opera como la causa eficiente para flexibilizar ciertas obligaciones internacionales de los Estados... tiene en materia derechos humanos” (Fajardo, 2017: 175). Para que la justicia transicional se lleve a cabo plenamente, se crean instituciones responsables del proceso de implementación, con el fin de exponer los hechos que sucedieron de forma detallada en el transcurso del conflicto, solamente con el objetivo de lograr la reconciliación de los ciudadanos: “...justicia transicional abarca... mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos... a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos a la justicia, logrando la reconciliación” (Forer, 2015: 19).

En el proceso de la aplicación de la justicia transicional la concepción de víctima es indispensable, eso lleva a una deliberación que disciplina de las ciencias sociales como la antropología han realizado, percibiendo que la determinación de víctima o su opuesto, el victimario depende de las

relaciones y el contexto sociocultural, “...la categoría víctima/victimario exige pensarla como cambiante y ambigua, por cuanto su contenido de sentido se define según el campo de relaciones sociales en el que se aplica... desde la antropología acarrea múltiples tensiones entre objetividad y subjetividad” (Guglielmucci, 2017: 86). Este postulado expone cómo la víctima se determina desde la perspectiva que se observe, en el contexto colombiano es común que dependiendo de lo económico y lo ideológico se reseñe que es una víctima, por ejemplo, desde el gobierno las principales víctimas serían aquellas que fueron afectadas por las acciones guerrilleras, mientras la responsabilidad gubernamental se percibe como mínima, percepción que es contraria a lo percibido por los exguerrilleros que consideran principalmente víctimas aquellas personas que fueron impactadas por las acciones de las fuerzas armadas estatales durante el conflicto armado interno.

Desde los tratados internacionales, la definición de víctima se remonta a 1985 por parte de la Asamblea General de la ONU, “...víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones... en los Estados Miembros” (Cuya, 2017: 42). Desde organizaciones internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja —CICR—, la noción de víctima se encuentra relacionada con las confrontaciones armadas o de la guerra,

...las víctimas son obviamente la preocupación primaria del DIH. Así pues, las víctimas pueden definirse como las personas que sufren porque resultan afectadas por un conflicto armado; se las denomina “víctimas de la guerra”. Esta definición también puede referirse a una población entera que padezca los efectos de un conflicto armado (Zegveld, 2003).

La Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia asiste al bloque de constitucionalidad al definir la víctima en el conflicto armado interno de acuerdo a los tratados internacionales de derechos, como lo propuesto por las Naciones Unidas, “...la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 4034, del 29 de noviembre de 1985... víctimas no sólo incluye a quienes han sufrido el daño específico, sino que se extiende hasta incluir a la familia inmediata” (Sentencia 1094 de 2007, del 14 de diciembre). A partir del acuerdo entre el gobierno y las FARC, se

creó el capítulo 5 de las víctimas del conflicto, allí se plasma una especie de definición de víctima desde el daño ocurrido en el transcurso del tiempo en que se desarrolló el conflicto:

El conflicto armado, que tiene múltiples causas, ha ocasionado un sufrimiento y un daño a la población sin igual en nuestra historia. Son millones los colombianos y colombianas víctimas de desplazamiento forzado, cientos de miles los muertos, decenas de miles los desaparecidos de toda índole y un amplio número de familias, colectivos y poblaciones afectadas a lo largo y ancho del territorio (Acuerdo final, 2016: 126).

La pretensión de superar los conflictos armados internos lleva que las víctimas adquieren un papel preponderante, son ellas el objeto de protección de la justicia transicional: “En su sentido más práctico, la justicia transicional hace mención a los elementos de verdad, justicia y reparación que han sido parte de todos los procesos de superación de regímenes anteriores” (Castillo, 2018: 344). Señalándose como tres pilares esenciales bajo los cuales se cimientan los procesos y mecanismos que consoliden la paz y las garantías de no repetición; la centralidad del sistema en las víctimas es fundamental para establecer las medidas bajo las cuales se da respuesta bajo la óptica de la efectividad de principios fundamentales, y por supuesto, en el marco del cumplimiento de los fines del Estado: “Justicia transicional holística, comprehensiva y coherente, en la que se reconozca el carácter de cada intervención como medio y fin... como parte de la noción amplia de justicia, que en definitiva se pretende en el Estado constitucional” (Correa, 2017: 101).

El proceso transicional no solamente reduce los conflictos armados sino que se convierte en impulsora de transformaciones y cambios sociales, plasmándose como mecanismo, sin perder el horizonte que es la terminación del conflicto armado como su principal pretensión, “...la justicia transicional surgió con una finalidad de abordar tan solo una de las dimensiones de esos cambios, la de investigar el legado de atrocidades a gran escala y evitar que estas vuelvan a producirse” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas —ACNUDH—, 2014: 6), lo que concentra la tarea en el conocimiento de las vulneraciones de los derechos humanos, agilizando los procesos de reconocimiento de víctimas, consolidándolas como protagonistas en el cambio dictaminado,



reforzando entonces su relevancia, y a su vez se expande el impacto en la población en general.

Las transformaciones que ocurren en las sociedades y sus Estados a partir de un proceso transicional se encuentra relacionado con su implementación, debido a que se pasa de una situación de confrontación armada a un contexto de convivencia y reducción de la violencia; por supuesto, los ciudadanos son los más beneficiados, pues el, "...éxito depende del grado en que contribuya a la reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial... justicia de transición pretende asegurar al mismo tiempo justicia y paz... abstenerse de una persecución penal" (Calle e Ibarra, 2019: 5).

Los procesos de implementación de la justicia transicional tienen un tiempo significativo, es decir, que su vigencia se encuentra amparado bajo el principio de legalidad extendida, un ejemplo es el caso colombiano donde la Ley 448 de víctimas del 2011, lleva varios años implementándose con un recorrido pendiente: "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras cumplió cuatro años de implementación... proyecto de reparación más generoso, más ambicioso y más complejo que cualquier otro programa de reparación, como concluyó un estudio de la Universidad de Harvard" (Rettberg, 2015: 185), con esta referencia legal se muestra la extensión en el tiempo de la construcción de paz y de nuevos sistemas tanto políticos como judiciales en pro de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, entonces, la justicia transicional no tiene límites de tiempo en sus distintas acciones por configurar la convivencia social.

Para la realización transicional, se requiere imperiosamente un proceso en el que los victimarios hagan una rendición de cuentas por todos aquellos delitos cometidos con ocasión del conflicto, siendo desde los delitos estandarizados por el Estatuto de Roma como los delitos políticos y conexos, que pueden tener un trato diferencial, pero que sin embargo deben incluirse dentro del proceso para su exhaustiva investigación, "...procesos de rendición de cuentas... en relación con crímenes políticos... perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política como las que son propias de las transiciones de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia" (Orozco, 2009: 9). Rendir cuentas no sólo sugiere un compromiso por parte de los victimarios, sino que conlleva un gran desafío, consistente en principio, en determinar la forma en que se debe afrontar las transgresiones, para luego establecer el modelo que se adecue a los parámetros

propios del contexto de aplicación, se puede determinar una especie de niveles de aplicación o implementación de la justicia transicional:

En el primer nivel (inmediato), las medidas transicionales pretenden la judicialización y rendición de cuentas de los responsables y la reparación de los daños causados a las víctimas. En un nivel intermedio, apuntan a dignificar a las víctimas, recuperar la confianza en las normas sociales básicas y establecer o fundar los supuestos mínimos del Estado de derecho. En el nivel mediato, con la transición se busca reconstruir la convivencia social, lograr la reconciliación y democratizar la sociedad (Blanco, Güiza & Santamaría, 2017: 67).

En el proceso transicional, los objetivos y los niveles de aplicación son similares, lo que marca la diferencia son las particularidades propias de cada realidad que conllevan a producir condiciones específicas para la implementación de un modelo de justicia transicional, de allí que, bajo la agrupación de estándares internacionales se ha abocado a la consolidación de parámetros mínimos que deben aplicarse, contentivos en los distintos convenios y tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos y los precedentes de las cortes internacionales.

A pesar de las vicisitudes que se presentan en el desarrollo de los distintos modelos de justicia transicional aplicados en el mundo, se deben imponer unos mínimos estandarizados con el fin de brindar garantías a las víctimas; precisamente, la crítica proviene de que se debe tener en cuenta la realidad de cada contexto donde se implementa la justicia transicional, no solamente limitarse a modelos y estándares, "...concepto ambiguo que sirve tanto para aplicar medidas de justicia degradada como para implementar un populismo punitivo de los derechos humanos... detrimento de una visión de la JT más restaurativa y centrada en las visiones y perspectivas locales" (Benavides, Mateos & Camps, 2018: 123).

No se puede desconocer que dentro de los estándares internacionales de la justicia transicional se puedan establecer el máximo de hechos acontecidos en aras de dilucidar la verdad, propendiendo en la impartición de justicia que conlleven a los reconocimientos debidos para las víctimas, se restablezcan sus derechos, y se brinden las garantías necesarias para la no repetición. Es cierto que los objetivos antes descritos pueden abocarse a su no cumplimiento, pero se hace necesario su establecimiento en aras de acrecentar el alcance, y por supuesto el impacto fructífero en la sociedad.

La justicia transicional se ve abocada a contener elementos regentadores como lo son la verdad, justicia y reparación, por lo que se emplean mecanismos para el cumplimiento de los mencionados fines a través de tribunales internacionales o nacionales, "...como son los tribunales penales internacionales, los tribunales mixtos, las medidas de justicia comunitaria y desde un punto más significativo las comisiones de la verdad y las comisiones de investigación" (Castillo, 2018: 344); entre las instituciones que se crean para avanzar en la implementación transicional se encuentran las comisiones de la verdad que con el transcurrir del tiempo y su implementación en distintos lugares del mundo pueden distinguir varios objetivos:

... cinco objetivos básicos de las comisiones: 1. descubrir, clarificar y formalmente reconocer abusos realizados en el pasado; 2. responder a necesidades específicas de las víctimas; 3. contribuir a la justicia y la responsabilidad; 4. resaltar la responsabilidad institucional del Estado y recomendar reformas, y 5. promover la reconciliación y reducir los conflictos con el pasado (Kerber, 2017: 73).

Precisamente, para el caso colombiano e implementar el acuerdo de paz gobierno-FARC, se crea el SIVJRNR, en el cual se encuentra vinculada la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, donde varios de los objetivos que caracterizan a este tipo de organizaciones se llevan a cabo: "Contribuir al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido para ofrecer una explicación amplia de la complejidad del conflicto; promover reconocimiento sobre la gravedad de lo que nos pasó como sociedad, la dignidad de las víctimas y las responsabilidades" (Comisión de la Verdad, 2018: 10).

Definitivamente, el avance de la implementación de la justicia transicional para el contexto colombiano es innegable, pero al mismo tiempo se debe reconocer los desafíos a que se enfrentan y los obstáculos que han construido diferentes sectores de la sociedad colombiana, que no están de acuerdo con propiciar la convivencia y perciben que la confrontación es la salida viable. Entre lo que tiene a favor el proceso transicional que se lleva a cabo en el país, se encuentra la comunidad internacional, por medio de tribunales y organizaciones de derechos humanos, gobiernos del Norte global, dirigentes reconocidos, entre otros actores que presionan a estos sectores críticos del proceso para que se siga adelantando la implementación que permitirá un espacio de convivencia en la región.

### III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Con la inmersión de la justicia transicional en el complejo conglomerado jurídico colombiano, con la pretensión de finalizar la problemática de confrontación armada vivida en el país entre los siglos XX y XXI, la Corte Constitucional se ha venido pronunciando para consolidar la convivencia y hacer del derecho a la paz (CP, artículo 22) una realidad, y para supervisar que la estructura jurídica que se va creando con la justicia transicional se encuentre dentro del respeto de otros derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional y los tratados internacionales, "... El alcance y significado de este sistema extraordinario de justicia ha sido evaluado en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional" (Ruiz, 2018: 150), configurando una orientación constitucional que impacta el campo jurídico colombiano y se convierte en referencia para procesos transicionales en otros contextos de conflictos armados internos.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia realiza definiciones y deliberaciones sobre la justicia transicional, específicamente de las sentencias referenciadas como control constitucional sobre leyes y decretos, una deliberación interesante es lo que ocurre en la sentencia C-370 de 2006 donde realiza revisión de la Ley de Justicia y Paz 975 del 2005, en una primera aproximación relaciona la paz y el Estado social de derecho, "... la justicia transicional es necesaria para alcanzar la paz como presupuesto indispensable para la consolidación del Estado Social de Derecho" (C-370 de 2006, del 18 de mayo), jurisprudencia que muestra cómo la Corte se acercaba de forma sutil al reconocimiento de la justicia transicional. En sentencia posterior, la Corte realiza un mayor desarrollo vinculando los principios que caracterizan la justicia transicional de verdad, justicia y reparación para las víctimas de los conflictos armados: "La Corte ha relevado la importancia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que tienen un contenido propio y específico dentro de un contexto de justicia transicional" (C-1199 de 2008, del 4 de diciembre).

El control constitucional realizado por la Corte acerca de la Ley 1424 de 2010 sobre justicia transicional, que garantice verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, en esta jurisprudencia se vincula el derecho internacional y determina la relación de la justicia transicional con los estándares de derechos

humanos, ampliando su horizonte sociojurídico, “...instituciones de justicia transicional pueden resultar benéficas para una determinada sociedad, tales mecanismos son normalmente aceptados en el derecho internacional y constitucional comparado como una situación excepcional... reglas contenidas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad” (C-771 de 2011, del 13 de octubre), en las sentencias recientes ya se vinculan perspectivas más consolidadas de la justicia transicional como las apreciaciones que la caracterizan en la academia y en el derecho internacional de los derechos humanos, “...el paso de un régimen dictatorial a uno democrático (o, en síntesis, de la dictadura a la democracia); o (ii) el paso de un momento de conflicto armado a uno de paz” (Sentencia C-007/2018, del 1 de marzo). No se puede desconocer que la influencia internacional ha sido determinante para que los colombianos avancen en la búsqueda de la convivencia en el país y los territorios.

La constitucionalización de los mecanismos de justicia transicional han sido objeto de debate de la mencionada corporación, quien mediante Sentencia C-579 de 2013 viabiliza la reforma constitucional presentada por medio de Acto Legislativo 01 de 2012, denominado el Marco Jurídico para la Paz, “...deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación” (C-579 de 2013, del 28 de agosto), legitimando la preponderancia de los mecanismos de justicia transicional en aras de la consecución de una paz perdurable, y de dicha forma se pudiese ejecutar todos los componentes del sistema con el respeto y ejercicio de plenas garantías.

La Corte Constitucional afina la consolidación de la justicia transicional para el complejo contexto colombiano, reconociendo su conexidad con los lineamientos constitucionales, determina su ámbito de aplicación, comprendiendo la competencia de las autoridades tanto judiciales, como legislativas y administrativas en sus funciones, así como el deber estatal de la imposición de condenas ponderadas sobre los lineamientos internacionales para los victimarios y se establecen mínimos sobre el cumplimiento del derecho de las víctimas, “...condenar a penas adecuadas y proporcionales... solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional... se investiguen... las violaciones de derechos humanos y se

restablezcan los derechos mínimos... la verdad y a la reparación” (Sentencia C-579, 2013)

Entre los objetivos y acciones que distinguen la justicia transicional se encuentran los derechos de las víctimas que en un primer momento debe llevar al reconocimiento de quienes serían consideradas las víctimas en el conflicto armado colombiano, desde la perspectiva del derecho internacional, el constitucional y los actores sociales; generar seguridad a las víctimas por medio de la vinculación de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico interno; la institucionalización de procesos con el fin de buscar la reconciliación; y la inclusión de los individuos y publicidad de los mecanismos con el fin de que la sociedad se sienta partícipe del proceso: “...1) el reconocimiento de las víctimas; 2) el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; 3) la reconciliación, y 4) el fortalecimiento de la democracia” (Sánchez e Ibáñez, 2014: 117). Como también, la fundamentación de su implementación en el ejercicio del cumplimiento de los fines constitucionales en la medida que obedecen a la agrupación de mecanismos que permiten la resolución de las problemáticas surgidas como consecuencia de los flagelos propios del conflicto buscando la reconciliación, con lo cual se fijaron los límites y los alcances, con los que se ha consolidado y robustecido el modelo de justicia transicional colombiano.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que la justicia transicional busca un equilibrio entre la necesidad de justicia, entendido por la justicia retributiva y el requerimiento restaurativo que está entendido entre el conocimiento de los hechos, la reparación y la no repetición, “... lograr el objetivo de una justicia restaurativa... es necesaria la participación de las víctimas... integran el derecho a la justicia del que son titulares las víctimas y que... se encuentra en el centro del SIVJNR” (Sentencia C-538 de 2019, del 13 de noviembre). En consecuencia, busca legitimar el modelo de justicia transicional, alinderándolo con los propósitos constitucionales a fin de responder a las víctimas con el cumplimiento efectivo de sus derechos, con la ejecución de todas las acciones tendientes a su restauración, sacrificando elementos propios de la justicia ordinaria, figuras determinadas por el derecho penal, que en momentos de normalidad tendrían que ejecutarse.

De igual manera, establece límites en su búsqueda por la improcedencia de la impunidad, en concordancia con el bloque de constitucionalidad, sol-

ventando así la posible evasión de responsabilidad frente actos de genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad: “Los mecanismos de justicia transicional se dirigen a restablecer los derechos de las víctimas, alcanzar la reconciliación nacional, fortalecer el Estado de derecho y consolidar el Estado democrático” (Sentencia C-007 de 2018, del 1 de marzo) propendiendo por la consecución y preservación de la paz, afirmando los derechos a la verdad, justicia y reparación.

La Corte Constitucional viabilizó la justicia transicional con la perspectiva de que con ella se cumpliera con los fines de prevención y tutela de los derechos de la sociedad y las víctimas, con el juzgamiento de los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por medio de la utilización de mecanismos de priorización y selección en la implementación de macroprocesos, modificando la forma tradicional de la justicia ordinaria en el conocimiento de caso por caso, en aras de brindar celeridad y efectividad en el alcance de los objetivos propuestos, “...por la estructuración de macroprocesos en los cuales exista una participación masiva de todas las víctimas y que no se estructuren por el azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructuras de criminalidad organizada” (Sentencia. C-579 de 2013, del 13 de agosto).

Los aportes de la jurisprudencia constitucional establecen condiciones para que la condena pueda ser computada, así como sanciones no judiciales y especiales que se pueden interponer en el tránsito de un proceso especial de justicia, con esto se permite que, por ejemplo, la pena establecida en el Código Penal no sea aplicada posibilitando una tipificación inferior, siempre que el perpetuador cumpla ciertos compromisos establecidos en las mismas negociaciones, “...sanciones extrajudiciales, las penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, siempre sin alterar lo establecido en el acuerdo” (Sentencia 050 de 2020, del 12 de febrero), toda vez que no se contraponen con el bloque de constitucionalidad, y busca la dejación de armas y la desmovilización, siendo un mecanismo para la consecución de la paz.

Perspectiva constitucional que también se aboca para legitimar la participación política y la reinserción de los miembros de los grupos armados, y que precisamente se encuentra avalada por la Corte Constitucional, lo cual permite la utilización de los elementos constitutivos de la justicia

restaurativa, alejándose de los componentes de la justicia retributiva, “... la realización de un proceso de paz... exige el distanciamiento temporal de las formas jurídicas tradicionales y el diseño de instrumentos de transición que apunten... a una justicia restaurativa... en contraposición a una eminentemente retributiva” (Sentencia C-577 de 2014, de 6 de agosto).

La consecución de una paz estable y duradera se convierte pues, en un elemento de viabilidad constitucional a lo largo y ancho de la implementación de un sistema de justicia transicional, “...la Corte valida la constitucionalidad de medidas como la suspensión de penas o la aplicación de penas alternativas, extrajudiciales y especiales” (Ruiz, 2018: 159), con límites determinados, en consonancia con la concurrencia de violaciones al derecho internacional humanitario y los derechos humanos.

La Corte Constitucional ha reafirmado su postura frente a la obligatoriedad de garantizar la no repetición, como un derecho de las víctimas, obligación que recae sobre las instituciones estatales, que además de garantizar que los horrores vividos no volverán a suceder, requiere que se realicen cambios estructurales en el Estado, como la reafirmación de los derechos humanos, modificación en las instituciones y democratización y participación de las víctimas y la sociedad en el proceso alternativo “...horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los derechos... verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición... (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)” (Sentencia C-025 de 2018, del 11 de abril). Se establece como composición de la garantía de no repetición todas las acciones tendientes a la no perpetración de hechos que vulneren los derechos de las víctimas, e incluso le da alcance a la protección del colectivo social.

Desde las decisiones de la Corte Constitucional se sostiene que las víctimas deben ser reparadas de forma integral, medidas grupales hasta medidas singulares, y bajo el precepto de que sus derechos deben de ser cumplidos, es decir las víctimas demandan justicia, no puede entenderse bajo un esquema actual una justicia retributiva, pero sí debe entenderse una escala de pena con prerrogativas, una verdad completa contada por los mismos actores, una reparación que parta de los bienes de los victimarios, pero que subsidiariamente sea avalado por el Estado, y una promesa de que no se deben repetir los hechos: “las garantías de no repetición adquieren pleno sentido cuando vienen acompañadas de un proceso de dignificación de



las víctimas... que todo el ajuste a la estructura y al funcionamiento del Estado se efectúa también en función de ellas” (Sentencia C-674 de 2017, del 14 de noviembre).

Los avances jurisprudenciales se han construido en los principios constitucionales en concordancia con los lineamientos del derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho penal internacional, respondiendo, “...a una paulatina definición de los derechos en función de los contextos en los que se tornan relevantes; y (iii) refleja un interés ascendente por concretar los contenidos, titulares y destinatarios de cada uno de los derechos” (Sentencia C-588 de 2019, del 5 de diciembre). Como aspecto de relevancia, la Corte amplió el desarrollo en el alcance de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general gracias al contexto de transición, aunando el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación integral con un sistema de interconexión entre los principios y valores, “...el derecho a la reparación como un derecho complejo... se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia” (Sentencia SU-254 de 2013, del 24 de abril).

Lo interesante es cómo la jurisprudencia constitucional respalda y proyecta la justicia transicional de forma íntegra, “...la verdad contribuye al adecuado juzgamiento —a través del proceso judicial— de quienes incurrieron en conductas penales, y también aporta —y debe entenderse— en términos de reparación y de no repetición” (Sentencia C-007, 2018) con lo cual refleja claramente su objetivo de asegurar las garantías de las víctimas, imponiendo un ejercicio normativo coherente al propósito señalado, de la mano con la institucionalización de los objetivos, en aras de establecer responsables de la ejecución de las acciones tendientes a la protección y guarda de los bienes jurídicos de las víctimas.

#### IV. PROYECCIONES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La justicia transicional implementada en el contexto colombiano para resolver la situación compleja de conflicto armado se ha convertido paulatinamente en una especie de un modelo que se ha forjado bajo los lineamientos de los estándares internacionales, sin desconocer la realidad

propia, lo cual ha marcado visiblemente su constante evolución, que se va reinventando y consolidando en la medida de que sus respuestas son efectivas en el cumplimiento de los fines adoptados, "...se encuentra que a lo largo de los últimos veinte años se han presentado iniciativas para permitir la desmovilización, como políticas de reparación administrativa y judicial, las cuales han sido calificadas como las más amplias e integrales del mundo" (Cepeda & Pérez, 2019), que a pesar de los retos por las condiciones propias, políticas, económicas, sociales, de violencia, entre otras, se ha moldeado en su búsqueda de conseguir una paz duradera y estable.

La puesta en marcha del modelo de justicia transicional se encaminó en la superación de la guerra bajo una transición política mediante mecanismos que permitan entender el origen del conflicto, así como el quebrantamiento del modelo democrático:

Los acontecimientos socio jurídicos que surgirían en el proceso de acuerdo entre el gobierno y las guerrillas de las FARC, llevarían a mostrar la importancia de los principios constitucionales e internacionales para alcanzar la convivencia entre actores que han sido considerados como enemigos, por eso tanto el acuerdo, los documentos que se desprenden de él, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de las instituciones internacionales han sido el soporte para que en el horizonte colombiano la convivencia sea una realidad (Sánchez & Llano, 2019: 235).

Se incluye una nueva concepción institucional a fin de lograr los objetivos, en aras de no perder la credibilidad y el margen de acción, donde todos los mecanismos tendientes a dar fin a la vulneración de derechos, gocen de legitimidad y no caigan en un posible revictimización o den paso a la impunidad y ocultamiento de la verdad. De forma sistemática y armonizada intervienen los distintos estamentos del poder público, con lo cual, participan activamente el Poder Legislativo mediante la creación de normas para la superación del conflicto, el Poder Judicial mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Poder Ejecutivo que se encarga de liderar instituciones estatales que procuren asistir integralmente a las víctimas: "...se ha consolidado ya un escenario de posconflicto, donde se inscribe una serie de iniciativas legislativas y gubernamentales, además de un importante número de resoluciones de la Corte Constitucional, de enorme trascendencia para el futuro de la sociedad y el Estado colombiano" (Ruiz, 2018: 135), lo cual da paso a la legitimación del proceso de

transición conforme a los lineamientos constitucionales, pero a su vez da muestra de la proyección tenida en cuenta dentro de su planificación, pues trae consigo el ejercicio, que aún no termina, de un elocuente y fornido proceso legislativo en concordancia con la ejecución de la política pública asumida por el Estado colombiano.

La proyección de la justicia transicional en el modelo colombiano se basa en la ejecución de todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los fines propuestos, lo que ha conllevado al trabajo armónico en su construcción de dos conceptos de justicia, la justicia transicional y la justicia restaurativa: “Dichos mecanismos se implementan de manera complementaria o alternativa a la justicia ordinaria, con el fin de recomponer las relaciones entre víctima y victimario desde una perspectiva no punitiva basada en el reconocimiento y resarcimiento de los daños” (Saffon & Tacha, 2019: 61), en el ejercicio que comprende la utilización de todos los mecanismos y ejecución de acciones tendientes al cumplimiento efectivo de los derechos de las víctimas, creando espacios que apuntan a garantizar su participación.

Desde la esfera internacional, la justicia transicional debe reparar el daño sufrido por las fuertes transgresiones, y centra a la víctima como eje fundamental de procesos alternativos: “...resarcir el daño de las víctimas y que, adicionalmente, se ha contemplado el derecho y deber a la reparación en el derecho internacional y el marco jurídico colombiano, en contextos de transición” (Acosta & Espitia, 2020: 4); por lo cual, como se ha indicado en líneas precedentes, la justicia restaurativa es un apoyo fundamental, dado que desde el punto de vista finalista, ambos modelos de justicia convergen, “...de forma concomitante, [hacia] la reintegración de los victimarios, la reconstrucción del tejido social, la reconciliación y, especialmente, la reparación de las víctimas y las comunidades afectadas” (Acosta & Espitia, 2020: 3), de lo cual se ha desprendido la implementación de un SIVJRR.

Sistema en el cual se busca impartir las garantías tendientes a la protección efectiva de los derechos de las víctimas, caracterizándose por su esencia integradora de mecanismos para la investigación, clarificación y condena de las vulneraciones acaecidas en el conflicto: “...judiciales y extrajudiciales, tanto para la investigación y sanción de las graves violaciones al DIDH y al DIH como para el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido” (Calle e Ibarra, 2019: 4), lo cual ha sido fundamento para la

utilización de instrumentos como lo son: la conformación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas; la JEP; entidades que son el resultado de las acciones tendientes al cumplimiento del propósito de institucionalizar los mecanismos en aras de la consolidación de las políticas de pacificación y reconciliación nacional.

Dicho sistema se incluyó en la órbita constitucional mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 en concordancia de un marco normativo y con la legitimación otorgada por la Corte Constitucional que ha tejido una estructura jurisprudencial con la cual se ha delimitado los fines y condiciones tendientes a la protección de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, en el entendido de que en cierta forma el modelo de justicia transicional impacta de forma global en el contexto colombiano. El SIVJRNR, en su búsqueda por el establecimiento de la convivencia y garantía de los derechos que en ella convergen, y como en reiteradas ocasiones se ha mencionado, se centra en las víctimas; como un medio restaurador se pretende la revelación de la verdad, para lo cual se instauran condiciones e incentivos, con la finalidad de que los actores en el marco del conflicto armado comparezcan, propiciando la rendición de cuentas, es así que se fundan objetivos generales de los cuales se desprende: “Satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto... Asegurar el esclarecimiento de la verdad... responsabilidades de quienes participaron en el conflicto armado interno de manera directa o indirecta. Garantizar, justicia frente a graves violaciones de los Derechos Humanos” (SIVJRNR y JEP, 2019).

Para su ejecución se ha delimitado cada componente del SIVJRNR, a fin de establecer competencias claras, que permitan la consecución de dichos objetivos, bajo la operación del principio de colaboración armónica y de un Comité de Coordinación Interinstitucional: “Los espacios de conversación entre los mecanismos del SIVJRNR, que podrán producirse en el marco del Comité de Coordinación Interinstitucional del mismo, deberán considerar la participación de las víctimas... Los escenarios y alcances de la reparación integral” (Cooperación Alemana, 2019: 136). Es de resaltar que el SIVJRNR realiza la caracterización de las víctimas acorde a las particularidades propias del territorio y población, brindando especial protección a las mujeres, los niños y las niñas víctimas del conflicto armado, lo cual se traduce en acciones tendientes a garantizar un enfoque

territorial, diferencial y de género, ampliando y masificando el impacto acordes a cada necesidad:

...tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio, cada población, y en especial a la protección, y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. El enfoque de género, se aplicará a todas las fases y procedimientos del sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto (De la Hoz *et al.*, 2019: 147).

Es importante indicar que en el SIVJRNR (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición) participan todas las víctimas del conflicto armado, miembros de grupos guerrilleros, agentes del Estado, integrantes de la fuerza pública, paramilitares desmovilizados, terceros civiles y la sociedad en general. Las víctimas son ciudadanos con derechos, en cumplimiento del principio de reconocimiento, en el cual también se incluye para su garantía de responsabilidad por parte de todos los participantes directos o indirectos en el conflicto y se relacionan con graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

El reconocimiento a las víctimas va armonizado en conjunto con la participación del principio de satisfacción, en cuanto a la efectividad presente en el cumplimiento de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con el uso de medidas restaurativas y reparadoras, en búsqueda de una justicia alejada de las formas propias de las sanciones retributivas del derecho penal, es decir que se orienta a "...la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización" (Acto Legislativo 01 de 2017, del 4 de abril), priorizando el cumplimiento de la dignidad de las víctimas en atención a sus necesidades.

Para el contexto colombiano, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad pretende la obtención de la verdad de los acontecimientos acaecidos como consecuencia del conflicto armado interno, contribuyendo a la revelación de las trasgresiones a los derechos de forma integradora, incluyendo todas las voces posibles que permitan la coherencia en el acercamiento a la certeza como una repuesta a las víctimas y la sociedad en

general, para lo cual se incentiva el reconocimiento voluntario, conllevando a la implementación de herramientas que permiten dicho acercamiento, sin consecuencias legales por lo que allí se debe; este mecanismo se orienta por la alternatividad en su naturaleza: "...una iniciativa de estas tendría que indagar por una serie de daños como el desplazamiento y la desaparición forzada, el asesinato o la tortura —como en otros contextos nacionales— las tendencias de estos crímenes en un periodo particular” (Castillejo, 2017: 313).

La Comisión promueve la aceptación tanto de la responsabilidad individual o colectiva que se haga de forma voluntaria por quienes fueron partícipes de conductas en medio del conflicto, ya sea que su ejecución hubiera participado como autor o partícipe: “Las comisiones de la verdad no buscan una verdad judicial... identificar los patrones de abusos, las causas estructurales de la violencia, representar con justicia los testimonios de las víctimas y construir un relato que sirva de catarsis social” (Colorado & Villa, 2020: 309), con lo cual se garantiza el cumplimiento del derecho a la verdad, enmarcado en la escucha y comprensión sin juzgamiento, en el entendido que cumple con una de las finalidades integrales del sistema, siendo un ente autónomo de carácter público y del orden nacional, que busca cumplir con la identificación de la complejidad propia del conflicto al abarcar un espectro temporal tan amplio como lo es el caso colombiano, comportando un reto magno, que por obvias razones infiere un margen de frustración muy alto, sustento que ha dado paso a la validación de las exigencias para su impulso, de concepciones que median en procura del esclarecimiento de la verdad.

A la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad se le suma, en la coordinación del SIVJNRN, la JEP, que es el mecanismo utilizado para impartir justicia, es el ente judicial, el cual goza de autonomía para investigar, esclarecer, juzgar y sancionar los hechos cometidos durante el transcurso del conflicto armado: “...estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica” (Acto Legislativo 01 de 2017, del 4 de abril), por lo cual es la jurisdicción competente para conocer de los asuntos correspondientes a conductas cometidas en ocasión, causa o relación con el conflicto armado hasta el 1o. de diciembre de 2016, con especial reparo frente a las graves violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario.

La competencia de la JEP estaría en conocer los hechos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran suscrito su voluntad en las negociaciones y concertaciones, asimismo permite que tanto los sujetos estatales como las fuerzas armadas que hicieron parte de las confrontaciones, como otros sujetos partícipes del conflicto que no hicieron parte del grupo armado, pero que hubieran participado activamente en el conflicto, puedan vincularse a este proceso alternativo: "...ex combatientes que hayan suscrito dicho acuerdo de paz, los agentes del Estado y las personas que hayan participado indirectamente en el conflicto armado" (Calle e Ibarra, 2019: 10), a estos actores armados y sociales se les brinda las garantías resultado del acuerdo para llevar a buen término el proceso de paz, pero a su vez adquieren la obligación imperante de contribuir con el esclarecimiento de la verdad total, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, posibilitando el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad y la no repetición, como fundamento de las sanciones a imponer, armonizándose de igual manera con la consolidación de la paz, resulta entonces que la sanción dentro de la JEP cumple una función restaurativa y reparadora del daño, anteponiéndose a las concepción clásica de la función retributiva.

En la estructura que se ha construido de la JEP, reconocida como jurisdicción especial, ha llevado a que sea considerada una institución que tiene relaciones complementarias y de colaboración con otras Altas Cortes para avanzar en sus pretensiones y objetivos transicionales, "...está sometida a la Constitución y debe tener relaciones de colaboración armónica con las otras instituciones del Estado, así como con las otras jurisdicciones; los conflictos de jurisdicción que surjan deben ser definidos por la Corte Constitucional" (Sentencia C-080 de 2018, del 15 de agosto); bajo esa óptica, la JEP asume competencia prevalente frente a las actuaciones penales, administrativas y disciplinarias, por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, entre los objetivos estratégicos de la JEP se encuentran: "...a) contribuir a satisfacer las demandas de rendición de cuentas de la sociedad... b) resolver de manera pronta y objetiva la situación jurídica de quienes comparezcan a la JEP... contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas" (Ramelli, 2020: 18).

La Corte ha enfatizado que en relación con esos sujetos que no hacen parte de la organización al margen de la ley, que tampoco se trata de agen-

tes estatales, pero que son denominados terceros, parte del conflicto de forma indirecta, se pueden incluir dentro del proceso transicional, sin que esto signifique que se supla el derecho al juez natural: "...el sometimiento de los terceros alzados en armas a la JEP no comporta una sustitución del principio de juez natural" (Sentencia C-050 de 2020, del 12 de febrero), toda vez que en ello se conjugan situaciones como el acogimiento voluntario, lo mismo no ocurre para terceros y agentes del Estado que no integran la fuerza pública, a los que sí se les puede estar vulnerando dicho principio. Los terceros en los que se prioriza el sistema, se enmarca en su responsabilidad durante el conflicto armado interno: "...aquel que realizó aportes esenciales a la existencia de los grupos armados o a algunas de sus estructuras... que participen en las decisiones relacionadas con la formulación de planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil" (Michalowski *et al.*, 2020: 44), obedeciendo a los propósitos propios de coberturas ampliadas en aras de generalizar el impacto con base en los patrones de macrocriminalidad.

Desde la Corte Constitucional se determinó la competencia de la JEP en su accionar, para saber de forma ilimitada sobre quienes voluntariamente se someten a esta jurisdicción especial: "...la posibilidad ilimitada e indeterminada de asumir el conocimiento de las conductas delictivas ejecutadas por quienes voluntariamente se han sometido a su jurisdicción" (Sentencia. C-050 de 2020, del 12 de febrero), por lo que es importante señalar que los lineamientos para la aplicación de la competencia de la JEP, en criterios materiales, personales y temporales, los define la Constitución en el contenido del Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley Estatutaria 1957 de 2019 y el precedente jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional sobre la materia.

La justicia transicional también se proyecta en el contexto colombiano con la inclusión, dentro del SIVJNR, de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), constituyendo también una respuesta institucional, extrajudicial y con fundamento humanitario, fijada en el propósito de localizar y buscar las personas vivas que se han dado por desaparecidas en el marco del conflicto armado, y aquellas que han fallecido, propender por la recuperación, identificación y entrega de sus restos, en el ejercicio pleno de las acciones tendientes al restablecimiento de los derechos de las víctimas: "...la UBPD se concibe como un mecanismo humanitario y extrajudicial orientado exclusivamente a la búsqueda de las



personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado” (UBPD. 2021: 6)

El magistrado Eduardo Cifuentes de la JEP ha indicado que en los años venideros se podrán vislumbrar avances en materia de transición, en cuanto a lo relativo a la justicia, la imposición de sanciones alternativas que propician el cumplimiento del modelo alternativo, asimismo se espera que los medios digitales permitan el conocimiento de la corriente jurisprudencia y el acceso a la justicia: “...fortalecerá las facilidades digitales de acceso a la justicia y a su jurisprudencia” (Cifuentes, 2020); y de este modo darle continuidad a los acuerdos y pactos negociados.

Lo dicho constituye un gran reto, pues podría decirse que se trata de la verdadera medición del modelo en la práctica, con la que se pone a prueba su efectividad y eficacia, en esa búsqueda insaciable por el restablecimiento del conglomerado de bienes jurídicos de las víctimas; en consecuencia, podría decirse que en la actualidad el modelo de justicia transicional colombiano se encuentra en fase de implementación, con algunas incidencias que dan muestras de ejecución, lo cual resulta como su verdadera proyección a corto plazo, al propiciar categóricamente y sin más dilación la rendición sobre los resultados obtenidos, como un factor que empuje a la consecución de resultados óptimos para que no se pierdan en el tiempo como meras intenciones.

Pese a los avances sociojurídicos y constitucionales sobre la implementación de la justicia transicional en el contexto colombiano, la situación ha tenido amplias tensiones, debido a que el cumplimiento de la misma ha sido un poco lento, principalmente en lo referente a los exguerrilleros de las FARC, donde las inversiones estatales no han llegado como se propuso en los acuerdos, y respecto a los pobladores de los territorios, donde tenía presencia la extinta guerrilla, quienes siguen en la marginalidad socioeconómica:

Al no implementarse plenamente el acuerdo en lo correspondiente a las comunidades de las zonas rurales con la inversión social prevista, el Estado estaría reproduciendo su ausencia en las regiones donde históricamente no ha intervenido socialmente, esto llevaría a que el espacio dejado por la guerrilla de las FARC fuera reemplazado por otro tipo de actores armados (Llano & Velasco, 2019: 32).

En cuanto al componente de la verdad, que se finiquitaría con la identificación de las víctimas y los sujetos partícipes dentro de la JEP, pretendiendo grandes avances en el esclarecimiento de la verdad, socializando los mecanismos establecidos para tal fin en los territorios y suministrando los medios idóneos. Respecto a este punto, se comprende que las acciones tendientes a la obtención de resultados es aún materia de construcción, en consideración a que el reto es de gran magnitud por los efectos del tiempo, donde es claro que muchas verdades nunca saldrán a luz por cuanto no es posible reunir todas las variables que se conjugan en ello, y se ha buscado la implementación de medios alternativos que faciliten la obtención de resultados satisfactorios.

Para la reparación, el panorama no se aduce alentador, pues al igual que el criterio anterior, también se encuentra en construcción, pues se buscan los mecanismos idóneos que faciliten el mayor grado de satisfacción, en los que se generen mecanismos distintos con efectos reparadores a los considerados tradicionalmente. Se ha indicado que ello será definido en el lapso temporal subsiguiente. Es por ello por lo que el concepto de reparación se ha ido ampliando en la medida que se implementa el modelo de justicia transicional colombiano, buscando que nuevos criterios fundamenten su composición, a fin de que ésta sea integral y los resultados puedan tener un mayor impacto, teniendo en cuenta que es quizá la fase que conlleva al mayor índice de incumplimiento.

## V. CONCLUSIONES

La justicia transicional aplicada en Colombia ha estado enmarcada por la influencia de las orientaciones internacionales, pero alimentada por las circunstancias propias de la realidad del conflicto armado, lo cual ha arrojado como resultado un modelo de justicia transicional propio, centralizado en las víctimas, situación que a su vez ha propiciado la interiorización de las nociones de la justicia restaurativa, siendo un reflejo de la modulación de los preceptos globales de la justicia transicional.

Se puede deducir que en la parte institucional, la JEP, la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos han funcionado adecuadamente; donde aparecen los inconvenientes, es en los compromisos de inversión estatal para beneficio de los excombatientes, como las comunidades rurales de los territorios que se afectaron de

forma directa por el conflicto, incumpliendo con un punto esencial en los acuerdos que es la reparación de las víctimas; y en ciertas circunstancias, con la no repetición, debido a que han surgido nuevos actores armados que tienen confrontaciones con las fuerzas armadas gubernamentales; esto coloca a la justicia transicional con avances, pero con desafíos que se deben resolver lo más pronto posible para lograr la convivencia permanente que tanto añoran los ciudadanos colombianos.

Este proceso transicional se enmarca, legitimado en el amparo constitucional, con una constante vigilancia y control por parte de la Corte Constitucional, que ha fijado límites en consonancia con la perspectiva de brindar a las víctimas garantías efectivas de justicia, reparación, verdad y no repetición, concordando con los objetivos propiciadores de la consecución de una paz duradera y estable, beneficio extendido a la sociedad en general; por tanto, es válido indicar que la justicia transicional en Colombia, por más delimitada que se encuentre en un espacio de tiempo, sus acciones están dirigidas a consolidarse en el ámbito nacional.

Por tratarse de un elemento que hace parte de la Constitución colombiana, la justicia transicional se entiende como una garantía para el cumplimiento de la paz, vista como un bien jurídico tutelado y en concordancia con los demás principios y valores fundamentales; máxime que se centra en la protección de las víctimas y de la sociedad en general, enmarca, por consiguiente, cualquier trasgresión que se emprenda en el menoscabo de ella, como un comportamiento claramente inconstitucional, y a su vez, esta especial protección incluida en su cuerpo conlleva la agrupación de un gran contenido que hace, de la mencionada figura, un modelo en constante construcción, pues las aristas propias del conflicto armado colombiano no implican que la tarea sea fácil, y por sus dimensiones acarrea la utilización de grandes recursos de distinta índole, lo que hacen su aplicación mucho menos ágil, sin olvidar que el componente político e ideológico puede frenar aún más la obtención de resultados.

Puede, entonces, inferirse que las omisiones, carencias, incumplimientos e inoperancias por parte de los sujetos, activos y pasivos, encargados de ejecutar las acciones tendientes al cumplimiento de los fines de la justicia transicional en Colombia, también los hace trasgresores del texto constitucional, acarreando las consecuencias propias de tal falta. Por tanto, resulta a la sazón admisible indicar que la justicia transicional comporta la consecución de los máximos de satisfacción, pues de lo contrario se

constituye una revictimización, acerca de la cual, por su estatus, se puede buscar su protección en instancias internacionales.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA LÓPEZ, J. e IDÁRRAGA, A. M. (2020). “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: Convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”. *Revista Derecho del Estado*. 45 (1).
- ACOSTA LÓPEZ, J. y ESPITIA, C. (2020). “Justicia restaurativa y reparación: desafíos de la JEP frente a una relación en construcción”. *Universitas*. 69.
- ACUERDO FINAL (2016). “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11\\_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf).
- ACTO LEGISLATIVO 01 (4 de abril de 2017). “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. 50.196. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/acto%20legislativo%20n%2b0%2001%20de%204%20de%20abril%20de%202017.pdf>.
- ACTO LEGISLATIVO 01 (31 de julio de 2012). “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. 48.508. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto\\_legislativo\\_01\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html).
- AMBOS, K. (2014). *Justicia de transición y Constitución*. Bogotá: Temis.
- AMBOS, K., ZULUAGA, J. y CORTÉS RODAS, F. (2018). “Prólogo”. *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre-Konrad Adenauer Stiftung-Universidad de Antioquia.

- ARANGO RIVADENEIRA, R. (2020). “Justicia transicional, emociones morales y reconciliación social: un frágil equilibrio”. En *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)*. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz.
- BENAVIDES, F., MATEOS MARTIN, O. y CAMPS FEBRER, B. (2018). “Límites y desafíos de la justicia transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de Sierra Leona, Marruecos y Colombia”. *Relaciones Internacionales*. 38 (1).
- BLANCO CORTINA, D. J., GÜIZA GÓMEZ, D. I. y SANTAMARÍA CHAVARRRO, C. A. (2017). *¿Corregir o distribuir para transformar? Una concepción de justicia para la política pública de restitución de tierras en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CALLE MEZA, M. L. e IBARRA PADILLA, A. M. (2019). “Jurisdicción Especial para la Paz: fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia”. *Análisis Político*. 32 (96).
- CASTILLEJO CUELLAR, A. (2017). “La imaginación social del porvenir. Reflexiones sobre Colombia y el prospecto de una Comisión de la Verdad”. En MARTIN, Arnaud (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASTILLO, A. (2018). *Justicia transicional, comisión de la verdad y fuerzas militares. Reflexiones en torno al caso centroamericano*. UNISCI.
- CEPEDA, E. y PÉREZ, W. (2019). “Derechos sociales y justicia transicional: experiencias internacionales y el caso colombiano”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*.
- CIFUENTES, E. (7 de noviembre de 2020). “Jurisdicción Especial para la Paz”. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/sala-de-prensa/paginas/ponencia-del-magistrado-eduardo-cifuentes,-presidente-de-la-jep,-en-respuestas-emergentes-a-atrocidades-con-tempor%3a1neas'.aspx>.
- COLORADO MARÍN, L. P. y VILLA GÓMEZ, J. D. (2020). “El papel de las comisiones de la verdad en los procesos de transición: aproximación a un estado de la cuestión”. *El Ágora USB*. 20 (2).
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD, LA CONVIVENCIA Y LA NO REPETICIÓN (2018). “21 claves para conocer la comisión de la verdad”. Disponible en: <https://comisiondelaverdad.co/images/zoo/publicaciones/archivos/21-claves-comision-verdad.pdf>.

- COOPERACIÓN ALEMANA. (2019). *Desafíos y oportunidades del SIVJRNR*, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- CORREA HENAO, M. (2017). “Justicia constitucional en Colombia: Balance y... desafíos constitucionales”. En BERNAL PULIDO, Carlos *et al.* (eds.), *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2020). Sentencia C-050/2020. 12 de febrero de 2020.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2019). Sentencia C-588/2019. 5 de diciembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2019). Sentencia C-538/2019. 13 de noviembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-080/2018. 15 de agosto de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-025/2018. 11 de abril de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2018). Sentencia C-007/2018. 1 de marzo de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2017). Sentencia C-674/2017. 14 de noviembre de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2014). Sentencia C-577/2014. 6 de agosto de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2013). Sentencia SU-254/2013. 24 de abril de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2013). Sentencia C-579/2013. 13 de agosto de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2012). Sentencia C-052/2012. 8 de febrero de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2011). Sentencia C-771/2011. 13 de octubre de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2008). Sentencia C-1199/2008. 4 de diciembre de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2007) Sentencia T-1091/2007. 14 de diciembre de 2007.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2006). Sentencia C-370/2006. 18 de mayo de 2006.
- CUYA, E. (2017). “Las comisiones de la verdad y su relación con las víctimas de violaciones a los derechos humanos en América Latina”. En MARTIN, Arnaud, (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DE LA HOZ DEL VILLAR, K., MACHADO VÁSQUEZ, M. y MEJÍA TURIZO, J. (2019). “El enfoque de género dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. *Justicia*. 24 (36).
- FAJARDO ARTURO, L. F. (2017). “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables en Colombia”. En BERNAL PULIDO, Carlos *et al.* (eds.). *Justicia transicional: el caso de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUGLIELMUCCI, A. (2017). “El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: Una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia”. *Revista de Estudios Sociales*. 59 (1).
- KERBER, G. (2017). “Comisiones de la verdad y la reconciliación: perspectivas éticas desde la justicia restauradora y los derechos de las víctimas”. En MARTIN, Arnaud (ed.). *La memoria y el perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1424 de 2010. “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*. Núm. 47.937. Diciembre del 2010. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201424%20de%202010.pdf>.
- Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. *Diario Oficial*. Núm. 45.980. 25 de julio del 2005. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0975\\_2005.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html).

- LLANO FRANCO, J. V. y VELASCO CANO, N. (2019). “Conflicto armado y pos-acuerdo en el Norte del Cauca”. En LLANO FRANCO, Jairo Vladimir *et al.*, *Pos-acuerdo y territorio en las comunidades indígenas, afro y campesinas en el Norte del Cauca*. Bogotá: Ibáñez.
- MICHALOWSKI, S. *et al.* (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: Dejusticia.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf).
- OROZCO, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis.
- RAMELLI ARTEAGA, A. (2020). “Los desafíos de las investigaciones de macrocriminalidad en la Jurisdicción Especial para la Paz”. En VELÁSQUEZ, Fernando *et al.* (eds.). *Jurisdicción especial para la paz. Desafíos y oportunidades*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- RETTBERG, A. (2015). “Ley de víctimas en Colombia”. *Revista de Estudios Sociales*. 54 (1).
- RUIZ, G. (2018). “Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.
- SAFFON SANÍN, M. P. y TACHA GUTIÉRREZ, V. (2019). *La participación en las medidas de justicia transicional. Un estudio comparado*. Bogotá: De Justicia.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, D. y LLANO FRANCO, J. V. (2019). “Principios constitucionales, generales y procesales en tiempos de víctimas y justicia transicional”. *Inciso*. 21 (2).
- SÁNCHEZ, N. C. (2017). *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*. Bogotá: De Justicia.
- SÁNCHEZ, N. C. e IBÁÑEZ, C. (2014). “La justicia transicional como categoría constitucional”. En AMBOS, K. *Justicia de transición y Constitución*. Bogotá: Temis.
- SIVJRNR-JEP. (2019). “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. Disponible en: [https://www.jep.gov.co/infografas/sivjrn\\_es.pdf](https://www.jep.gov.co/infografas/sivjrn_es.pdf).



- TEITEL, R. (2011). “Genealogía de la justicia transicional”. En REÁTEGUI, Félix (ed.). *Justicia transicional. Manual para América Latina*. Brasilia: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS (2021). “Informe de gestión y rendición de cuentas 2020”. Bogotá: UBPD.
- UPRIMMY, R. (2017). *Justicia transicional y Jurisdicción Especial para la Paz*. Disponible en: <https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/view/12/9/382-1>.
- ZEGVELD, L. (2003). “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5y8hkk.htm>.
- ZYL, P. van (2011). “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”. En REÁTEGUI, F. *Justicia transicional. Manual para América Latina*. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La Constitución de la República de Texas de 1836

### *The Constitution of the Republic of Texas of 1836*

*Recepción:* 3 de diciembre de 2020

*Aceptación:* 23 de agosto de 2021

Jaime CÁRDENAS GRACIA\*

**RESUMEN:** El ensayo reflexiona sobre la naturaleza, antecedentes y características de la Constitución de la República de Texas de 1836. Esta Constitución fue copiada de la de Estados Unidos e implicó el interregno jurídico previo a la incorporación de Texas a dicho país norteamericano. En el artículo se explican los elementos positivos y negativos de esa carta magna y se busca contextualizarlos cultural e históricamente.

**ABSTRACT:** *The essay reflects on the nature, antecedents and characteristics of the 1836 Constitution of the Republic of Texas. This was a Constitution copied from the United States and involved the legal interregnum prior to the incorporation of Texas into the United States. This article explains the positive and negative elements of that magna carta and seeks to contextualize them culturally and historically.*

**Palabras clave:** Constitución de la República de Texas de 1836, esclavitud, independencia.

**Keywords:** *Constitution of the Republic of Texas, slavery, independence.*

---

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El marco teórico*. III. *Los prolegómenos*. IV. *El texto constitucional texano de 1836*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La lección que a algunos mexicanos nos deja la cuestión de Texas es que las instituciones nacionales no pueden desarrollarse adecuadamente —con soberanía— cuando, además de las causas internas de división social o políticas, existen poderes geopolíticos que las sobrepasan y condicionan; no obstante, también podemos señalar que siempre caben posibilidades para mantener algunos márgenes de autonomía nacional, los que dependerán invariablemente de la comprensión y visión de los gobiernos, así como de la fortaleza de la respectiva sociedad civil (Cárdenas, 2020: 83-121).

Las élites políticas texanas que defendieron su independencia frente a México y aprobaron la Constitución de 1836 nunca tuvieron posibilidades reales para consolidar una república independiente. La República de Texas —1836 a 1845— fue un interregno previo a la anexión de Texas a Estados Unidos de América. Nuestra lectura histórica y la de la mayoría de los historiadores es que esa fue en todo momento la intención de la élite texana.

Como se describe en el ensayo, desde el fin de la Colonia la suerte estaba echada. Sectores muy importantes de Estados Unidos siempre codiciaron Texas. La colonización anglosajona de Moses y Stephen Austin en el ámbito geográfico de lo que hoy es Texas sólo aceleró ese proceso. Los gobiernos mexicanos de la Independencia, por imposibilidad material, incapacidad o por torpeza no estaban en condiciones de retener el territorio de Texas.

La Constitución de Texas de 1836 es una copia de la Constitución de Estados Unidos de 1787, es una expresión jurídica de la hegemonía norteamericana sobre Texas. Al elaborarla, los texanos casi no voltearon ni miraron las experiencias constitucionales mexicanas o europeas. Giraron sus mentes hacia la potencia que en ciernes representaba Estados Unidos.

Podemos discutir si el constituyente texano de 1836 fue uno originario revolucionario en la medida que rompió con las estructuras institucionales de la República mexicana instauradas por la Constitución Federal de 1824.

En una lectura naif, el titular de la soberanía, y por consiguiente del poder constituyente originario, fue el pueblo, conducido por sus élites, éstas tuvieron el derecho de modificar y alterar la estructura del poder “...como quisieron, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar...” (Vanossi, 2002: 243). El poder del constituyente texano de 1836 “...todo lo pudo... no se encontraba de antemano sometido a ninguna Constitución... y ejerció su función libre de toda forma de control, salvo los que el mismo le plació adoptar” (Sieyès, 1994). El poder constituyente texano de 1836 pudo “...empezar de nuevo... ser expresión de un solo sujeto político, individualizado e incondicionado y por eso soberano” (Zagrebelsky, 1996: 42).

Sin embargo, ese pueblo texano soberano, conducido por sus élites, no decidió crear un Estado nación independiente de manera permanente, sino que, en pocos años, determinó ser parte de otro Estado nación poderoso, por obvias razones económicas, de identidad cultural, religiosa y política —geopolíticas—. Así como la independencia de Texas con respecto a México, con los ojos de ahora, nos parece evidente, así también de diáfano pareció su voluntad de anexarse a Estados Unidos.

En todo caso, se trata de hechos históricos en donde las razones económicas y los intereses individuales y colectivos juegan un papel determinante. La independencia de Texas de México se explica mejor por estas variables que por las metafísicas, relacionadas con los constituyentes originarios.

## II. EL MARCO TEÓRICO

La Constitución de la República de Texas de 1836 en sus aspectos formales es proyección fundamentalmente del constitucionalismo de Estados Unidos (Ackerman, 1991, 2014 y 2019), de los debates entre los federalistas y antifederalistas, de constituciones como la de Massachusetts de 1780 —la más antigua del mundo— y de los antecedentes constitucionales y legales previos relativos a Texas (la Constitución de Coahuila y Texas de 1827, el intento de Constitución del Estado de Texas de 1833 y la legislación mexicana de colonización, tanto federal y local). Todo ello influyó en la concepción de la Constitución de 1836, más otras características “texasanas” de la época, como la defensa de la esclavitud, la fuerte pre-

valencia del derecho de propiedad sobre otros derechos civiles y políticos, y obviamente la defensa de su independencia política y cultural respecto a México.

En la Constitución texana de 1836 está presente el pesimismo sobre el ser humano de los federalistas y es una de sus variables distintivas. Los texanos, como en general los estadounidenses, pensaron que las instituciones debían ser diseñadas para resistir los vicios de la condición humana. Tal como lo señala Roberto Gargarella (2010 y 2014: 114), el núcleo de ese pesimismo se opone a las concepciones republicanas utópicas que expresan de partida su confianza en el ser humano —no motivado exclusivamente por el autointerés— para crear y mantener instituciones. El pesimismo en el entendimiento de la condición humana utiliza los datos duros de la realidad para canalizar los sentimientos egoístas de las personas para obtener beneficios para el conjunto de la sociedad.

La Constitución texana de 1836 fue permeada por el debate de los federalistas y antifederalistas, así como de todo el constitucionalismo estadounidense de esos años. Los federalistas eran partidarios de la democracia representativa y de gobiernos fuertes —ejecutivos—, más allá de los acuerdos multilaterales entre los estados confederados. Los antifederalistas recelaban del gobierno fuerte, preferían gobiernos más próximos a las respectivas comunidades, y tenían grandes simpatías por la democracia directa (Sánchez-Cuenca y Lledó, 2002). Los antifederalistas consideraban que la gran amenaza a la libertad provenía de gobiernos con pocos vínculos con la mayor parte de la población (Brutus, 2020: 3-18).

Las polémicas constitucionales de esa época en Texas no se pueden entender sin conocer también el nacimiento de Estados Unidos. Este país surgió, primero, como una confederación de Estados y después como una federación. Ese proceso político, teórico e histórico fue largo y tortuoso —de la declaración de independencia del 4 de julio de 1776 hasta 1787 que se discutió la Constitución de Estados Unidos o inclusive hasta su cumplimiento en 1789— y tuvo un gran impacto en la región de norteamérica, pero también en el mundo.<sup>1</sup> Los años de la Confederación fueron desastrosos por la falta de un poder central, se vivió una bancarrota económica en las antiguas trece colonias, hubo gran miseria social y fue notoria la impotencia de la Confederación frente a los intereses del exterior y respecto

---

<sup>1</sup> El texto jurídico que reconoció a la Confederación fue: “Artículos de Confederación y Perpetua Unión entre los Estados”, que se convino el 15 de noviembre de 1777.

a los conflictos internos. Estuvo a punto de fraccionarse en trece Estados particulares hasta que paulatinamente las élites norteamericanas advirtieron la importancia política y económica de la Federación, cuyo principio básico es dejar a la independencia estatal todo lo posible, pero sin dañar la unidad nacional (Laboulaye, 2013: 21-40).

La Constitución de la República de Texas de 1836 es producto de la tradición confederal, pero sobre todo de la federalista. Recogió de los antifederalistas la declaración de derechos en la que tanto éstos insistían, así como la idea, no siempre realizada en la facticidad, de un vínculo fuerte y no débil entre los gobernantes y gobernados para que los segundos participaran en muchas de las decisiones públicas. De los federalistas, los texanos tomaron las líneas básicas de las instituciones de la democracia representativa, el sistema de pesos y contrapesos entre poderes, las facultades de los tres poderes, la existencia de fuerzas armadas permanentes, así como las competencias fiscales del Congreso.

Los texanos de 1836, como los federalistas, y a diferencia de los revolucionarios franceses, consideraron que el sujeto constituyente era el conjunto de intereses y grupos que articulaban la sociedad, no una entidad metafísica. Con sentido realista defendieron sus intereses en torno a la esclavitud y a la propiedad. Esos derechos no podían ser alterados o suprimidos por las mayorías, eran derechos sagrados y el fin de las instituciones y del orden jurídico era salvaguardarlos.

Sin embargo, como los antifederalistas, los texanos de 1836 eran partidarios de mandatos de gobierno cortos para evitar que el gobernante se distanciara de su base social. No apostaron del todo por gobiernos fuertes —sobre todo en relación con el Poder Ejecutivo—, relativamente independientes de los deseos de la mayoría, como los federalistas en su momento habían propugnado. Pero de los federalistas adoptaron muchos elementos como la división del Poder Legislativo en dos cámaras: la de Representantes y el Senado; el Ejecutivo unipersonal, o el veto presidencial.

El constitucionalismo texano de 1836 es liberal-conservador, en el sentido que privilegió derechos humanos y libertades para la población de origen anglosajón, en demérito de esclavos negros, indios y aún de la población de origen mexicana o hispana; pero conservador porque heredó los miedos de los federalistas en torno al poder de las mayorías y por su respaldo a la esclavitud, a la cosmovisión cultural y religiosa imperante de Estados Unidos, y a una defensa muy fuerte del individualismo posesivo (el mercado hace al hombre) (Macpherson, 1982: 10 y 11).

La cuestión del individualismo posesivo (individuos que son propietarios-trabajadores-independientes) estaba muy arraigada en Estados Unidos entre las élites políticas a favor de la población blanca de origen anglosajón. El tercer presidente estadounidense, Jefferson, sostenía que la democracia solo era posible en una sociedad en la que todos fueran económicamente independientes, en donde todos pudieran tener, al menos, la posibilidad de ser propietarios-trabajadores. No se tenía objeción al trabajo asalariado, pero eso era porque los asalariados podían disponer de tierras gratuitamente. Tampoco se rechaza a los grandes propietarios, siempre y cuando todos pudieran tener acceso a la propiedad con facilidad para su independencia. Se odiaba la dependencia económica porque:

La dependencia engendra servilismo y venalidad, sofoca el germen de la virtud y prepara las herramientas adecuadas para los designios de la ambición... en general, la proporción que el resto de las clases de ciudadanos aporta en cada Estado con respecto a lo que aportan sus labradores es la misma proporción que la de sus partes malsanas a sus partes sanas, y es un buen barómetro por el cual medir el grado de su corrupción... Las masas de las grandes ciudades aportan tanto al apoyo de un gobierno como aportan las llagas a la salud del cuerpo humano (Jefferson, citado por Macpherson, 1982: 28).

Los anglosajones blancos de norteamérica y de esa época sostenían, en general, una igualdad social general entre los de su raza. La defensa del derecho de la propiedad a ultranza era condición para alcanzar esa igualdad. La posesión de esclavos negros era un vehículo de acumulación de capital que se consideraba justificado moralmente porque los esclavos no se estimaban como personas. En este tiempo, en dicha región hubo un destroz de muchas de las categorías políticas y teóricas europeas: su “liberalismo” es muy diferente al de Europa (Laski, 2012), pues combinaba tradicionalismo con alta inventiva práctica, defensa de la libertad con conservadurismo cultural y su modelo político-jurídico. La Constitución de 1787, y anteriores como la de Massachusetts de 1780, propendía con el establecimiento de tantos frenos y contra pesos entre los poderes públicos a la defensa del estatus quo (Hartz, 1994: 93 y 94).

La Constitución texana de 1836, como la de Estados Unidos de 1787, es dualista (Ackerman, 1991, 2014 y 2019). Se dice que fue producto de la voluntad del pueblo de Texas, el cual se encontraba en lucha contra México, pero en realidad fue una Constitución que sirvió a los intereses de

las élites, las que en los siguientes años se esforzarían por integrarse a Estados Unidos antes que permanecer como nación independiente de México y de Estados Unidos, aunque algunos representantes minoritarios de esa élite lo hayan pretendido infructuosamente.

### III. LOS PROLEGÓMENOS

Al inicio de la Independencia de México, Coahuila y Texas, formaron una entidad federativa de la República mexicana. La primera Constitución de Texas, fue la de Coahuila y Texas del 11 de marzo de 1827. Esta fue producto de la Constitución Federal mexicana de 1824 y se caracterizó por notas que están alejadas de las prescripciones xenófobas de la Constitución texana de 1836 (González Oropeza, y de la Teja, 2016).

La Constitución del 11 de marzo de 1827 definió al estado de Coahuila y Texas como la reunión de todos los coahuiltexanos, y extendió la protección de los derechos a todo hombre que habitara en el territorio del estado, aunque fuera de tránsito, a diferencia con lo que hoy en día establece la Constitución de Estados Unidos que reconoce sólo los derechos a los ciudadanos de ese país.

Era una Constitución abierta al reconocimiento de los derechos de los extranjeros a los que asimilaba a los coahuiltexanos. Fue una ley fundamental que además contempló la pérdida de la ciudadanía a quienes compraran o vendieran su voto. La Carta de 1827 reconocía el derecho a la felicidad como fin de las instituciones y del orden jurídico.

La apertura del texto constitucional de 1827 era tal que no exigía requisito de residencia para ser elegido diputado a la legislatura local. La diputación permanente, que funcionaba en los recesos del congreso local, tenía facultades de control de constitucionalidad, y en caso de que algún funcionario violentara la Constitución y/o las leyes, la consecuencia jurídica era su destitución y no la invalidez de los actos. Igualmente se garantizaba la inmunidad parlamentaria por las expresiones de los legisladores.

El Poder Ejecutivo, aunque era unipersonal, se asistía de un Consejo de Gobierno, que era un cuerpo consultivo para la elaboración de reglamentos, formulación de dictámenes, la investigación y consignación ante el Congreso de servidores públicos por violación a la Constitución y a las leyes, proponía ternas para la designación de ciertos empleos y la glosa de las cuentas públicas. La Constitución de 1827 previó la figura del vice-



governador para suplir las faltas del gobernador y presidir el Consejo de Gobierno.

Fiel al espíritu de la época, los tribunales no podían interpretar la ley, tan solo aplicarla (Montesquieu, 1987: 112),<sup>2</sup> pero de manera interesante se reconoció acción popular para denunciar a jueces y magistrados por la comisión de cohecho, soborno y prevaricación. La Constitución de 1827 contempló el arbitraje y la conciliación, la libertad de los detenidos si no les notificaba en el plazo de 48 horas el auto de prisión, y la prohibición del tormento y las penas inusitadas.

La Constitución de 1827 reconoció el principio de supremacía constitucional y la responsabilidad personal de las autoridades por infringirla. Por su población binacional, fue la única Constitución estatal de la República mexicana que reconoció derechos lingüísticos y se expidió en español y en inglés.

Sin embargo, la realidad del estado de Coahuila y Texas, no puede jurídicamente concebirse sólo a partir de la Constitución de 1827, es necesario comprender el contexto de la época a partir de los conflictos sociales y políticos. Texas, desde antes de la Independencia había sido sitio elegido para que colonos extranjeros, principalmente de origen estadounidense, se asentaran en su territorio, ello se vio favorecido por leyes federales y locales de colonización, en particular por la ley de colonización local de 1825. Se toleró a los colonos privilegios exclusivos como fueron: la introducción de esclavos, la adopción del juicio de jurado en las causas criminales, la conservación de la lengua inglesa, y la práctica de religiones diferentes a la católica —la Constitución federal de 1824 reconocía el carácter oficial de la religión católica—, no obstante que la Constitución de 1827, siguiendo la pauta de la Constitución federal de 1824, en su artículo 9o. prohibía el ejercicio de cualquier otra religión que no fuese la católica.

El tema de la esclavitud fue uno de los más difíciles en la relación con los colonos. La resistencia de estos a la abolición fue patente en todos los años previos a la independencia de Texas. Cuando se discutía la Constitución de Coahuila y Texas de 1827, en la sesión del 30 de noviembre de

---

<sup>2</sup> Se trata de la herencia de Montesquieu que señala que el juez era simplemente la boca de la ley, un poder nulo. El juez no le podía añadir nada a la ley. La interpretación auténtica correspondía al Poder Legislativo como desarrollaría durante el siglo XIX la escuela de la exégesis francesa y cuyos ecos encontramos en la Constitución mexicana de 1917, artículo 72, inciso F.

1826, el diputado José María Viesca presentó un proyecto de redacción al artículo 13 de esa Constitución que decía: “El Estado prohíbe absolutamente y para siempre la esclavitud en todo el territorio, y los esclavos que existen actualmente en él, quedarán libres desde el día en que se publique la Constitución en esta capital. Una ley arreglará el modo de indemnizar a los que los tuvieron al tiempo de dicha publicación” (González Oropeza y de la Teja, 2016: 1346-1350).

Ante las objeciones de los habitantes de Texas, incluido Stephen F. Austin, el precepto nunca fue aprobado en esos términos. La redacción final del artículo 13 de la Constitución de 1827 terminó señalando: “En el Estado nadie nace esclavo desde que se publique esta Constitución en la cabecera de cada partido y después de seis meses, tampoco se permite su introducción bajo ningún pretexto”.

En los hechos, la esclavitud se mantuvo en los territorios de Texas. Se abolió en esos ámbitos hasta años después de concluir la guerra de secesión de Estados Unidos, es decir, en la segunda mitad del siglo XIX —la proclamación de la emancipación de esclavos en Texas es del 19 de junio de 1865 y se consolidó jurídicamente, aunque no en los hechos,<sup>3</sup> con la entrada en vigor de la décima tercera enmienda a la Constitución de Estados Unidos, el 18 de diciembre de 1865— (Campbell, 2010: 139-150). La permanencia o no de la esclavitud en Texas siempre fue motivo de graves conflictos entre los colonos y el gobierno mexicano mientras Texas fue parte de México.

Los privilegios restantes también se conservaron. Los colonos expresaron sus creencias libremente, al margen de la liturgia católica, se siguieron comunicando entre ellos en inglés, juzgaban las causas criminales mediante el juicio de jurados y aplicaban principios del derecho británico en sus transacciones comerciales. El marco de sus conductas siempre estuvo muy alejado de las culturas hispana y mexicana. La independencia de Texas era inevitable por ese trasfondo cultural tan diverso al mexicano, y sin que existiera ningún elemento fuerte que cimentará un proyecto político y jurídico común (Ariens, 2011: 9-13).

Se ha dicho que el pretexto de la independencia de Texas respecto a México se debió al cambio de la forma de Estado Federal mexicano por el centralismo, pero las causas son múltiples y más profundas. Tienen que ver, desde nuestro punto de vista con:

---

<sup>3</sup> Se mantuvo al menos una década más, según los estudios de Campbell.

- 1) La motivación persistente por parte del gobierno de Estados Unidos y de la población de algunos de los estados de ese país para apropiarse de los territorios otrora de España y después de México (Tratado Adams-Onís 1819-1821);
- 2) El mantenimiento de los privilegios de los colonos: exención de impuestos, introducción de esclavos, el incumplimiento de obligaciones contraídas en relación con la religión y la prohibición de asentarse en las fronteras y costas;
- 3) La flexibilización de las normas locales y federales mexicanas para tolerar el juicio de jurados y la aplicación del derecho británico;
- 4) La incapacidad del gobierno mexicano para colonizar con población autóctona;
- 5) Las debilidades institucionales del gobierno federal y local mexicano para mantener fuerzas de seguridad en los territorios de Texas;
- 6) La ausencia de control gubernamental mexicano respecto a las prácticas de contrabando, inmigración ilegal y la introducción incesante de esclavos;
- 7) La Ley Federal de Colonización del 6 de abril de 1830 que prohibió la inmigración de nuevos colonos a Texas y la disposición del 22 de abril de 1832 que ordenó la expulsión de extranjeros que permanecieran ilegalmente en territorio texano;
- 8) La molestia de los productores de algodón en relación con las normas mexicanas que les obligaban a pagar contribuciones fiscales por la exportación de sus productos a Estados Unidos —se había vencido el plazo de libre importación y exportación desde 1828—;
- 9) Los desórdenes políticos entre facciones en México y el ascenso del centralismo, y
- 10) La exigencia inicial de independencia de Texas respecto de Coahuila.

El 10. de octubre de 1832 algunos líderes texanos convocaron a una convención constitucional para obtener más privilegios para los colonos, prorrogar la exención de impuestos, asegurar los títulos de propiedad de los texanos y aprobar una Constitución para Texas como entidad independiente de Coahuila. En 1833 se realizó una nueva convención para derogar la prohibición del ingreso de estadounidenses a Texas y para aprobar una

Constitución que separara a Texas de Coahuila, pero siendo parte de la República mexicana.

La Constitución texana de 1833 no fue aceptada ni por el gobierno ni por el Congreso mexicano, y nunca entró en vigor —Constitución o Forma de Gobierno del Estado de Texas, San Felipe de Austin, abril de 1833— (Fehrenbach, 2000: 181-184). El texto de 1833 se distinguía por los siguientes elementos:

- 1) Se reconocía la ciudadanía a todos los residentes en Texas, con excepción de los esclavos y personas no sujetas al pago de impuestos, con lo que se reconocía abiertamente la esclavitud;
- 2) El Estado de Texas comprendería el territorio de la provincia de Texas;
- 3) Los varones mayores de 21 años tenían derecho a votar;
- 4) Se determinaba un Congreso local bicameral. La edad para ser senador debía al ser al menos 20 años y de diputado 21;
- 5) Para ser gobernador se requería contar con 27 años y haber residido en el Estado al menos tres años. El mandato era por dos años y en seis años sólo podía ser electo dos veces;
- 6) Se debía protestar antes de ocupar un cargo público la Constitución Federal mexicana de 1824;
- 7) Las leyes de Coahuila mantendrían su vigencia hasta que fuesen modificadas o derogadas por el Poder Legislativo de Texas;
- 8) Los derechos de propiedad y otros, acciones, diligencias y contratos continuarían en vigencia, excepto los casos previstos en la Constitución;
- 9) Las deudas, multas, penas pecuniarias y embargos pasarían al Estado de Texas, y
- 10) Todos los poderes o concesiones de poder, derechos, privilegios e inmunidades que no hubiesen sido dados o garantizados expresamente por la Constitución de Texas de 1833 estarían reservados al pueblo.

Estos esfuerzos texanos para independizarse de Coahuila no fructificaron. El gobierno mexicano intentó incrementar medidas de presión en la provincia de Texas, las cuales resultaron inútiles. Los texanos fueron adquiriendo conciencia de la necesidad de la independencia de Texas respecto de México. La llegada de Santa Anna al poder, su postura antifede-

ralista, el establecimiento del Estado central en México, a través, primero, de las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana del 23 de octubre de 1835, y después con el proceso que llevaría a la aprobación de las Siete Leyes Constitucionales —el 30 de diciembre de 1836—, aquellas fueron las gotas que derramaron el vaso (Vázquez Vera, 1986: 1765-1776).

El 2 de marzo de 1836 los colonos se declararon independientes de México.<sup>4</sup> La declaración de independencia respecto al Estado mexicano contenía los siguientes señalamientos:

- 1) El gobierno mexicano garantizaba los fueros al ejército y al clero, lo que era contrario al interés general, a los derechos de libertad de las personas y propiciaba la tiranía;
- 2) El gobierno mexicano no respetaba los términos de las leyes de colonización que habían concedido a los colonos: derechos y privilegios para poblar Texas y para consolidar su prosperidad;
- 3) El rechazo del gobierno mexicano a que Texas fuera un estado independiente de Coahuila;
- 4) La oposición del Congreso mexicano a la Constitución de Texas de 1833;
- 5) El injusto proceso contra Stephen Austin sólo por pretender la independencia de Texas respecto de Coahuila;
- 6) La oposición mexicana al juicio por jurados (Ariens, 2011: 12 y 13)<sup>5</sup> y al sistema de educación texano;
- 7) Permitir que los mandos militares se colocaran por encima de las autoridades civiles en el territorio de Texas;
- 8) La violación al derecho de los texanos a la libertad de creencias;
- 9) Por haber enviado México ejércitos a Texas para combatir a los colonos a fin de exterminarlos;
- 10) Estar gobernado México por autoridades que habían sometido bárbaramente la libertad del pueblo, y
- 11) Por la ruptura al pacto federal acaecida en México —la aprobación de las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana del 23 de octubre de 1835— y su suplantación por un Estado central incompatible con las libertades (Olavarría y Ferrari y Arias, 1975: 367).<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Yucatán y Tamaulipas también se declararon independientes de México.

<sup>5</sup> El Congreso de Coahuila y Texas había permitido en el Decreto 277 del 17 de abril de 1834 el juicio por jurados en casos criminales.

<sup>6</sup> Se expusieron trece razones de agravio en la declaración de independencia texana.

El gobierno de México desde finales del mes de noviembre de 1835 había organizado un ejército para combatir a los texanos insurrectos, lo que dio lugar a la guerra de México contra Texas, la que concluyó con una derrota militar humillante y un saldo totalmente desfavorable para México. Una vez detenido Santa Anna, éste firmó los Tratados de Velasco del 14 de mayo de 1836, que pusieron fin a la guerra con Texas y que implicaron: a) el reconocimiento del cese de hostilidades por parte del ejército mexicano a los texanos; b) el retroceso de las tropas mexicanas hacia el sur, y c) el respeto a la vida de Santa Anna a cambio de lo anterior.

Se polemiza en torno a si los Tratados de Velasco reconocieron expresamente la independencia de Texas, pero de facto esta se había ya consumado, y estaba en espera de su formalización definitiva, la que se realizó con el Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848 (Prieto, 1891: 352).<sup>7</sup>

Los colonos texanos pretendían de México, antes de la firma de los Tratados de Velasco, según el Protocolo Rusk —secretario de Guerra de Texas—, lo siguiente:

El reconocimiento de la independencia de Texas debería ser una condición *sine qua non*. Los límites de Texas deben extenderse desde la desembocadura del Río Grande, siguiendo el curso de las corrientes hasta sus fuentes más al noroeste, y desde ahí hacia el noreste hasta la frontera de los Estados Unidos. Indemnizaciones por todas las pérdidas sufridas por Texas durante la guerra. Los comisionados que se designen para testimoniar el hecho serán un mexicano, un texano y un americano. Se buscará obtener la garantía de los Estados Unidos para el cumplimiento de las estipulaciones de las partes contendientes. El general Santa Anna será retenido como rehén, con los demás oficiales que el gobierno considere adecuados, hasta que sean reconocidas o ratificadas estas condiciones por el gobierno mexicano. Devolución inmediata de ciudadanos mexicanos o de simpatizantes de la causa texana que hayan sido retenidos junto con sus propiedades. Retirada instantánea de todas las tropas mexicanas de los límites de Texas. Toda propiedad texana será devuelta y respetada por tropas y merodeadores en su retirada. Cese de todas las hostilidades por mar o tierra. Garantías para la seguridad y devolución de los prisioneros mexicanos, tan pronto como las condiciones sean cumplidas. Enviar agentes a los Estados Unidos para obtener la mediación de aquel gobierno en los asuntos de México y Tejas (González Pedrero, 2015: 647).

---

<sup>7</sup> Los Tratados de Velasco fueron firmados por Antonio López de Santa Anna y el primer presidente de Texas, David Burnet. Santa Anna no tenía facultades para ello, pues ya no era presidente de México. Además esos convenios eran nulos porque se celebraron bajo coacción.

El tratado público de Velasco estableció: 1) el compromiso de Santa Anna y de otros generales mexicanos de no tomar las armas en contra de Texas; 2) cesar las hostilidades de ambos ejércitos por mar y tierra; 3) evacuación de las tropas mexicanas hasta la orilla sur del Río Grande; 4) la obligación del ejército mexicano durante su retirada de no tomar la propiedad de ninguna persona sin su consentimiento y justa indemnización; 5) toda propiedad tomada por los mexicanos en la invasión a Texas, incluyendo los esclavos, serán regresados al ejército texano o al gobierno de Texas; 6) evitar el contacto entre los ejércitos texano y mexicano; 7) el ejército mexicano evacuará el territorio texano sin demora; 8) el Tratado se enviará a los generales en jefe de ambos ejércitos —Fili-sola por México y Rusk por Texas— para su debido cumplimiento; 9) el ejército mexicano liberaría a los prisioneros texanos y viceversa, y en el caso de que permanecieran prisioneros mexicanos en Texas, estos se tratarían con humanidad, y los gastos correrían a cargo del gobierno mexicano, y 10) Santa Anna sería enviado a Veracruz, tan luego como fuere conveniente.

En cuanto al Tratado de Velasco secreto, éste dispuso: 1) Santa Anna no volverá a tomar las armas contra Texas, ni influirá para que otros mexicanos las toman; 2) el ejército mexicano debía salir a la brevedad del territorio texano; 3) Santa Anna apoyaría al gobierno texano ante el gobierno mexicano a fin de que Texas obtuviera el reconocimiento como Estado independiente de México; 4) se celebraría un tratado de límites entre México y Texas en donde la frontera se establecería en el Río Bravo, y 5) Santa Anna debía salir de inmediato de Texas rumbo a Veracruz para cumplir con los compromisos contraídos con los texanos. Ambos tratados (González Pedrero, 2015: 650-653) fueron firmados por Santa Anna, Burnet (presidente de Texas), Collinworth (secretario de Estado de Texas), Handeman (secretario de Hacienda de Texas), y P. H. Grayson (Procurador General de Texas).

#### IV. EL TEXTO CONSTITUCIONAL TEXANO DE 1836

La Constitución de la República de Texas de 1836<sup>8</sup> fue firmada el 17 de marzo de ese año en la ciudad texana de Washington on the Brazos

---

<sup>8</sup> Texas ha tenido después y como Estado de la Unión Americana las siguientes Constituciones: 1845, 1861, 1866, 1869 y 1876.

(Braden, 1977; Nielsen Gammel, 1898) y estuvo en vigor hasta el fin de la República —el 29 de diciembre de 1845—. Fue aprobada en unos cuantos días, inmediatamente después de la declaración de independencia, con gran rapidez y por unanimidad.<sup>9</sup> El primer borrador de la misma se conoció el 9 de marzo, fue ratificada por el pueblo en septiembre, y el 3 de octubre de 1836 se instaló el primer Congreso de la República de Texas. Se caracterizó por los siguientes elementos (González Oropeza y de la Teja, 2016: 104-107):

- 1) Organiza a la República por medio de los departamentos o poderes tradicionales: Legislativo, Ejecutivo, y Judicial.
- 2) El Poder Legislativo se conforma por el Senado y la Cámara de Representantes, cuyos miembros serán elegidos por los ciudadanos, con excepción de los habitantes de color, los descendientes de africanos e indios.
- 3) Se introduce el derecho inglés a la República. Destacan los juicios a través de jurados.
- 4) Las multas y penas pecuniarias que pertenecían a Coahuila y Texas serán administradas sólo por Texas.
- 5) La República de Texas organizará sus partidos, distritos o condados conforme a las necesidades de sus pobladores.
- 6) La Cámara de Representantes tiene como facultades principales dictar las leyes y reglamentos, organizar y controlar al ejército y la marina.
- 7) La República de Texas contará con su propia moneda.

---

<sup>9</sup> Los constituyentes texanos de 1836 fueron: Richard Ellis (presidente y delegado de Red River), H. S. Kimble (secretario), C. B. Stewart, James Collinworth, Edwin Waller, A. Brigham, John S. D. Byrom, Francis Ruis, J. Antonio Navarro, William D. Lacy, William Menefee, John Fisher, Matthew Caldwell, William Motley, Lorenzo de Zavala, George W. Smyth, Stephen H. Everett, Elijah Stepp, Claiborne West, William B. Leates, M. B. Menard, A. B. Hardin, John W. Bunton, Thomas J. Gazley, R. M. Coleman, Sterling C. Robertson, George C. Childress, Baily Hardiman, Robert Potter, Charles S. Taylor, John S. Roberts, Robert Hamilton, Collin McKinney, A. H. Latimore, James Power, Sam Houston, Edward Conrad, Martin Palmer, James Gaines, William Clark Jr., Sydney O. Pennington, Samuel P. Carson, Thomas J. Rusk, William C. Crawford, John Turner, Benjamin B. Goodrich, James G. Swisher, George W. Barnet, Jesse Grimes, E. O. Legrand, David Thomas, S. Rhoads Fisher, John W. Bower, J. B. Woods, Andrew Briscoe, Thomas Barnett, Jesse B. Badgett y Stephen W. Blount. Su promedio de edad era de cuarenta años y la mayoría de ellos eran emigrantes de estados del sur de Estados Unidos.



- 8) Se proscriben los privilegios y/o derechos exclusivos, salvo excepciones de carácter temporal.
- 9) Se garantizan las libertades de expresión y de imprenta de cualquier ciudadano.
- 10) No se concede preferencia a ninguna secta religiosa.
- 11) Se establece que la República de Texas protegerá su territorio y límites, así como las propiedades de sus habitantes y declarará nulas las reclamaciones injustas y fraudulentas sobre esos bienes.
- 12) Se crea el Registro General de Terrenos.
- 13) Se estipula que los habitantes de la República de Texas que auxilien al enemigo (a México) perderán sus derechos de ciudadanía y tierras.
- 14) Se considera traición a la patria suscitar la guerra contra la República o ayudar a los enemigos de la misma.
- 15) La reforma constitucional obligaba a una suerte de referéndum final para la aprobación de las modificaciones constitucionales.

Para ciertos académicos estadounidenses, la Constitución de la República de Texas de 1836, fue un “pastiche” de la de Estados Unidos y de otras Constituciones de los estados de ese país, señaladamente la de Massachusetts de 1870. Como características novedosas se señala: el miedo al abuso del poder por parte del Ejecutivo, por lo que se limitó la presidencia de la República de Texas a un solo mandato —no había reelección inmediata—, y los amplios poderes del Congreso texano para fiscalizar y controlar al Ejecutivo (Ariens, 2011: 14). Sin embargo, los mandatos de legisladores y ejecutivo son cortos.

La Constitución de Texas de 1836 se divide de la siguiente forma: los dos primeros artículos aluden principalmente al Poder Legislativo; el 3o. al Ejecutivo; el 4o. al Judicial; el artículo 5o. establece las condiciones de elegibilidad para el servicio público; el 6o. se refiere a la elegibilidad del presidente, sus retribuciones, deberes y motivos para el *impeachment* del Ejecutivo y otros servidores públicos; hay un apartado de ocho disposiciones adicionales, once provisiones generales, y diecisiete derechos humanos reconocidos en una declaración de derechos humanos muy coincidente con las primeras doce enmiendas de la Constitución de Estados Unidos.

Si analizamos a la Constitución de Texas,<sup>10</sup> artículo por artículo, encontramos que su primer precepto determina que los poderes de la República se dividen en tres departamentos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los que permanecerán separados y distintos. La separación entre las tres ramas del poder público es hija de la Constitución de los Estados Unidos, lo que era indispensable para garantizar la libertad pública, eso no significa que entre los poderes no existan vínculos de unión o de colaboración, así como de control mutuo (Story, 1999: 35).

El Poder Legislativo residía en el Senado y en la Cámara de Representantes. Se prescribió que los miembros de la Cámara de Representantes se eligieran anualmente y que duraran en su oficio un año contado a partir del día de su elección. El argumento a favor de las dos Cámaras era establecer un dique contra una legislación arbitraria y opresiva (Story, 1999: 37).

Entre los requisitos de elegibilidad para ser representante se determinó que debían tener 25 años cumplidos, ser ciudadanos de la República de Texas, y con residencia en el condado o distrito de al menos seis meses antes de la elección.

Cada condado tenía derecho al menos a un representante. El número de representantes en la Cámara podía ir de 24 a 40. Si la población aumentaba se podía incrementar el número de representantes en número.

La Cámara de Representantes elegiría a su presidente y a los funcionarios de la misma, contaba con la competencia exclusiva de la acusación en contra de los servidores públicos.

En la Constitución de la República de Texas se indicaba que los senadores serán elegidos por distritos, tan iguales en población como fuera posible, excepto los negros e indios, y el número de senadores no bajará de una tercera parte ni subirá a más de la mitad del número de representantes. Cada distrito no tendrá derecho más que a un senador.

Los senadores serían electos por tres años. Los requisitos de elegibilidad eran: tener 30 años cumplidos, ser ciudadanos de la República de Texas y tener al menos un año de residencia en el distrito por el cual fueran elegidos.

El vicepresidente de la República de Texas será el presidente del Senado, pero no tendría voto, excepto el voto de calidad en caso de empate en el Senado (Kent y Mexía, 1999: 19 y 20).

---

<sup>10</sup> La Constitución de la República de Texas se inspiró en la Constitución de Massachusetts de 1870, al igual que otras Constituciones estatales de Estados Unidos, incluso la propia Constitución Federal de Filadelfia de 1787.

Una de las competencias más importantes del Senado era la de juzgar las causas criminales incoadas por la Cámara de Representantes en contra de los funcionarios públicos, siempre que estuviera en sesiones. Para tal efecto, el Senado integraría un tribunal compuesto por senadores para esos efectos. Las sentencias de ese tribunal se consideraban válidas si el tribunal senatorial votaba por las dos terceras partes de los miembros presentes.

La sentencia en esas causas podía implicar la privación del empleo y la inhabilitación para ocupar puestos, dejándose a salvo otras responsabilidades que en términos de la ley se prescribieran.

En cuanto a la calificación de las elecciones, éstas correspondían a los miembros de las cámaras por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Las cámaras podían prorrogar las sesiones por el voto de la mayoría calificada en cada una de ellas.

Cada cámara establecía sus procedimientos y reglas para disciplinar a sus legisladores y tenían el poder de expulsar a uno de sus miembros por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes.

Los legisladores recibían una dieta prevista en ley, y gozaban de inmunidad por sus expresiones vertidas dentro y fuera de los recintos parlamentarios. En sesiones no podían ser arrestados, excepto en casos de traición, felonía o rompimiento de la tranquilidad pública.

Cada cámara podía castigar con prisión a cualquier persona no miembro que le faltare el respeto a la propia cámara al portarse desordenadamente delante de ella.

Se contemplaba la existencia de un diario de debates el que sería público, a excepción de lo que cada Cámara considerase secreto.

Las sesiones no podían prolongarse por más de tres días del plazo aprobado sin el consentimiento de la otra cámara. Tampoco una cámara podía mudar de residencia sin la aprobación de la otra.

La vacancia de legisladores se resolvía mediante la convocatoria del titular del Ejecutivo a elecciones para cubrir las. Por regla general, las leyes debían ser autorizadas en ambas cámaras, salvo en casos de emergencia, en donde una cámara que fuese de origen podía, por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, aprobarlas.

En el artículo 1o. de la Constitución de Texas se precisaba la incompatibilidad de los cargos parlamentarios respecto a otros cargos de gobierno y aún sobre actividades particulares.

El ejercicio de los recursos públicos por parte del gobierno no podía realizarse sino con autorización del Congreso de Texas o por disposición de ley. El empleo de recursos públicos para fines privados exigía la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes de cada cámara.

Se concedía al presidente de la República la facultad de veto. El veto del presidente de la República podía ser superado por el voto de las dos terceras partes de ambas cámaras. Si el presidente no vetaba el proyecto cinco días después de que le fuese entregado aprobado por las cámaras, el proyecto se consideraba ley con plenos efectos (Kent y Mexía, 1999: 32 y 33).<sup>11</sup>

La finalidad del artículo 2o. de la Constitución texana de 1836 fue la de establecer las principales competencias del Congreso (Laboulaye, 2013: 35).<sup>12</sup> Éstas eran:

- 1) ...imponer contribuciones y disminuir los derechos e impuestos, sisa y derechos de toneladas, hacer préstamos empeñando la fe, crédito y caudal del gobierno, pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de la República;
- 2) Regular el comercio, acuñar moneda y arreglar su valor y el de la extranjera, y establecer regla fija y común de pesos y medidas;
- 3) Establecer correos y caminos de postas, crear corporaciones, conceder patentes y privilegios exclusivos para asegurar a los autores e inventores el goce de semejantes privilegios por un término limitado;
- 4) Declarar la guerra, conceder carta de corso, y represalias y regular las presas;
- 5) Levantar y mantener un ejército y una marina y dictar todas las leyes y reglamentos necesarios para el gobierno;
- 6) Llamar a la milicia para ejecutar las leyes, suprimir insurrecciones y repeler invasiones; y,
- 7) Hacer todas las leyes que sean necesarias y a propósito poder llevar a efecto las atribuciones expresadas, y todos los demás po-

---

<sup>11</sup> El antecedente inmediato del veto en Estados Unidos y en Texas proviene del derecho británico, aunque también tiene orígenes en el derecho romano y en el derecho francés de la Revolución —la Constitución francesa de 1791.

<sup>12</sup> Las competencias del Congreso eran facultades o poderes delegados del pueblo en la tradición estadounidense, a diferencia de otras tradiciones como la francesa o la mexicana, en donde el parlamento y sus integrantes se entienden como representantes directos de la nación.

deres que residan en el gobierno de la República, o en cualquier funcionario o departamento de él (Story, 1999, pp. 155-159).<sup>13</sup>

El artículo 3o. de la Constitución de 1836 señalaba que la autoridad ejecutiva del gobierno residía en un magistrado principal denominado presidente de la República de Texas. El primer presidente elegido por el pueblo duraría dos años en el desempeño de su empleo, y no podría ser reelegido para los años siguientes.<sup>14</sup> Los presidentes subsecuentes serían elegidos por tres años y no podrían reelegirse (Stokes Paulsen, 2016: 54 y 55).<sup>15</sup>

En caso de empate en una elección presidencial, la Cámara de Representantes decidiría entre los candidatos por medio de una votación vocal. Las constancias o testimonios de los actos de la elección del presidente y del vicepresidente se enviaban cerrados por los encargados de la elección de cada condado al presidente de la Cámara de Representantes, el cual los abría y publicaba ante cada cámara del Congreso.

El artículo 4o. de la Constitución texana de 1836 regula la organización del poder judicial de la República. Se estipulaba que ese poder residía en una corte suprema y en tribunales inferiores (Ariens, 2011: 19 y 20).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Se trata de las facultades implícitas que han sido tan debatidas en el derecho estadounidense y en el nuestro. El propósito de ellas es la de darle efecto útil a la Constitución.

<sup>14</sup> El primer presidente de la República de Texas fue David Gouverneur Burnet —del 17 de marzo de 1836 al 22 de octubre de 1836—. Posteriormente Burnet fue vicepresidente, de 1839 a 1841, siendo el presidente Mirabeau B. Lamar. El primer vicepresidente de Texas fue el yucateco Lorenzo de Zavala, importante político mexicano que había participado como diputado en las Cortes de Cádiz de 1812, constituyente en la primera Constitución Federal mexicana de 1824, gobernador del Estado de México, entre otros cargos que desempeñó en México, siempre de lado de los liberales partidarios del federalismo. La historiografía oficial nacional lo ha considerado, casi sin excepciones, como un traidor a México y han destacado sus intereses territoriales en Texas para justificar su deslealtad al apoyar la causa texana.

<sup>15</sup> Los presidentes de la República de Texas no podían reelegirse de manera inmediata a diferencia de los presidentes de Estados Unidos, en donde no había prohibición a la misma, en general se siguió la tradición de una reelección inmediata más. El 27 de febrero de 1951, la vigésima segunda enmienda de la Constitución de Estados Unidos señaló el límite máximo de dos mandatos. Los presidentes texanos nunca tuvieron poderes semejantes a los presidentes de Estados Unidos.

<sup>16</sup> La Suprema Corte de Justicia de Texas realizó su primera sesión el 13 de enero de 1840. Sus resoluciones —140 y 30 adicionales— fueron recogidas y publicadas por James Wilmer Dalman.

Los jueces de Suprema la Corte y de los tribunales inferiores durarían en su encargo por espacio de cuatro años, y podían ser reelegidos. En plazos fijos recibirían un pago por sus servicios, y sus emolumentos no podían aumentarse o disminuirse durante el desempeño de su función.

La Suprema Corte de Justicia de la República de Texas nunca tuvo el poder ni la influencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Tocqueville, 2016: 196 y 197). Fue fundamentalmente un tribunal de apelación que conocía en segunda instancia de las causas penales y civiles, aunque sí llegó a conocer de algunos asuntos de constitucionalidad.

Para efectos judiciales, la República de Texas se dividía en distritos judiciales que no podrían ser inferiores a tres ni superiores a ocho. En cada distrito judicial se designaba un juez quien debía residir en él, y el Congreso establecía el tiempo y el lugar de las sesiones judiciales de acuerdo a la ley.

En cada distrito judicial se designaba un procurador, cuyos deberes, salarios y duración en el servicio se señalaban en la ley del Congreso.

Los secretarios de los tribunales de distrito serían elegidos por los electores de los miembros del Congreso en los condados. Su duración en el encargo era de cuatro años y podían ser despojados de su empleo si eran sentenciados por un jurado.

La Suprema Corte se compondría de un magistrado principal y jueces asociados —éstos eran los jueces de distrito—. La Corte Suprema conocía de las apelaciones. La duración de sus sesiones y el lugar de ellas debían ser definidas en la ley.

Los jueces de la Suprema Corte y los integrantes de los tribunales de distrito serían elegidos por votación de las dos cámaras del Congreso.

También existían tribunales en cada condado. Su organización y competencias debían definirse en la ley del Congreso. Igualmente, en cada condado se nombrarían jueces de paz, un *sheriff*, un comisario y alguaciles, los que serían elegidos por los electores del distrito o del condado cada dos años, según lo dispusiera la ley del Congreso.

En los ámbitos jurídicos se introduciría el derecho británico, con las modificaciones que exigieran las circunstancias de Texas. En los asuntos penales, el derecho británico sería la regla de la decisión (Ariens, 2011: 20 y 21).<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> En el derecho de la República de Texas no estuvo ausente del todo el derecho español, principalmente en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la República.

El artículo 5o. establecía un principio de laicidad, pues los ministros de culto de cualquier religión no podían ser electos para la Presidencia de la República o para ninguna de las dos cámaras del Congreso.

De acuerdo al artículo 5o., todo miembro del Senado y de la Cámara de Representantes, antes de comenzar sus funciones, debían prestar juramento a la Constitución, al igual que cualquier otro empleado de la República.

El artículo 6o. indicaba que para ser elegido presidente de la República se debía contar con treinta años de edad, se señalaba una residencia de tres años, y se debía ser ciudadano de Texas. Los emolumentos del presidente no podían ser aumentados o disminuidos durante su encargo.

Además, el presidente de la República era el comandante general del ejército, la marina y la milicia. No podía mandar en persona sobre las fuerzas armadas sin el consentimiento del Congreso. El presidente tenía poder para perdonar multas y penas pecuniarias, así como otros castigos, excepto que se tratara de funcionarios públicos.

El artículo 6o. señalaba que el presidente de la República, con el consejo y aprobación de dos terceras partes del Senado, nombraría ministros, cónsules y a todos los demás funcionarios establecidos por la Constitución, salvo que la propia Constitución precisara un procedimiento distinto.

Se preveía que el presidente de la República llenara las vacantes que acontecieran durante los intermedios de las sesiones del Senado, pero debía dar cuenta a esa cámara diez días después de reunido el Congreso. Si el Senado desaprobaba los nombramientos, el presidente no tenía facultad para proponer otra vez a los individuos no ratificados por la cámara alta.

El presidente tenía obligación de informar o rendir cuentas periódicas al Congreso, y tenía la competencia de hacerle al Poder Legislativo todo tipo de propuestas. Contaba con la atribución de convocar a una o a las dos cámaras a sesiones extraordinarias, y podía resolver las diferencias entre ellas sobre el tiempo de duración de las sesiones legislativas. El titular del Ejecutivo tenía las facultades de admitir a los ministros extranjeros, así como la de vigilar el cumplimiento de las leyes y la de expedir los despachos de todos los funcionarios de la República.

Todo ciudadano que tuviera 21 años de edad, que hubiera residido seis meses en el distrito o condado en donde se hiciesen las elecciones podía votar sobre los candidatos al legislativo.

En cada elección de presidente de la República se debía elegir a un vicepresidente. Los electores definían al votar, quién de la fórmula ocuparía el cargo de presidente y quién el de vicepresidente.

El vicepresidente entraba en funciones de presidente en los siguientes casos: acusación instalada en contra del presidente, separación del empleo, y reasignación o ausencia de la República. En esos supuestos, el vicepresidente ejercía los deberes del presidente hasta que se nombrara legalmente a un sucesor, o hasta que el presidente, si estuviese ausente, volviera a ser absuelto.

Todos los funcionarios civiles de la República, incluidos el presidente y el vicepresidente, serían despojados de sus empleos cuando fuesen acusados y convictos de traición, soborno, u otros delitos y ofensas graves (Story, 1999: 81).<sup>18</sup>

La Constitución texana de 1836 preveía un capítulo denominado “Disposiciones adicionales” que establecía lo siguiente:

- a) Las leyes que estuviesen vigentes antes de la adopción de la Constitución y que no se opusieran a ella continuarían vigentes, a menos que fuesen anuladas o derogadas, o que terminasen su vigencia debido a sus propias disposiciones.
- b) Todas las penas y multas impuestas, así como los bienes con los que contara el territorio de Texas pertenecerían a la República.
- c) Los varones eran los que podían ocupar cargos públicos en Texas. No las mujeres.
- d) El primer presidente y vicepresidente serían elegidos por la convención constituyente (Fehrenbach, 2000: 234-267).<sup>19</sup>
- e) Se establecía el número de representantes por partido electoral.
- f) Se indicaba así mismo el número de senadores por distrito senatorio.
- g) Se preveía que todos los jueces, *scherriffs*, comisionados y otros empleados civiles durarían en sus empleos hasta que se nombraran o eligieran a otros bajo las hipótesis previstas en la Constitución.

---

<sup>18</sup> Dice Story que el objeto principal del juicio político en Estados Unidos era quitar el poder al servidor público que hace mal uso de él, e impedir que ese mismo ciudadano lo posea en el futuro. Era, desde su punto de vista, un acto administrativo al que se le da la solemnidad de una sentencia.

<sup>19</sup> Los presidentes de la República de Texas fueron, en ese orden: David G. Burnet, Sam Houston, Mirabeau B. Lamar, Sam Houston y Anson Jones. Los vicepresidentes fueron: Lorenzo de Zavala, Mirabeau B. Lamar, David G. Burnet, Edward Burleson y Kenneth Lewis Anderson.



En la Constitución de 1836 se incluyó un largo apartado de “Provisiones generales”. Éste se ocupaba de los siguientes temas:

- a) Se precisaba que habría leyes para excluir de oficios, del derecho de sufragar y de prestar servicios como jurados a todos los que fueran sentenciados como reos de soborno, perjurio y otras ofensas y delitos graves.
- b) Se indicaba que el presidente y los jefes de departamento tendrían sus oficinas en la capital de la República.<sup>20</sup>
- c) Se debía prever una regulación para contar con un sistema general de instrucción pública.
- d) Los individuos blancos y libres que ingresaran al territorio de Texas, que residieran seis meses y que protestaran guardar la Constitución, podrían gozar de los derechos de ciudadanía, incluyendo los de votar y adquirir tierras.
- e) El Código Penal debía tener un propósito reformativo y no de venganza.
- f) Los que apoyaran al enemigo (México) perderían sus derechos de ciudadanía y tierras que les pertenecieran.
- g) Se mantenía la esclavitud. Se prohibía al Congreso que expidiera leyes para emancipar esclavos. Las personas libres descendientes de africano podían establecerse en la República exclusivamente con el consentimiento del Congreso. Se prohibía la introducción de negros esclavos en la República, a menos que se introdujeran desde Estados Unidos.
- h) Todos los individuos, a excepción de los descendientes de africanos e indios, que tuviesen residencia en Texas el día de la declaración de independencia se considerarían como ciudadanos de la República.
- i) Se otorgaban tierras a todos los ciudadanos blancos y se señalaba la extensión que correspondía. Los cabezas de familia tenían derecho a reclamar mayor extensión. Se precisaba que los títulos de propiedad debían ser expedidos a futuro por el gobierno de Texas. Se reconocían los títulos de propiedad previos a la entrada en vigor de la Constitución, salvo que las posesiones o adquisiciones se consideraran nulas, injustas o fraudulentas.

---

<sup>20</sup> Las capitales de la República de Texas fueron Columbia (1836-1837), Houston (1837-1839), Washington on the Brazos (1842-1844) y Austin (1839-1845).

- j) Se especificaban medidas en contra de reclamaciones injustas y fraudulentas de tierras adquiridas por individuos que no residían en Texas, o respecto de tierras de habitantes que hubieran luchado en la guerra del lado de los mexicanos.
- k) Se establecía un Registro General de Terrenos en el que todos los títulos de tierras de la República se asentarían para garantizar seguridad jurídica.
- l) Se regulaba el proceso de reformas a la Constitución. Las reformas tenían que aprobarse por mayoría de las cámaras en un primer congreso. En un segundo congreso tenían que aprobarse por dos terceras partes de ambas cámaras. Posteriormente se debían someter al pueblo para su aprobación. Las reformas no podían presentarse continuamente, sino cada tres años.

La Constitución texana de 1836 contempló una Declaración de Derechos (Laboulaye, 2013: 391-396),<sup>21</sup> la cual señalaba que los derechos humanos eran inviolables, y que los no previstos expresamente en su texto, se reservaban a los pueblos de Texas. Los derechos que se reconocían eran los siguientes (Ariens, 2011: 14):<sup>22</sup>

- a) Toda persona es igual en derechos. Se prohibían los privilegios o derechos exclusivos.
- b) El poder político deriva del pueblo. Todo gobierno está fundado en la autoridad del pueblo y establecido en su beneficio. El pueblo puede alterar su gobierno como lo creyera conveniente.
- c) Existe libertad de creencias. Ninguna religión o secta tendría preferencias sobre las otras.
- d) Se protegían las libertades de expresión e imprenta. Las personas eran responsables por el abuso en el ejercicio de esos derechos.

<sup>21</sup> Las diez primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos fueron propuestas en 1789 en el primer congreso y ratificadas en 1791. La enmienda XI fue propuesta el 5 de marzo de 1794 y ratificada el 8 de enero de 1798. La enmienda XII fue propuesta el 12 de diciembre de 1803 y ratificada en 1804.

<sup>22</sup> Se trata de una declaración de derechos, de redacción clara y con mayor precisión que las doce primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos. No contempla de manera explícita el jurado para los casos de naturaleza civil como la enmienda séptima de la Constitución estadounidense.

- e) Nadie podía ser molestado en su persona, propiedades o documentos, sino por mandatos de autoridad que estuvieran fundados y motivados.
- f) Se contemplaban los más importantes derechos inherentes al debido proceso: jurado imparcial, juicio público, no dar testimonio contra sí mismo, acusación formal, conocimiento de los cargos, derecho a la defensa y a la prueba, y carácter contradictorio del proceso, entre otros.
- g) Nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante el cumplimiento de los principios y reglas del debido proceso.
- h) Se proscribían los títulos de nobleza y los honores hereditarios. Nadie podía obtener y recibir empleos o emolumentos de un Estado extranjero si no era con el consentimiento del Congreso.
- i) Nadie podía ser juzgado dos veces por el mismo delito.
- j) Se garantiza el derecho a la libertad bajo fianza salvo en los delitos capitales. El *habeas corpus* es aplicable a todas las faltas u ofensas excepto en los delitos de rebelión o cuando lo exigiera la seguridad pública.
- k) Se prohibían las fianzas excesivas y las multas exorbitantes, así como los castigos crueles y desusados. Se garantizaba el acceso a la justicia. Los tribunales debían atender los reclamos respecto a cualquier injuria que se haga a una persona en sus terrenos, bienes, persona o reputación.
- l) Nadie podía ser aprisionado a causa de no poder pagar sus deudas.
- m) No se podían exigir los servicios personales de una persona ni sus bienes podían destinarse al servicio público sin su consentimiento y mediante una justa compensación conforme a la ley.
- n) Toda persona tenía derecho a portar armas para su defensa y el de la República. El poder militar debía estar subordinado al civil.
- o) Las leyes regularían el establecimiento de la milicia de la República.
- p) Se prohibían las leyes retroactivas y violatorias de la seguridad jurídica reforzada de las obligaciones y contratos.
- q) Se proscribían los monopolios, privilegios perpetuos y mayorazgos.

## V. CONCLUSIONES

Para comprender cabalmente un sistema constitucional no es suficiente conocer su texto, sino que se debe entender cómo se vive, cómo se aplica en la facticidad. Sin embargo, podemos decir que la Constitución de Texas de 1836 fue elaborada precipitadamente, y que se trató de una copia casi textual de la de Estados Unidos.

Fue una Constitución que cubrió un interregno previo a la anexión de Texas a Estados Unidos. La élite texana asumió sin ambages ante su pueblo que su intención siempre había sido la de formar parte de dicho país y no la de constituir un Estado nación independiente, aunque el gobierno estadounidense, por razones geopolíticas y de política interna, tardaría algunos años en aceptar a Texas como el estado vigésimo octavo de la Unión.

El texto constitucional texano preludiaba la anexión al vecino de norte y aplicaba por primera vez la doctrina Monroe. El diseño la República de Texas fue realizado a imagen y semejanza de Estados Unidos para facilitar su integración, y con ello la hegemonía de este país en el continente americano. Es un ordenamiento que expresa también la doctrina del destino manifiesto porque se reconocía expresamente la supremacía blanca sobre la población esclava, indígena y mexicana.

La Constitución texana es liberal conservadora. Privilegió los derechos humanos y libertades para la población de origen anglosajón, en demérito de esclavos negros, indios y de la población de origen mexicano o hispano. Heredó los miedos de los federalistas en torno al poder de las mayorías y respaldó jurídicamente a la esclavitud, así como la cosmovisión económica, cultural y religiosa imperante de Estados Unidos.

Sus principales características negativas son: el reconocimiento de la esclavitud, la prevalencia de la población blanca, su defensa fuerte al derecho de propiedad frente a la libertad, así como del extravagante derecho a la portación de armas que hasta el día de hoy subsiste en Estados Unidos. Esas notas resumían el ideario político de la élite estadounidense de la época, las que se consideraban, desgraciadamente, indispensables para lograr una sociedad libre y productiva. En Texas se contemplaron esas variables expresamente en su texto constitucional y sin ninguna hipocresía.

Entre las características de la arquitectura o diseño institucional de la Constitución de 1836 podemos mencionar fundamentalmente la influencia del pensamiento federalista —Hamilton, Madison y Jay—, el influjo

casi total del constitucionalismo de Estados Unidos, y en muy menor medida del constitucionalismo mexicano y español. La Constitución texana de 1836 es un ordenamiento de hechura estadounidense en el diseño de los tres poderes clásicos, la organización completa del poder público, los pesos y contrapesos, las facultades de las autoridades y el reconocimiento de los derechos humanos de propiedad y libertad.


También es dable encontrar elementos positivos en el texto constitucional de 1836, entre otras: el reconocimiento del Estado laico, cuando en México se vivía el Estado con religión oficial; el sistema de educación pública; la mención, aunque retórica, de que la legislación penal debía tener un propósito reformativo y no vindicativo; el referéndum o consulta para la aprobación y reforma de la Constitución; el fin de los privilegios y fueros que en esa época se mantenían en México; las bases del debido proceso, y la asunción del *habeas corpus*.

La Constitución texana de 1836 debe estudiarse desde el contexto histórico y cultural de su época. Es necesario abundar en los siguientes análisis: 1) la historia de las relaciones México-Estados Unidos durante el periodo de 1836-1848; 2) la geopolítica del siglo XIX y su comparación con la geopolítica contemporánea; 3) las mutaciones del Estado nación en Estados Unidos y en México en los dos últimos siglos; 4) el análisis del federalismo y del centralismo en el México de la primera mitad del siglo XIX y sus efectos; 5) las instituciones y categorías jurídicas y políticas de la primera mitad del siglo XIX para sustentar los modelos de dominación de la época; 6) la escisión de un Estado nación y la anexión a otro como figuras del derecho internacional; 7) el estudio pormenorizado de los tratados internacionales que gravitaron en torno a la independencia y anexión de Texas a Estados Unidos; 8) el comportamiento de las élites texanas y mexicanas respecto a los fenómenos a estudiar durante el periodo, y 9) los aportes de esos hechos a nuestra actualidad geopolítica y constitucional.

Esos análisis están por realizarse en otros ensayos. Me parece que son reflexiones inevitables y necesarias para los mexicanos porque como pueblo no nos gusta ahondar en esas heridas históricas que significaron una gran pérdida para nuestra nación, pero que requerimos efectuar para comprendernos de manera más profunda.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991). *We the People. Volume 1: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce (2014). *We the People. Volume 3: The Civil Rights Revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce (2019). *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- ARIENS, Michael (2011). *Lone Star Law. A Legal History of Texas*. Estado Unidos de América: Texas Tech University Press.
- BRADEN, George D. (ed.) (1977). *The Constitution of the State of Texas: An Annotated and Comparative Analysis*. Austin: Advisory Commission on Intergovernmental Relations.
- BRUTUS (2020). *Críticas a la Constitución*. Estudio preliminar, selección y trad. de Gabriel E. Vitullo y Clayton M. Cunha Filho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CAMPBELL, Randolph B. (2010). "The End of Slavery in Texas: A Research Note". *The Laws of Slavery in Texas*. Austin: University of Texas Press.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2020). *Manual de derecho constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- FEHRENBACH, T. R. (2000). *Lone Star. A History of Texas and the Texans*. Estados Unidos de América: Da Capo Press.
- GAMMEL, Hans Peter Nielsen (comp.) (1898). *The Laws of Texas. 1822-1897*. Austin: The Gammel Book Company.
- GARGARELLA, Roberto (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires-Madrid: Katz Editores.
- GARGARELLA, Roberto (2010). *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*. Nueva York: Cambridge University Press.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y TEJA, Jesús F. de la (2016). *Actas del Congreso Constituyente de Coahuila y Texas de 1824 a 1827. Primera Constitución Bilingüe*. Vol. I y II. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique (2015). *País de un solo hombre: el México de Santa Anna. Vol. II. La sociedad del fuego cruzado, 1829-1837*. México: Fondo de Cultura Económica.

- HARTZ, Louis (1994). *La tradición liberal en los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JEFFERSON, Thomas (1791). *Notas sobre el estado de Virgina*, Estados Unidos de América.
- KENT, James y MEXÍA, J. Carlos (1999). *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*. México: Oxford University Press México.
- LABOULAYE, Eduardo (2013). *Historia de los Estados Unidos*. T. II. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- LASKI, Harold J. (2012). *El liberalismo europeo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MACPHERSON, C. B. (1982). *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (1987). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- NIELSEN GAMMEL, Hans Peter (comp.) (1898). *Laws of Texas, 1822-1897*. Austin: Gammel. 10 vols.
- OLAVARRÍA Y FERRARI, Enrique y ARIAS, Juan de Dios (1975). *México a través de los siglos*. T. IV. México: Cumbre.
- PRIETO, Guillermo (1891). *Lecciones de historia patria escritas para los alumnos del Colegio Militar*. México: Oficina tipográfica de la Secretaría de Fomento.
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo (2002). *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza.
- SIEYÉS, Emmanuel (1994). *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid: Alianza.
- STOKES PAULSEN, Michael y PAULSEN, Luke (2016). *The Constitution. An Introduction*. Nueva York: Basic Books.
- STORY, Joseph (1999). *Comentario abreviado a la Constitución de los Estados Unidos de América*. México: Oxford University Press México.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (2019). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VANOSI, Jorge Reinaldo (2002). *Estudios de teoría constitucional*. México: UNAM.
- VÁZQUEZ VERA, Josefina Zoraida (1986). “La guerra de Texas”. En LEÓN PORTILLA, Miguel *Historia de México*. México: Salvat.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1996). “Storia e Costituzione”. En *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi. 



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La paridad de género en los poderes de la Unión en México: de la norma a la realidad

### *Gender parity in the branches of government in Mexico: from the norm to reality*

Recepción: 26 de marzo de 2020

Aceptación: 29 de mayo de 2021

Ana Elena FIERRO FERRÁEZ\*

Adriana Nichte Ha BURGOS ROJO\*\*

**RESUMEN:** La creciente presión hacia el Estado mexicano, para que incorpore la perspectiva de género en su conformación, llevó a la reforma constitucional de paridad de género. Los poderes federales han optado por diferentes diseños normativos para afrontar el reto. No obstante, al contrastar el plano normativo con el fáctico es posible encontrar una distancia considerable. En este artículo se busca explorar la distancia entre la normatividad y el ejercicio de los derechos de paridad de género en el Gobierno federal, a partir del análisis de tres problemáticas: la disparidad salarial entre hombres y mujeres, el problema de los techos

**ABSTRACT:** *The growing pressure on the Mexican State to incorporate a gender perspective in its conformation led to the constitutional reform of gender parity. The federal powers have opted for different normative designs to face the challenge. However, when contrasting the normative level with the factual one, it is possible to find a considerable distance. This article seeks to explore the distance between regulations and the exercise of gender parity rights in the federal government, based on the analysis of three problems: the gap salaries between men and women, the problem of glass ceilings, and the difficulties for women to*

---

\* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; maestra en derecho por la Universidad de Georgia, y en filosofía por la Universidad Anáhuac; directora de internacionalización de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey; profesora de Derecho Constitucional, Administrativo y MASC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6683-054X>; [ana.fierro@tec.mx](mailto:ana.fierro@tec.mx).

\*\* Maestra en administración y políticas públicas, ha sido profesora de Administración Pública y Derecho en la UNAM y el CIDE. ORCID: [0000-0001-5379-9889](https://orcid.org/0000-0001-5379-9889); [adriana.burgos@hotmail.com](mailto:adriana.burgos@hotmail.com).



de cristal, y las dificultades de ejercicio efectivo del poder para las mujeres dentro del Poder Legislativo.

*effectively exercise power in the legislative branch.*

**Palabras clave:** equidad de género, equidad sustantiva, paridad de género, techo de cristal, derechos sociales, México.

**Keywords:** *gender equity, substantive equity, gender parity, glass ceiling, social rights, Mexico.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El problema de los derechos ficticios.* III. *La paridad de género de jure en México.* IV. *Paridad de género de facto en México.* V. *El Poder Ejecutivo y la disparidad salarial.* VI. *El Poder Judicial y el techo de cristal.* VII. *El poder fáctico dentro del Congreso de la Unión.* VIII. *Reflexiones finales.* IX. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La distancia entre la norma y la realidad es motivo de reflexiones diversas en la ciencia jurídica. Es frecuente que legisladores y gobernantes festejen la emisión de una ley o la reforma a preceptos constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos, como importantes logros; dando la sensación de que el acto normativo por sí mismo fuera capaz de reconfigurar la realidad. Esta es una falacia peligrosa, especialmente cuando se trata de derechos sociales. Es decir, aquellos derechos que requieren de acciones del Estado para asegurar su eficacia (Abramovich, Añón y Courtis, 2003) como es el caso de la paridad de género. De ahí que juristas de diversas latitudes insisten en la necesidad de analizar la distancia entre la existencia de los derechos *de jure* y su ejercicio eficaz *de facto* (Law y Versteeg, 2013). Incluso, en algunas ocasiones se ha propuesto que la poca eficacia de los derechos los torna en ficticios. Entender cuáles son, tanto las omisiones del Estado, como los obstáculos que dificultan o impiden el ejercicio eficaz de los derechos es indispensable para determinar su grado de satisfacción y, por ende, la calidad del Estado de derecho del país (Shapiro, 1993). En particular, en materia de paridad de género la distancia entre la normativa y el ejercicio efectivo es muy importante pues conlleva la po-

sibilidad de contar con acceso a los mecanismos que permiten el ejercicio de los demás derechos (Pautassi, 2012).

En México, el problema de la brecha entre los derechos normativizados y su ejercicio eficaz, sobre todo tratándose de derechos sociales, es grande. Por ello, en este artículo se busca explorar la distancia entre la normatividad y el ejercicio de los derechos de paridad de género en el Gobierno mexicano, en el ámbito federal, a partir del análisis de tres problemáticas: la disparidad salarial entre hombres y mujeres, analizando el caso de la administración pública federal; el problema de los techos de cristal, es decir las dificultades de acceso a la alta dirección o como juzgadoras dentro de la carrera judicial, y las dificultades del ejercicio efectivo del poder de las legisladoras.

## II. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS FICTICIOS

En su estudio sobre efectividad de las Constituciones en el mundo, David Law y Mila Versteeg (2013) señalan que, aunque en la actualidad existen importantes movimientos que han empujado a los Estados a reconocer en sus textos constitucionales más derechos humanos, la cantidad de estos derechos, que en la práctica realmente son efectivos, crece a una tasa mucho menor: aunque los países prometen un número cada vez mayor de derechos constitucionales, la gama de derechos que defienden en la práctica, en la mayoría de los casos, ha crecido con mucha más lentitud. De manera que la distancia entre la protección a los derechos constitucionales *de jure* y su goce y ejercicio efectivo *de facto* aún es importante. Existen constituciones con un listado escueto de derechos que presentan un alto índice de efectividad, como los casos de Finlandia, Eslovenia, Suiza, España, Chile, Suecia, Nueva Zelanda y Uruguay, y constituciones con un extenso listado de derechos que no logran implementarse como Nigeria, Myanmar, Sudán, Rusia, Vietnam, Congo y Afganistán. De acuerdo con este estudio, el caso de México se encuentra en el promedio (Law y Versteeg, 2013). Específicamente, en cuanto a los derechos sociales, que requieren de implementación de políticas públicas concretas para su efectividad, existe una asociación entre un mayor número de derechos en papel y un menor respeto por ellos en la práctica. Esto se aprecia de modo particular en los derechos sociales de las mujeres. Como muestra la tabla 1, para 2010, sólo el 14% de los países que reconocían constitucionalmente

la equidad de género, la garantizan plenamente (Law y Versteeg, 2013: 912).

TABLA 1. RESPETO POR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Garantía constitucional formal	Proporción y porcentaje de países que respetan por completo la garantía constitucional			
	1981	1990	2000	2010
Equidad de género: económica	0/21 (0.0%)	0/23 (0.0%)	1/35 (2.9%)	5/37 (13.5%)
Equidad de género: social	0/18 (0.0%)	0/23 (0.0%)	3/44 (6.8%)	7/49 (14.3%)

FUENTE: Law, David y Versteeg, Mila, *Sham Constitutions*, 2013, p. 913.

El estudio de Law y Versteeg (2013) señala que no existe correlación alguna entre el reconocimiento formal de los derechos en las constituciones y el grado de respeto por ellos en la práctica en los últimos 25 años. En el caso de los derechos sociales de las mujeres, se señala que no existe correlación entre la protección *de jure* y el respeto *de facto*. Respecto a los derechos económicos de las mujeres, dicha correlación es incluso negativa. De ahí la importancia de reconocer que la formalización de los derechos dentro de las constituciones es un paso necesario para el fortalecimiento de los derechos, pero no suficiente. Sobre todo, tratándose de los derechos sociales que, a diferencia de las libertades (como asociación, expresión y culto) en la que basta con que el Estado no interfiera en la manifestación de las personas para que éstos se ejerzan, requieren de acciones decididas de los Gobiernos para lograr su eficacia. En concreto, cuando se trata de grupos desaventajados cuyas posibilidades de exigencia o reclamo suelen ser limitadas, la efectividad de los derechos se ve disminuida. Así, resulta imperioso “nombrar y avergonzar a los gobiernos, generar publicidad y centrar la atención de forma que la brecha entre los derechos sociales *de jure* y *de facto* sea inexistente o al menos se reduzca de forma considerable” (Law y Versteeg, 2013: 870-872).

En este sentido, la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing representó un parteaguas en los avances hacia la paridad de género. En 1995, esta Conferencia Mundial estableció en su plataforma de acción que “los gobiernos y otros actores tienen que apoyar una política activa y visible que integre de manera coherente una perspectiva de género en todos los programas y en todas las políticas. De esta manera, se podrán analizar las

posibles repercusiones de las decisiones sobre mujeres y hombres antes de las tomas de éstas” (Organización de las Naciones Unidas, 1995). Este compromiso en favor de la transversalidad fue firmado por 189 países. Sin embargo, los resultados del Índice Global de la Brecha de Género (IGBG), publicado por el Foro Económico Mundial, muestran un panorama poco satisfactorio sobre la distancia entre estos derechos *de jure* y *de facto* en materia de equidad de género. El IGBG pretende capturar la magnitud de la(s) disparidad(es) con base en el género y medir su progreso en el tiempo. En su edición de 2018, el reporte analiza el progreso de 149 países hacia la equidad de género en una escala de 0 a 1, donde 0 representa disparidad y 1 paridad. El índice considera cuatro dimensiones, a saber: participación económica y oportunidades; logros educativos; salud y esperanza de vida, y empoderamiento político (Foro Económico Mundial, 2018). Entre los principales hallazgos del IGBG, 2018, se menciona que: a nivel global, la distancia alcanzada hacia la paridad es de 68%, es decir, aún persiste, en promedio, una brecha de género de 32%. En las cuatro dimensiones analizadas, el informe arroja que la mayor disparidad de género ocurre en materia de empoderamiento político, con una brecha de 77.1%; la brecha sobre participación económica y oportunidades es la segunda más grande, con 41.9%, mientras que las brechas en materia de logros educativos, salud y esperanza de vida son significativamente menores con 4.4 y 4.6%, respectivamente (Foro Económico Mundial, 2018). Aun cuando la brecha de empoderamiento político es mayor que la brecha en participación económica, la primera se está cerrando con mucha mayor rapidez que la segunda: “Si bien la paridad política podría lograrse en 107 años, las proyecciones para el empoderamiento económico, desde los salarios hasta el control financiero sobre los activos, es de 202 años” (BBC, 2018).

El informe más reciente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que la brecha de ingresos entre hombres y mujeres se acerca al 20%. En cuanto a la participación de las mujeres en el mundo laboral, la OIT indica que “ellas representan menos del 35% de los puestos gerenciales a nivel global” (BBC, 2018). En los cargos públicos también se encuentra evidencia del techo de cristal. De acuerdo con el IGBG 2018, de los 149 países evaluados, las mujeres son jefas de Estado sólo en 17 países, lo que apenas representa un poco más del 11%. De igual modo, el índice señala que sólo 18% de los ministros y 24% de los representantes parlamentarios son mujeres (Foro Económico Mundial, 2018).

En la tabla 2 puede apreciarse el comportamiento de la brecha de género en el caso puntual de México. Para fines de esta publicación, se presentan ahora los resultados del IGBG de 2018, que son previos a las reformas constitucionales en materia de paridad de género celebradas en México en 2019, a fin de apreciar los cambios que la reforma motiva.

TABLA 2. PUNTUACIONES GLOBALES, MÉXICO, 2018

	Índice global		Participación económica y oportunidades		Logros educativos		Salud y esperanza de vida		Empoderamiento político	
	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)	Posición	Puntuación (0-1)
México	50	0.721	122	0.574	58	0.996	50	0.979	27	0.335

FUENTE: Elaboración propia con base en World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report*, 2018, p. 10.

De 149 países, México ocupó la posición 50 a nivel global, con un puntaje de 0.721, lo que representa una brecha de género de 28%. A nivel desagregado, México obtuvo su mejor puntaje en la dimensión de logros educativos (0.996), seguida de la dimensión salud y esperanza de vida (0.979). En contraste, las puntuaciones más bajas se dan en la dimensión de participación económica (0.574) en la que ocupa la posición 122, y en la dimensión política, con un puntaje de 0.335, lo que se traduce en una brecha de 67%. La tabla 3 muestra que, a nivel regional (América Latina y el Caribe), México ocupa la posición 12 de 24 países evaluados. Nicaragua, Barbados y Costa Rica ocupan los tres primeros lugares.

TABLA 3. PUNTUACIONES POR REGIÓN, AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

País	Posición regional	Posición global	Puntaje global
Nicaragua	1	5	0.809
Barbados	2	21	0.753
Costa Rica	3	22	0.749
Cuba	4	23	0.749
Bolivia	5	25	0.748
Bahamas	6	30	0.741
Argentina	7	36	0.733

Colombia	8	40	0.729
Ecuador	9	41	0.729
Jamaica	10	44	0.724
Panamá	11	45	0.722
México	12	50	0.721
Perú	13	52	0.72
Chile	14	54	0.717
Uruguay	15	56	0.715
Venezuela	16	64	0.709
Honduras	17	68	0.706
República Dominicana	18	74	0.701
Surinam	19	79	0.695
El Salvador	20	87	0.69
Brasil	21	95	0.681
Paraguay	22	104	0.672
Guatemala	23	107	0.668
Belice	24	111	0.662

FUENTE: Elaboración propia con base en World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report*, 2018, p. 26

El Índice Global de la Brecha de Género ofrece un panorama general sobre las barreras que enfrentan las mujeres en comparación con los hombres. En el caso de México, sobresalen dos tipos de barreras, la económica y la política. Por mencionar un ejemplo, al analizar la equidad del ingreso entre hombres y mujeres para trabajo similar, México ocupa la posición 134 del índice, con una puntuación de 0.475. Dentro de la brecha política, el índice destaca que en México prácticamente no han existido jefaturas de Estado desempeñadas por mujeres. Aunado a estas restricciones, y en concordancia con el principio de paridad de género, es importante resaltar la barrera del poder fáctico, es decir, una vez que se vencen la barreras económicas y políticas, qué tan efectivo es el poder de las mujeres en la toma de decisiones. Por tal motivo, en este artículo se toman en cuenta tres tipos de restricciones para las mujeres en el Gobierno: económicas, de acceso y de poder. Para el primer caso, restricciones económicas, se revisará la disparidad en el ingreso en el Poder Ejecutivo federal. En el caso

de las restricciones de acceso, se analizará el techo de cristal en la carrera judicial dentro del Poder Judicial de la Federación. Por último, se estudiará el ejercicio de poder efectivo de las legisladoras en la toma de decisiones dentro del Congreso de la Unión.

### III. LA PARIDAD DE GÉNERO *DE JURE* EN MÉXICO

La legislación electoral vigente logró que en las elecciones federales de 2018, por primera vez en México, el Poder Legislativo federal sea paritario; sin embargo, diversas legisladoras han apuntado que, tanto en la designación de comisiones como en la toma de decisiones, la disparidad de poder entre legisladoras y legisladores resulta notoria. Así, el pasado 23 de mayo de 2019, las legisladoras festejaron en el Congreso de la Unión las reformas constitucionales<sup>1</sup> que buscan garantizar la paridad de género en los tres poderes de la Unión, en los órganos autónomos y en los Gobiernos estatales y municipales. Entre los principales alcances de estas reformas, se encuentran (*El Financiero*, 2019):

- Permitir que la mitad de los cargos públicos a nivel federal, estatal, municipal y en órganos autónomos sean para mujeres.
- Fomentar el principio de paridad en los partidos políticos, postulando candidaturas en forma igualitaria de acuerdo con las reglas que marque la ley electoral, garantizando la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en el ejercicio del poder público.
- Incluir el principio de paridad de género en la elección de representantes ante los ayuntamientos en los municipios con población indígena.
- La ley que regule la organización y funcionamiento del Poder Judicial de la Federación deberá incorporar la paridad de género para la integración de los órganos jurisdiccionales federales.

La reforma constitucional refleja una labor de varias legislaturas previas por fomentar la paridad de género. Anteriormente, sucesivas reformas

---

<sup>1</sup> El 6 de junio de 2019 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman los artículos 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Paridad entre Géneros.

a la legislación electoral lograron que por primera vez en el Congreso exista hoy igual número de mujeres y hombres legisladores. Además, diversas leyes propugnan desde hace varios años por la protección de los derechos de las mujeres. Del mismo modo, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019-2024, como su antecesor, reconoce entre los problemas por atender en el país el de “igualdad de género, no discriminación e inclusión”. Este tema representa, al igual que en la edición 2013-2018, el primero de los ejes transversales del PND, y enfatiza la importancia de que las mujeres “obtengan salarios iguales que los hombres, por realizar los mismos trabajos que éstos...” (Cámara de Diputados, 2019: 34 y 35). Asimismo, el eje “Igualdad de género, no discriminación e inclusión”, señala que el Gobierno de México se ajustará a cinco criterios (Cámara de Diputados, 2019: 34 y 35):

- 1) La universalidad de los derechos humanos implica que la política pública deberá garantizar que no se discrimine por motivos de índole socioeconómica, de género, origen étnico, orientación sexual, nacionalidad, condición de discapacidad o ciclo de vida.
- 2) Deberán existir medidas especiales para lograr la igualdad sustantiva, ya sea de nivelación, de inclusión o acciones afirmativas, tendientes a transformar las desigualdades relacionadas con injusticias de índole socioeconómica, de género, origen étnico, orientación sexual, condición de discapacidad o etapa de ciclo de vida.
- 3) En los casos correspondientes, las políticas públicas deberán garantizar la protección especial a los grupos que han sido históricamente marginados.
- 4) Las políticas públicas siempre deberán reconocer en su diseño e implementación las desigualdades y la discriminación estructural que vive la población a la que busca atenderse con las mismas, incluyendo la pertinencia cultural de las soluciones que plantee.
- 5) Las políticas públicas deberán considerar las brechas de desigualdad de las mujeres, comunidades indígenas y de otros grupos históricamente discriminados, con el resto de la población, así como regiones marginadas, por lo que se deberá generar información diferenciada para evaluar los avances al respecto.



Al apearse a estos principios, la administración actual manifiesta su compromiso a garantizar la no discriminación, consolidar una igualdad sustantiva, otorgar protección a grupos vulnerables, reconocer las desigualdades y discriminación estructural que vive la población que se desea atender y generar información diferenciada con base en la desigualdad de los grupos históricamente discriminados. En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo, en línea con la reforma constitucional y los tratados internacionales, hace referencia al concepto de igualdad sustantiva. Al respecto, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>2</sup> (CEDAW, por sus siglas en inglés), establece en su Recomendación General número 25, que el fin general de la Convención, que deberá ser atendido por todos los Estados parte,<sup>3</sup> “es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). En este tenor, la interpretación de la CEDAW respecto a la igualdad sustantiva es que “un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad *de facto* con el hombre” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). Adicionalmente, la Recomendación General número 25 de la Convención señala que “La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o *de facto*” (Organización de las Naciones Unidas, 2004). Es decir, el concepto de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres debe verse reflejado en la transición del plano normativo al plano fáctico.

Así, la reforma constitucional y el establecimiento de la paridad de género como un eje transversal del PND deben entenderse sólo como los puntos de partida para la garantía del derecho. La efectividad de la paridad de género requiere de la implementación de políticas públicas y acciones que la lleven a la realidad. A la vez de contar con mecanismos de seguimiento que permitan evaluar el grado de avance en su implementación. Hasta ahora, el énfasis ha sido en el establecimiento *de jure* de los derechos que permitan la paridad de género. Sin embargo, en el plano de los hechos la efectividad de éstos es precaria.

---

<sup>2</sup> Esta Convención fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y entró en vigor en 1981.

<sup>3</sup> La CEDAW fue firmada por México en 1980 y ratificada en 1981.

#### IV. PARIDAD DE GÉNERO *DE FACTO* EN MÉXICO

En agosto de 2007 tuvo lugar el Consenso de Quito, en el marco de la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. En dicho Consenso:

...los Estados reconocieron que la paridad es uno de los propulsores determinantes de la democracia, cuyo fin es alcanzar la igualdad en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones, en los mecanismos de participación y representación social y política, y en las relaciones familiares al interior de los diversos tipos de familias, las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que constituye una meta para erradicar la exclusión estructural de las mujeres.

En este sentido, el concepto de paridad “es la redefinición de un nuevo contrato social entre hombres y mujeres” y “tiene como fin transformar todos los ámbitos de la vida en sociedad, incluyendo el privado”. Su inclusión no sólo recae “sobre los órganos colegiados como Parlamentos, Asambleas, Congresos y Legislaturas sino también se extiende a las instancias del poder ejecutivo y poder judicial como ramas del gobierno”. La paridad “persigue un aumento cuantitativo de mujeres en los espacios de representación política y de toma de decisiones, pero también pretende un impulso cualitativo a fin de profundizar procesos más democráticos en el ámbito de la política” (Tula, 2017).

De acuerdo con Leticia Bonifaz (2016), la paridad significa igualdad, no es ni debe considerarse una medida de acción afirmativa de carácter temporal o una medida compensatoria. “La paridad es un principio constitucional que tiene como finalidad la igualdad sustantiva entre los sexos... es una medida permanente para lograr la inclusión de mujeres en los espacios de decisión pública”. Por lo tanto, “la mejor forma de garantizar los derechos de las mujeres y de los grupos en situación de vulnerabilidad es el reconocimiento expreso en el marco normativo de sus derechos y del modo de materializarlos. La aplicación explícita del principio y regla de paridad en la integración en todos los espacios de decisión pública es el siguiente paso” (Bonifaz, 2016). Esta paridad *de jure* debe ir acompañada de las acciones que permitan su materialización en la realidad; por ello, ciertos autores —como Pautassi (2012)— han señalado que si se reconoce

a la igualdad como el punto de partida de los derechos humanos y por ende del acceso a su ejercicio, el reconocimiento *de jure* en las constituciones de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones no resulta suficiente para lograr su materialización en la realidad. Dado que el género es considerado uno de los más poderosos principios de diferenciación social que existe, al producir desigualdades y discriminaciones, los esfuerzos por lograr la paridad de género no pueden quedar limitados a su reconocimiento *de jure*, pues contrario a lo que proclaman algunos hacedores de políticas, el solo impulso a los derechos de las mujeres no significa el empoderamiento de las mujeres en automático. Se necesita generar una dinámica donde el reconocimiento de derechos, el empoderamiento y la paridad en materia económica y de acceso al poder logren que en todos los ámbitos las mujeres sean consideradas como iguales a los hombres (Dufflo, 2012). En efecto, estudios como los de Mendelberg, Childs, Krook, Elin, Lee y Bjarnegård han demostrado que la brecha entre dar voz a las mujeres y darle verdadera autoridad en la toma de decisiones públicas no se cierra con garantizar simplemente una paridad numérica, a través de la ley, sino que es necesario una revisión de las reglas de deliberación y de las prácticas informales de participación y selección en el ejercicio del poder para hablar de igualdad verdadera (Bjarnegård y Kenny, 2016; Childs y Krook, 2006; Karpowitz, Mendelberg y Lee, 2012).

En este tenor, la inclusión de acciones afirmativas, o cuotas de género, en las legislaciones ha sido determinante en muchos países de Latinoamérica. Sin embargo, “pese a reconocer la eficacia de las medidas afirmativas y más aún de la legislación sobre paridad en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Nicaragua”, los efectos de las medidas para lograr una mayor representación política de las mujeres son limitados si “no van acompañadas de un plan integral multidimensional que implique a todos los niveles territoriales de gobierno y a todos los poderes del Estado”. El tránsito hacia una paridad efectiva debe acompañarse de un esfuerzo por erradicar factores estructurales, estereotipos y cultura sexista que genera discriminación, “tanto en el ámbito político, público y social y en todas las dimensiones: familiar, económica, cultural, política, medioambiental” (Tula, 2017).

Asimismo, en su Recomendación General número 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer observa en la práctica:

...una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres (Organización de las Naciones Unidas, 2015).

De este modo, la paridad de género *de facto* es un indicador de cuán democrático es un sistema político. El apego a la paridad de género, sobre todo en las instituciones que ejercen el poder, pone de manifiesto la calidad de su democracia y la fortaleza del Estado de derecho. Para lograr la paridad de género no basta con definirlo dentro de las constituciones como un derecho o desarrollarlo en las leyes, sino que es necesario, como señala Rodríguez Gustá (2008), integrar sistémica y comprensivamente las nociones de desigualdad entre los sexos en la hechura de las políticas públicas, su dinámica de ejecución y evaluación. En el caso de México, como se explica en las siguientes secciones, si bien existe a nivel normativo el reconocimiento de la paridad de género como un derecho, las políticas públicas, aún al interior de los órganos del Estado, distan mucho de lograr la garantía efectiva de estos derechos.

## V. EL PODER EJECUTIVO Y LA DISPARIDAD SALARIAL

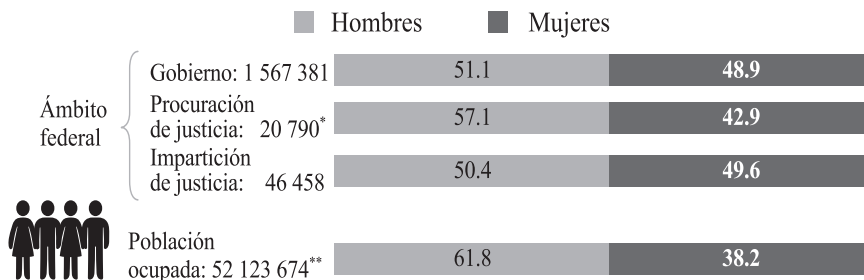
En el caso de la administración pública federal, si bien existe una proporción similar de hombres y mujeres laborando en ella, la inequidad salarial por sexo es persistente. La Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal establece en su artículo 2o. que la equidad de género será un principio rector en el sistema de profesionalización. Asimismo, señala, en su artículo 14, que el subsistema de planeación de recursos humanos: “Calculará las necesidades cuantitativas de personal... con el fin de que la estructura de la Administración Pública tenga el número de servidores públicos adecuado para su buen funcionamiento y... promueva y garantice la equidad de género...”. El artículo 21 precisa que

no podrá existir discriminación por razón de género. Y el artículo 32, en materia de acceso al Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal Centralizada, señala que se procurará el equilibrio entre ambos géneros. No obstante, de acuerdo con el informe “Brecha salarial de género en México”, publicado por el Instituto Nacional de las Mujeres (2016), los ingresos monetarios de las mujeres son, en promedio, menores en comparación con los de los hombres. Además, las brechas salariales varían de acuerdo con las distintas características de la población que fueron consideradas en dicha publicación, como la ocupación. Al examinar los ingresos medios de la población subordinada, según el grupo de ocupación, se observa que los ingresos más elevados se obtienen en la categoría de “funcionarias/os, directivas/os y jefas/es”. No obstante, la brecha salarial en esta categoría es de -25.3%, con ingresos de \$20,579 para los hombres y \$15,731 para las mujeres. Ahora bien, al analizar los ingresos y las brechas salariales de la población subordinada, según la clasificación de la empresa donde trabaja, se aprecia que las instituciones de Gobierno presentan los ingresos más elevados para mujeres (\$9,707) y la menor brecha salarial respecto al resto de categorías (-16.5%).

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía señala que los servidores públicos que laboran en la administración pública (con excepción de las instituciones públicas de procuración de justicia) tienen una distribución muy similar entre hombres y mujeres: en el ámbito federal se contabilizó 51.1% de personal masculino y 48.9% de personal femenino. En el ámbito estatal se reportó 46.7% y 53.3% para personal de hombres y mujeres, respectivamente. “Esto contrasta con la distribución observada en el resto de la economía donde el 61.8% de los trabajadores eran hombres y 38.2% mujeres” (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018). Véase gráfica 1 en la siguiente página.

Empero, en cuanto a la equidad salarial por sexo, las cifras no son alentadoras, pues se aprecia que: “la proporción de mujeres que recibía más de 20 mil pesos mensuales era menor que la de hombres”. En 2016, en el Gobierno federal, 13.1% de mujeres percibía un ingreso mensual superior a los 20 mil pesos, mientras que esta cifra ascendía a 27% en el caso de los hombres. De igual modo, en el ámbito federal, 67.1% y 51.4% de los hombres recibían más de 20 mil pesos mensuales en los casos de procuración e impartición de justicia respectivamente, en contraste con 43.2% y 40.3% para el caso de las mujeres (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018). Véase gráfica 2, más adelante.

**GRÁFICA 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS POR ÁMBITO DE GOBIERNO Y FUNCIÓN, SEGÚN SEXO, 2016**



\* Se refiere a personal de 2015.

\*\* Se refiere a la población ocupada al cuarto trimestre de 2016.

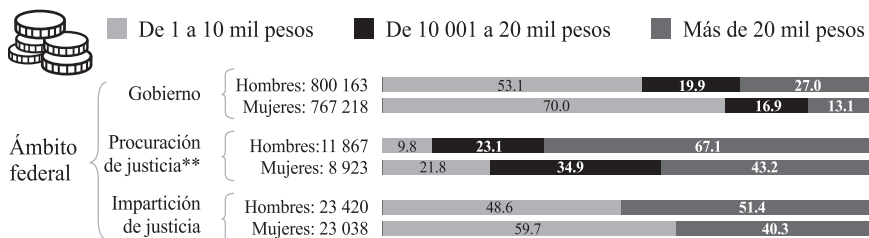
FUENTE: INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatales y Federal, 2017 y 2016.

INEGI. Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

**GRÁFICA 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS POR ÁMBITO DE GOBIERNO, FUNCIÓN Y SEXO, SEGÚN RANGO DE INGRESO MENSUAL, 2016**



\* No se presenta el porcentaje de servidores de los que no se especificó el rango de ingreso, ya que es menor al 1%.

\*\* Se refiere al personal de 2015.

NOTA: Se omite el personal sin paga para el ámbito estatal, 778 servidores públicos de administración pública, 2 de procuración de justicia y 1 de impartición de justicia.

FUENTE: INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales y Federal, 2017.

INEGI. Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatales y Federal, 2017 y 2016.

INEGI. Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatales y Federal, 2017.

Al respecto, Eva Arceo (2018) señala que en México las mujeres obtienen un menor salario en promedio que los hombres, y “si bien esta brecha puede ser explicada, en parte, por discriminación explícita en el mercado

laboral... pueden existir otros canales que contribuyan a la explicación”, entre ellos los estereotipos de género, tales como el comportamiento esperado de las mujeres en la negociación salarial o la idea de que los hombres son quienes mantienen el poder. Estos prejuicios también se encuentran en la administración pública como muestra la evidencia de párrafos arriba, por lo que el sólo hecho de que la Ley Federal del Servicio Profesional propugne por la paridad de género, o incluso que ahora sea un mandato constitucional, no es suficiente para eliminar estos estereotipos. Políticas proactivas, dentro de la administración pública, que primero hagan conscientes los prejuicios y busquen abatirlos resultan necesarios. Un primer paso es generar conciencia sobre las brechas salariales y su arbitrariedad. Para ello, las herramientas del acceso a la información pública resultan útiles, si bien en México la Ley General de Transparencia obliga a todos los organismos públicos a publicar en sus páginas de internet los sueldos de los servidores públicos, éstos se hacen por cargo, por lo que no es posible conocer el género de quien lo ocupa. Lograr que al menos se señale en cada caso el género, permitiría evidenciar las diferencias (Arceo 2018), y puede constituir una herramienta para exigir la paridad. Lo que va en línea con las ideas de Dufflo (2012), en el sentido de que el empoderamiento de la mujer y el desarrollo económico están íntimamente interrelacionados. Que las mujeres tengan acceso al mercado laboral formal permite su empoderamiento, lo que conlleva cambios en la toma de decisiones, y tiene un impacto directo en el desarrollo de un país.

## VI. EL PODER JUDICIAL Y EL TECHO DE CRISTAL

En el Poder Judicial de la Federación, el principal problema es el techo de cristal. Aunque los reportes del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) suelen remarcar el éxito de sus políticas de género por contar con 50% de personal femenino, en la conformación de la Suprema Corte de Justicia se aprecia que de 11 ministros sólo 2 son mujeres. Sólo el 25% de las juezes de Distrito (JD) son mujeres y 18% magistradas.

El concepto “techo de cristal” es empleado desde finales de los años ochenta del siglo XX para designar una barrera invisible que impide a las mujeres altamente calificadas alcanzar puestos de responsabilidad en las organizaciones en las que trabajan. También es definido como “un entramado de obstáculos invisibles que impide a las mujeres calificadas

alcanzar posiciones de poder dentro de las organizaciones” (Camarena y Saavedra, 2018). Este concepto fue utilizado para analizar la carrera laboral de mujeres que, teniendo una trayectoria profesional y un nivel de competencia alto en sus lugares de trabajo, se topaban con un freno al intentar avanzar en sus carreras. El denominado techo de cristal alude a una última barrera basada en prejuicios hacia las mujeres que les impide avanzar a posiciones de más alto nivel (Camarena y Saavedra, 2018). El análisis del techo de cristal busca evidenciar que las mujeres están subrepresentadas: al analizar la carrera laboral de mujeres que habían tenido altas calificaciones en sus trabajos gracias a su formación educativa de nivel superior, su experiencia laboral indicaba que en determinado momento se encontraban con un tope invisible que les implicaba una detención en sus trabajos (Burin, 2008). De acuerdo con la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (CNPEVCM):

El techo de cristal se refiere al conjunto de normas no escritas al interior de las organizaciones que dificulta a las mujeres tener acceso a los puestos de alta dirección. Su carácter de invisibilidad es resultado de la ausencia de leyes y códigos visibles que impongan a las mujeres semejante limitación. Desde un principio [este concepto] se utilizó para hacer referencia a las barreras que la mujer tiene para avanzar en la escala laboral, que no son fácilmente detectables, pero suelen ser la causa de su estancamiento.

En este sentido, “El techo de cristal representa un obstáculo para el crecimiento y presencia de las mujeres en las organizaciones” (CNPEVCM). Este límite detiene la ascensión piramidal de las mujeres hacia puestos de alta jerarquía (CNPEVCM). En el caso de los cargos públicos, resulta en que las decisiones de política pública siguen siendo tomadas casi en exclusiva por varones. Tratándose de juzgadores, esto es especialmente delicado, pues significa que decisiones sobre libertad, patrimonio, custodia de hijos, conflictos laborales y violaciones a derechos humanos de mujeres son juzgadas desde la perspectiva masculina.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) regula la carrera judicial, sus disposiciones son aparentemente neutras, pues respecto del ingreso al Poder Judicial, el ascenso o la movilidad no hace distinción alguna entre hombres y mujeres (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009). Para el caso de los titulares de órganos jurisdiccionales, como jueces y magistrados, se establece un concurso vía exámenes de



oposición, de nueva cuenta, sin distinción de género. El ascenso de las mujeres a los cargos de jueces y magistrados se ve además dificultado por las disposiciones de la LOPJF ya que señalan que los juzgadores deben sujetarse a las necesidades del servicio, es decir, deben poder moverse a diferentes localidades dentro del país. Ello provoca que, ante la muy dispar distribución de las cargas domesticas<sup>4</sup> entre hombres y mujeres (García, 2018), la movilidad de las mujeres constituya un impedimento importante para concursar (Flores, 2012). Así, una ley que aparentemente da un trato igualitario a hombres y mujeres para acceder a ser juzgadores, en realidad impone importantes barreras a las mujeres, como lo demuestra el Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal, presentado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. El censo arroja información sobre “la estructura, organización, recursos y ejercicio de la función de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación”. En su sexta edición, publicada en 2018 (con información de 2017), se muestra que:

- Las mujeres representaron 49.5% de la plantilla laboral del Poder Judicial de la Federación en 2017.
- Del personal que integró a los órganos jurisdiccionales coordinados por el CJF al cierre de 2017, mil 429 servidoras y servidores públicos correspondieron a jueces y magistrados, lo que representa un 3.0% del total de dicho personal. De éstos, 758 corresponden a magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), 572 a JD y 99 a magistrados de Tribunales Unitarios de Circuito (TUC).
- De estos jueces y magistrados, 79.8% corresponde a hombres y 20.2% a mujeres.

El techo de cristal es claro, pues antes de llegar a los cargos de decisión, el porcentaje de mujeres que realizan funciones de apoyo a los jueces, como son los secretarios de acuerdos o proyectistas, es de casi la mitad. Sin embargo, a pesar de que es de suponer que cuentan con los conocimientos necesarios para ocupar los cargos de jueces, después de unos años de experiencia, su participación en los concursos es mucho menor, y por

---

<sup>4</sup> El trabajo doméstico no remunerado, que incluye la atención de niños y adultos mayores, actividades de alimentación y limpieza o reparaciones del hogar, lo hacen mayoritariamente mujeres, quienes trabajan 8 horas en estas actividades por cada 2 de los hombres.

ende sólo el 20% de los juzgados y tribunales son dirigidos por mujeres. El techo de cristal es aún más evidente si se toma en cuenta la conformación de los más altos tribunales, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Tribunal Electoral. Al cierre de 2017, los plenos de cada uno de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación se integraron de la siguiente manera (Instituto Nacional de Estadística y Geografía).

Pleno de la SCJN:

- 11 ministros
  - 2 mujeres (18%)
  - 9 hombres (82%)

Pleno de la Sala Superior del TEPJF:

- 7 magistrados
  - 2 mujeres (29%)
  - 5 hombres (71%)

Pleno del CJF:

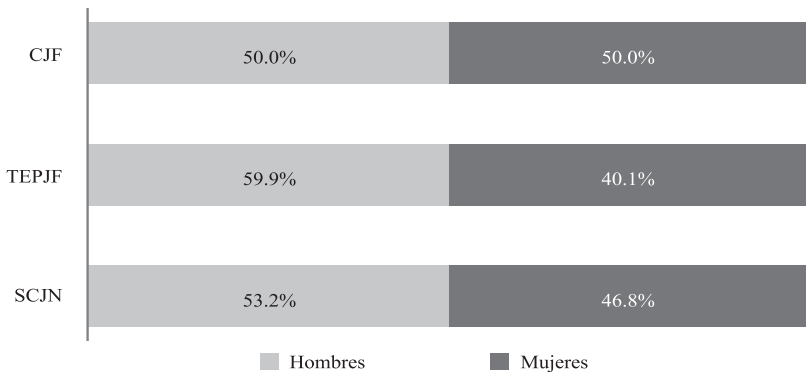
- 7 consejeros
  - 2 mujeres (29%)
  - 5 hombres (71%)

En la gráfica 3 (en la siguiente página) se muestra la distribución porcentual del personal de cada uno de los órganos del Poder Judicial de la Federación, según sexo.

En lo que respecta a los jueces y magistrados que al cierre de 2017 integraron los TCC, los TUC y los JD, se identificó un total de mil 429 servidoras y servidores públicos en estas funciones, de los cuales 758 (53.0%) se encontraban adscritos a los TCC, 99 (7.0%) a los TUC, y los restantes 572 (40.0%) a los JD y CJPF (Instituto Nacional de Estadística y Geografía: 2018b). En la gráfica 4 (en la página que sigue) se presenta la

distribución porcentual de los jueces y magistrados con los que contaron los órganos jurisdiccionales descritos, según sexo.

GRÁFICA 3. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DEL PERSONAL QUE INTEGRA EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SEGÚN ÓRGANO Y SEXO



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Resultados del Sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal (CNIJF). Comunicado de Prensa núm. 289/18. 6 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala\\_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018\\_07.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018_07.pdf).

GRÁFICA 4. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE JUECES Y MAGISTRADOS, SEGÚN ÓRGANO JURISDICCIONAL Y SEXO



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Resultados del Sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal (CNIJF). Comunicado de Prensa núm. 289/18. 6 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala\\_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018\\_07.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/sala_depresna/boletines/2018/EstSegPub/cnijf2018_07.pdf).

Las cifras del CJF, órgano que administra a todo el Poder Judicial a excepción de la Corte, también reflejan el techo de cristal en la institución pues, a pesar de tener una distribución porcentual equitativa respecto al personal que lo integra (50-50), al estudiar el porcentaje de puestos ocupados entre hombres y mujeres para los cargos de jueces y magistrados esta cifra disminuye notoriamente. Al igual que en este caso, la integración de los plenos de cada uno de los órganos que conforman al Poder Judicial de la Federación se compone en su gran mayoría por hombres, lo que limita el acceso a puestos de toma de decisión para las mujeres. De nueva cuenta, entre las primeras medidas a adoptar al respecto se encuentra hacer evidente estas diferencias y los obstáculos que *de facto* enfrentan las mujeres a la hora de concursar por los cargos de juez o magistrado. En este caso, la normatividad que regula la carrera judicial de manera aparentemente neutra, en realidad discrimina a las mujeres para ocupar los cargos de decisión como juzgadoras. En este sentido, y a raíz de la reforma constitucional de mayo de 2019, será necesario promover cambios a las reglas que rigen la carrera judicial. Resulta indispensable hacer consciente al Consejo de la Judicatura de la importancia de generar políticas judiciales que garanticen que la población femenina del país esté representada en las autoridades llamadas a la protección de los derechos humanos.

## VII. EL PODER FÁCTICO DENTRO DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

La legislación que regula las elecciones de los legisladores en México es de las más vanguardistas en materia de equidad de género. Sin embargo, el ejercicio del poder dentro de cada una de las cámaras muestra que *de facto* existe una importante disparidad entre legisladores y legisladoras. La academia ha explorado este fenómeno, y reconoce que si bien la presencia de las mujeres en los debates legislativos las visibiliza y pone en la mira sus intereses y necesidades, su influencia en la toma de decisiones resulta en un proceso bastante más tortuoso. En otras palabras, estar presente durante la toma de decisiones no significa necesariamente poder expresar las opiniones ni tener influencia sobre estas decisiones. La representatividad *de facto* significa poder opinar e influir, para que las decisiones se hagan cargo de realidades, necesidades e intereses de las mujeres (Gilas, 2019). La mayor presencia de las mujeres en los poderes legislativos no necesariamente implica que tienen el acceso o el poder para influir en la toma

de decisiones. Gilas señala como razones de esta disparidad *de facto* las siguientes:

- 1) Las mujeres con frecuencia están presentes en los espacios formales, pero ausentes en aquellos espacios informales en los que los hombres discuten, acuerdan y deciden.
- 2) Las mujeres que llegan a los espacios del poder se enfrentan al sexismo y violencia, lo que dificulta o impide que desarrollen sus actividades libremente. Se estima que el 82% de las mujeres legisladoras en el mundo han sido víctimas de violencia psicológica, 65% han sido humilladas públicamente, y alrededor de 44% recibieron amenazas de violación o muerte para ellas o sus hijos.
- 3) Las estructuras y dinámicas propias de los partidos políticos resultan excluyentes para las mujeres, ya que éstas suelen ser excluidas de las “redes de viejos amigos”, lideradas por los caudillos partidistas.
- 4) Los estereotipos y patrones de discriminación dificultan a las mujeres el ejercicio del poder y del liderazgo.
- 5) No todas las mujeres que llegan al poder comparten la agenda feminista o no todas la tratan como su prioridad, lo que afecta la manera en la que perciben su rol, así como las decisiones que toman en representación de las y los demás (Gilas, 2019).

Lo aquí descrito refleja el caso del Poder Legislativo en México. En materia electoral, la ley establece diversas medidas encaminadas a garantizar la equidad de género. La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales señala en su Capítulo III, artículo 232, párrafo tercero que: “Los partidos políticos promoverán y garantizarán la paridad entre los géneros, en la postulación de candidatos a los cargos de elección popular para la integración del Congreso de la Unión, los Congresos de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”. Asimismo, el párrafo cuarto del mismo artículo establece que:

El Instituto y los Organismos Públicos Locales, en el ámbito de sus competencias, tendrán facultades para rechazar el registro del número de candidaturas de un género que exceda la paridad, fijando al partido un plazo improrrogable para la sustitución de éstas. En caso de que no sean sustituidas no se aceptarán dichos registros.

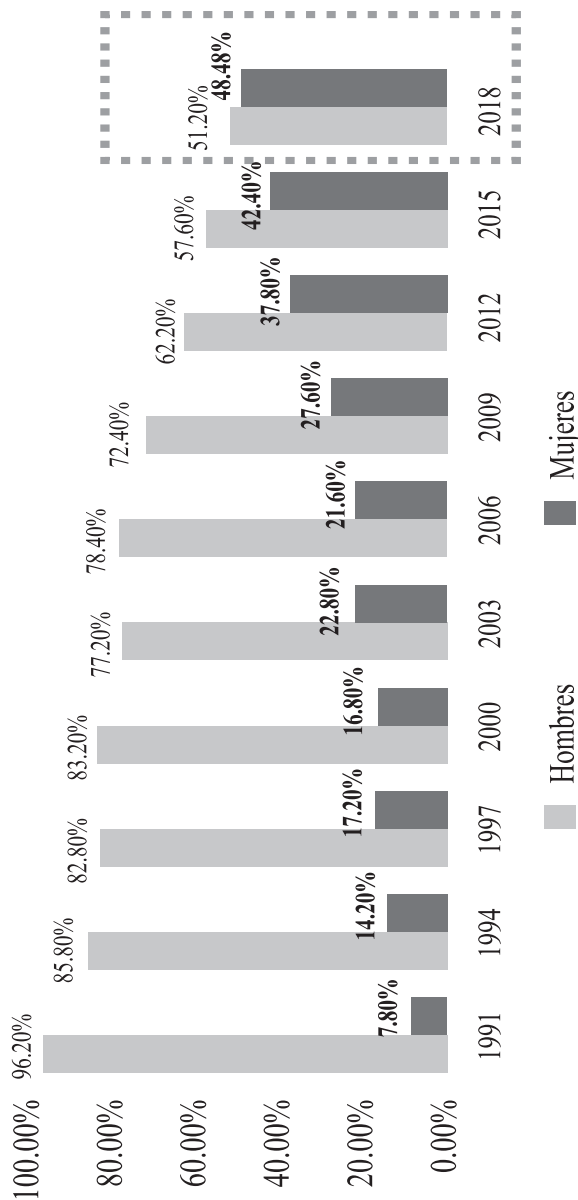
Por su parte, la Ley General de Partidos Políticos señala en su artículo 37, inciso e, que la Declaración de Principios de los Partidos Políticos, uno de los documentos básicos de los partidos, deberá contener: “La obligación de promover la participación política en igualdad de oportunidades y equidad entre mujeres y hombres”. En el mismo tenor, el artículo 51 señala que los partidos políticos tendrán derecho a financiamiento público, entre otras actividades: “Para la capacitación, promoción y el desarrollo del liderazgo político de las mujeres, cada partido político deberá destinar anualmente, el tres por ciento del financiamiento público ordinario”.

En el último proceso electoral en México, la Cámara de Diputados quedó integrada por 241 mujeres (48.3%) y por 258 hombres (51.7%) (Cámara de Diputados, 2018). La Cámara de Senadores quedó integrada por 63 mujeres y 65 hombres, lo que representa 49.22% y 50.78% respectivamente (Senado, SF). Se trata del Congreso más paritario que ha tenido el país, como muestran las gráficas 5 y 6, en las siguientes páginas.

Ahora bien, aunque la brecha en la conformación del Congreso de la Unión, tanto de la cámara alta como de la cámara baja, se ha ido reduciendo, y con ello se avanza en la paridad de género, esto no necesariamente se traduce en mejores oportunidades para participar de la toma de decisiones de las legisladoras. Una muestra de ello se puede observar en el número de comisiones presididas por hombres y por mujeres tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado en las legislaturas actuales (véanse gráficos 7 y 8, en páginas posteriores).

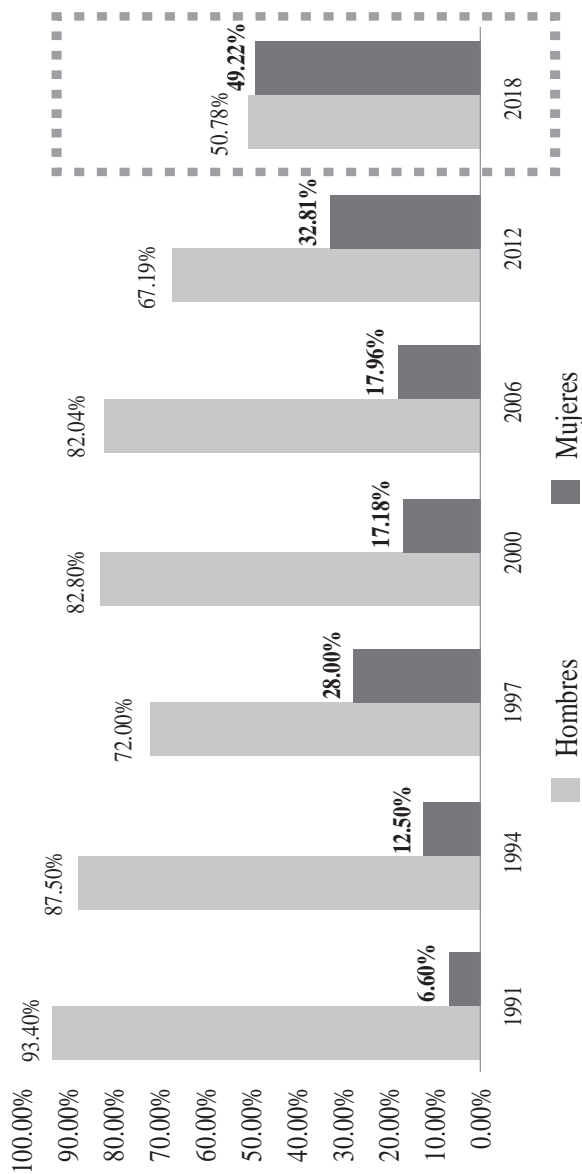
Aunado a ello, los cargos en los que se toman las decisiones y es posible influir en la conducción de la agenda legislativa, aún continúan controlados por los varones pues, aunque aparentemente ocupan un número similar en las presidencias por comisión, un análisis sobre el tipo de asuntos que lleva cada comisión muestra que a las mujeres se les asignan aquellas encargadas de asuntos como niñez, mujeres, adultos mayores. Este fenómeno, señala Gilas (2019), puede resultar discriminatorio, al limitar la actividad política legítima de las mujeres a los asuntos que son una extensión de las tareas de cuidado que tradicionalmente se les han asignado. En contraste, los hombres controlan las comisiones en las que se deciden los cambios constitucionales, el presupuesto de egresos, el cobro de impuestos, la política exterior. Al traducir a porcentajes, se aprecia que tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado el porcentaje de comisiones presididas por hombres es del 54%, es decir, un poco más de la mitad.

GRÁFICA 5. CÁMARA DE DIPUTADOS (1991-2018)



FUENTE: Instituto Nacional Electoral. *Numeralia. Proceso electoral 2017-2018*, p. 91. Disponible en: <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/08/1Numeralia01072018-SIJE08072018findocx-3.pdf>.

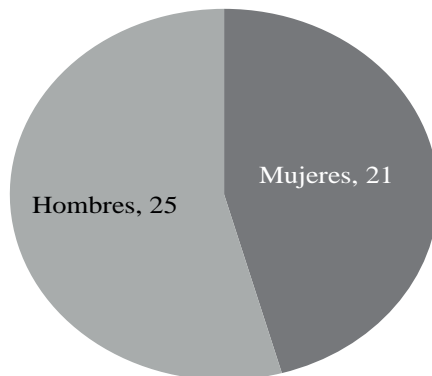
GRÁFICA 6. CÁMARA DE SENADORES (1991-2018)



FUENTE: Instituto Nacional Electoral. *Numeralia. Proceso electoral 2017-2018*, p. 92. Disponible en: <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/08/1Numeralia01072018-SIJE08072018findocx-3.pdf>.

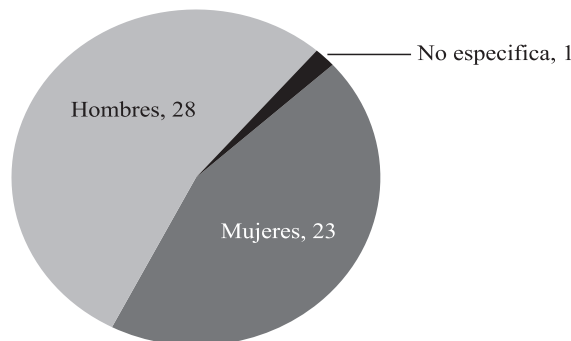


GRÁFICA 7. NÚMERO DE COMISIONES PRESIDIDAS SEGÚN SEXO, CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN. LXIV LEGISLATURA



FUENTE: elaboración propia con base en Cámara de Diputados. *Listado de Comisiones Ordinarias*. H. Congreso de la Unión. LXIV Legislatura. Disponible en: [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/listado\\_de\\_comisiones/lxiv.php?tct=1](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/listado_de_comisiones/lxiv.php?tct=1). Nota: se muestran las presidencias de las comisiones ordinarias (n=46).

GRÁFICA 8. NÚMERO DE COMISIONES PRESIDIDAS SEGÚN SEXO, CÁMARA DE SENADORES. LXII Y LXIII LEGISLATURAS



FUENTE: elaboración propia con base en Senado. *Directorio de Comisiones*. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios\\_de\\_comisiones](http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios_de_comisiones).

Sin embargo, como ya había quedado apuntado, el tipo de asuntos de las comisiones presididas por mujeres distan de ser los estratégicos para el país, como ejemplifican las tablas 4 y 5 (como puede observarse en páginas subsecuentes).

TABLA 4. COMISIONES RELEVANTES EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS, SEGÚN SEXO DE QUIEN PRESIDE

<i>Comisión</i>	<i>Sexo de quien preside</i>
Defensa Nacional	H
Economía, Comercio y Competitividad	H
Economía Social y Fomento del Cooperativismo	H
Energía	H
Gobernación y Población	M
Hacienda y Crédito Público	M
Infraestructura	H
Jurisdiccional	M
Justicia	M
Presupuesto y Cuenta Pública	H
Puntos Constitucionales	M
Radio y Televisión	M
Régimen, Reglamentos y Prácticas Parlamentarias	H
Relaciones Exteriores	H
Salud	M
Seguridad Pública	M
Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación	H

FUENTE: elaboración propia con base en Cámara de Diputados. *Listado de Comisiones Ordinarias*. H. Congreso de la Unión. LXIV Legislatura. Disponible en: [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/listado\\_de\\_comisioneslxiv.php?tct=1](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/listado_de_comisioneslxiv.php?tct=1).

TABLA 5. COMISIONES RELEVANTES EN EL SENADO, SEGÚN SEXO DE QUIEN PRESIDE

<i>Comisión</i>	<i>Sexo de quien preside</i>
Asuntos Fronterizos y Migratorios	M
Defensa Nacional	H
Economía	H
Energía	H
Estudios Legislativos	H

Estudios Legislativos Primera	M
Estudios Legislativos Segunda	M
Gobernación	H
Hacienda y Crédito Público	H
Jurisdiccional	M
Justicia	H
Puntos Constitucionales	H
Radio, Televisión y Cinematografía	H*
Relaciones Exteriores	H
Relaciones Exteriores América del Norte	M
Relaciones Exteriores Europa	M
Salud	H
Seguridad Pública	M

FUENTE: elaboración propia con base en Senado. *Directorio de Comisiones*. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios\\_de\\_comisiones](http://www.senado.gob.mx/64/comisiones/directorios_de_comisiones).

\* Se refiere al secretario técnico.

La disparidad en el ejercicio del poder se hace aún más evidente cuando se revisa quiénes presiden los órganos de liderazgo político en ambas cámaras. Se trata de las instancias que definen la agenda legislativa, distribuyen las comisiones, asignan los recursos públicos que corresponden a cada fracción parlamentaria y conducen las sesiones del pleno. Asimismo, resulta claro que la dirección de las diferentes fracciones parlamentarias es por varones, quienes definen las posturas de cada partido político representado en la cámara. Estos órganos son presididos en un 80% por hombres.

TABLA 6. PRESIDENCIAS EN CÁMARA DE DIPUTADOS Y SENADO POR SEXO

	<i>Senado</i>	<i>Sexo</i>	<i>Diputados</i>	<i>Sexo</i>
<i>Junta de Coordinación Política:</i>	Ricardo Monreal	H	Mario Delgado Carrillo	H
<i>Mesa directiva:</i>	Martí Batres	H	Porfirio Muñoz Ledo	H
<i>Fracción parlamentaria</i>				
Movimiento de Regeneración Nacional	Ricardo Monreal	H	Mario Delgado Carrillo	H
Partido Acción Nacional	Mauricio Kuri	H	Juan Carlos Romero Hicks	H

Partido Revolucionario Institucional	Miguel Ángel Osorio Chong	H	René Juárez Cisneros	H
Movimiento Ciudadano	Dante Delgado	H	Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla	H
Partido de la Revolución Democrática	Miguel Ángel Mancera	H	Verónica Beatriz Juárez Piña	M
Partido del Trabajo	Geovanna del Carmen Bañuelos	M	Reginaldo Sandoval Flores	H
Partido Encuentro Social	Sasil de León	M	Olga Juliana Elizondo Guerra	M
Partido Verde Ecologista de México	Raúl Bolaños-Cacho	H	Arturo Escobar y Vega	H

FUENTE: elaboración propia con base en: Senado. Mesa Directiva. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/mesa\\_directiva/](http://www.senado.gob.mx/64/mesa_directiva/). Senado. Junta de Coordinación Política. Disponible en: [http://www.senado.gob.mx/64/junta\\_de\\_coordinacion\\_politica/](http://www.senado.gob.mx/64/junta_de_coordinacion_politica/). Cámara de Diputados. Órganos de Gobierno. Mesa Directiva. Disponible en: [http://www3.diputados.gob.mx/camara/001\\_diputados/002\\_organos\\_de\\_gobierno/002\\_mesa\\_directiva](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/002_organos_de_gobierno/002_mesa_directiva). Cámara de Diputados. Órganos de Gobierno. Junta de Coordinación Política. Disponible en: [http://www3.diputados.gob.mx/camara/001\\_diputados/002\\_organos\\_de\\_gobierno/003\\_junta\\_de\\_coordinacion\\_politica/01\\_integracion](http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/002_organos_de_gobierno/003_junta_de_coordinacion_politica/01_integracion).

Así, el Congreso de la Unión en México ejemplifica con claridad la distancia que suele existir entre el reconocimiento de los derechos de las mujeres *de jure* y su ejercicio efectivo. Como señala Lael R. Keiser (2000), la razón para impulsar el aumento del número de mujeres en posiciones de liderazgo dentro del Gobierno es lograr el desarrollo de leyes y políticas que representen los intereses de estas mujeres. De modo que se logre que la igualdad como base del ejercicio de todos los demás derechos humanos sea real y no sólo *de jure*. En el caso del Poder Legislativo, no es suficiente con que la ley garantice la paridad en la conformación de las cámaras, sino que deben adoptarse medidas que permitan *de facto* una participación paritaria de las mujeres en la toma de decisiones.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

La brecha entre la definición de la paridad de género *de jure* y su cumplimiento fáctico en México es una de las más amplias a nivel mundial. Ello conlleva a que en no pocas ocasiones se consideren como derechos

ficticios. La paridad de género, sobre todo en órganos públicos, implica no sólo los medios tendentes a lograr el ejercicio eficaz de los derechos de las mujeres, sino garantía de que las decisiones públicas toman en cuenta sus necesidades e intereses. En el orden jurídico mexicano se han hecho importantes esfuerzos por garantizar paridad de género en diversos ámbitos de la vida pública, el más importante es la reforma constitucional de mayo de 2019, que señala a la paridad de género como un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado. Sin embargo, esta reforma no puede ser considerada la culminación de la lucha por la paridad, al contrario, es sólo el inicio de las batallas. La evidencia dentro de los tres poderes a nivel federal muestra que existen diferencias importantes tanto en el tipo de cargos que ocupan las mujeres, los ingresos que perciben y el acceso a la toma de decisiones públicas.

A lo largo del 2019, a raíz de la reforma constitucional, se percibieron esfuerzos por reducir las brechas. En particular, en el Poder Judicial de la Federación, donde el 26 de junio de 2019 se dio el primer concurso para jueces abierto sólo a mujeres que llevó al nombramiento de 25 mujeres al cargo de juez de distrito.<sup>5</sup> Adicionalmente, con la designación de Ana Margarita Ríos Farjat como ministra de la SCJN el pasado 5 de diciembre de 2019, es la primera vez, desde la reforma de 1995, que se cuenta con tres ministras en la SCJN. Desgraciadamente, subsecuentes convocatorias para nombramiento de jueces dejaron de tener perspectiva de género.<sup>6</sup>

Dentro del Poder Legislativo la toma de posesión como presidenta de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados de Laura Angélica Rojas Hernández, muestra el avance de las legisladoras en posiciones de toma de decisiones. Estos esfuerzos son ejemplo del avance que México presenta. En

---

<sup>5</sup> El Pleno del CJF aprobó, en sesión ordinaria, el Acuerdo General del Pleno del CJF, en el que se establece el procedimiento y lineamientos generales para acceder al cargo de juezas de Distrito, mediante concursos internos de oposición. Con base en ello, el 3 de julio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la “Convocatoria al primer concurso interno de oposición para la designación de juezas de distrito”. El 21 de agosto de ese mismo año se publicó en el *DOF* la “Lista de las aspirantes aceptadas al primer concurso interno de oposición para la designación de juezas de Distrito” con un total de 1,168 aspirantes aceptadas. El 13 de noviembre de 2019 se publicó en el *DOF* la “Lista de vencedoras en el Primer Concurso Interno de Oposición para la designación de Juezas de Distrito”, en la que se publica el nombre de las 25 participantes designadas para ocupar dicho cargo.

<sup>6</sup> Véase [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5615344&fecha=07/04/2021](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5615344&fecha=07/04/2021).

la última edición del Índice Global de Brecha de Género (2020), donde se reporta que, a diferencia del reporte 2018, México se posiciona como uno de los cinco países con mejoras en los puntajes globales del Índice (Foro Económico Mundial, 2020). En el reporte 2020, México ocupó el lugar 25 a nivel global (lo que representa un ascenso de 25 lugares en comparación con 2018), con un puntaje de 0.754. El mayor incremento se dio en la categoría “Empoderamiento político”, al pasar de 0.335 a 0.468. A nivel regional, México ocupó la posición número 5 de 25 países evaluados. Así, la reforma constitucional de 2019 en materia de paridad de género parece estar siendo efectiva en el esfuerzo hacia una mayor equidad en los tres niveles analizados en este trabajo. Sin embargo, las brechas por cerrar todavía son importantes. A pesar de los avances reportados en México en el IGBG 2020, la distancia alcanzada hacia la paridad de género es de 68.6%. Esto quiere decir que aún es necesario cerrar la brecha de género 31.4%. Al igual que en la edición 2018, en 2020 el IGBG reporta que las dos dimensiones con mayores brechas por cerrar son la de empoderamiento político y la de participación económica.

Entre los trabajos pendientes, es necesario revisar la normatividad que se considera en apariencia neutra, pero que impone importantes obstáculos de acceso a los cargos, sobre todo altos, como en el Poder Judicial. Asimismo, transparentar la información sobre estas disparidades, como el caso de los sueldos en el Ejecutivo, o de quienes ocupan los cargos de decisión en el Legislativo, resulta una estrategia de *naming and shaming* que en otros temas ha probado su eficacia. Sobre todo, porque una gran parte de las acciones discriminatorias son resultado no de las reglas formales sino de prácticas al interior de los grupos de poder. La población femenina merece estar representada tanto en la ley como en la realidad en la conducción del destino de su país. Hemos avanzado, pero debemos continuar en la tarea por hacer del trato igualitario, sin distinciones de género como consagra nuestro artículo 1o. constitucional, una realidad para todas.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J. & CH. COURTIS, Ch. (2003). *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara.

- ARCEO GÓMEZ, E. O. *et al.* (2018). "Negociación y preferencias económicas por género: evidencia experimental en México". *El Trimestre Económico*. 85 (339).
- BBC. (2018, 22 de diciembre). "Brecha de Género Global 2018: se necesitan 200 años para lograr la paridad salarial y otros 4 datos asombrosos". Redacción. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46638119>.
- BJARNEGÅRD, E. y KENNY, M. (2016). "Comparing Candidate Selection: A Feminist Institutional Approach". *Government and Opposition: An International Journal of Comparative Politics*. 51 (3).
- BONIFAZ ALFONSO, L. (2016). *Derechos humanos. El principio de la paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- BURIN, M. (2008). "Las fronteras de cristal en la carrera laboral de las mujeres. Género, subjetividad y globalización". *Anuario de Psicología*. 39 (1).
- CÁMARA DE DIPUTADOS. (2018). "Integración por género y grupo parlamentario". Disponible en [http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV\\_leg/cuadro\\_genero.php](http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/cuadro_genero.php).
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LXIV LEGISLATURA. (2019, 30 de abril). "De la Secretaría de Gobernación, con la que remite el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024". *Gaceta Parlamentaria*. Núm. 5266-XVIII. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/abr/20190430-XVIII-1.pdf>.
- CAMARENA ADAME, M. E. y SAAVEDRA GARCÍA, M. L. (2018). "El techo de cristal en México". *La Ventana. Revista de Estudios de Género*. 5 (47).
- CHILDS, S. y KROOK, M. L. (2006). *Gender and Politics: The State of the Art*. 26 (1).
- COMISIÓN NACIONAL PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. (2019). *¿Qué es el techo de cristal y qué pueden hacer las empresas para impulsar la igualdad de género?* México: Segob.
- DUFLO, E. (2012). "Women Empowerment and Economic Development". *Journal of Economic Literature*. 50 (4).
- El Financiero*. (2019, 23 de mayo). "Congreso aprueba la reforma de paridad de género". Redacción. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/congreso-aprueba-la-reforma-de-paridad-de-genero>.

- FERRAJOLI, L. (2003). “Estado social y Estado de derecho”. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México.
- FLORES, A. (2012). “Mujeres en la Judicatura Federal en México (preliminar para un diagnóstico sociológico de las féminas al servicio público de justicia y carrera judicial)”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 33.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL. (2018). *The Global Gender Gap Report 2018*. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf).
- GARCÍA, A. K. (2018, 11 de diciembre). “El trabajo doméstico no remunerado equivale a 23% del PIB: INEGI”. *El Economista*.
- GILAS, K. M. (2019, 24 de junio). ¿Las mujeres legisladoras también deciden? *Oraculus*.
- RODRÍGUEZ GUSTÁ, A. (2008). “Las escaleras de Escher: la transversalización de género vista desde las capacidades del Estado”. *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Núm. 14.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. (2018, 20 de junio). “Estadísticas a propósito del día de la administración pública (23 de junio)”. Comunicado de Prensa 274/18.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. (2018, 6 de julio). “Resultados del sexto Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal”. Comunicado de Prensa 289/18.
- INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. (2016). “Brecha salarial de género en México”. Disponible en: [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/101271.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101271.pdf).
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. (2018). “Numeralia. Proceso electoral 2017-2018”.
- KARPOWITZ, C. F. *et al.* (2012). “Gender Inequality in Deliberative Participation”. *The American Political Science Review*. 106 (3).
- LA REDACCIÓN. (2018, 22 de diciembre). “Brecha de Género Global 2018: se necesitan 200 años para lograr la paridad salarial y otros 4 datos asombrosos”. *BBC*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46638119>.
- LA REDACCIÓN. (2019, 23 de mayo). “Congreso aprueba la reforma de paridad de género”, *El Financiero*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/congreso-aprueba-la-reforma-de-paridad-de-genero>.



- LAEL, R. K. (2000, August 31-September 2). "Lipstick & Logarithms. Gender, Identity, Institutional Context, and Representative Bureaucracy". *American Political Science Association Meeting*. Washington D. C.
- LAW, D. y VERSTEEG, M. (2013). "Sham Constitutions". *Cal. L. Rev.* 101.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1995). "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing". 1995. Disponible en: [https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf?la=es&vs=755](https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2004). "Recomendación general núm. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal". Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2015). "Recomendación general núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia". *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>.
- PAUTASSI, L. (2012). "La igualdad en espera: el enfoque de género". *Lecturas y Ensayos*. 89.
- PIZARELLO, G. (2003). El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia". *Derechos sociales. Instrucciones de uso*.
- SANDEFUR R. (2008). "Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality". *Annual Review of Sociology*. 34 (1).
- SENADO. "Integración de la Cámara de Senadores por género". Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/64/senadores/integracion>.
- SHAPIRO, M. (1993). "Public Law and Judicial Politics". *Political Science: the State of the Discipline II*. Ed. A. Finifter. Washington, D. C: Am Polit. Sci. Assoc.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2009). Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sistema-bibliotecario/normativa/documentos/LEYORGANICAPJF.pdf>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2017). “Carrera Judicial Local, estadísticas por sexo y cargo”. *Estadísticas del personal del Poder Judicial de la Federación*.

TULA, I. (2017). “Paridad de género: política e instituciones. Hacia una democracia paritaria”. *Colección de documentos guía para poderes públicos y tomadores de decisión en América Latina y el Caribe*. 3. ONU Mujeres.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Waldron y la dignidad como estatus en el debate constitucional chileno\*

### *Waldron and dignity as status in the Chilean constitutional debate*

*Recepción:* 8 de julio de 2021

*Aceptación:* 21 de septiembre de 2021

Sergio GAMONAL C.\*\*

**RESUMEN:** En este artículo analizaremos la noción de dignidad como estatus, planteada por Jeremy Waldron, y su relevancia en el debate constitucional chileno, centrándonos en el derecho laboral. La dignidad está consagrada en la mayoría de las constituciones del mundo, y la importancia de esta noción no está exenta de críticas, dada su ambivalencia. Sin embargo, la noción de Waldron permite precisar un sentido mínimo que es relevante en toda democracia contemporánea y que debiera guiar el actual proceso constituyente en Chile.

**ABSTRACT:** *This paper will analyze the notion of dignity as a status raised by Jeremy Waldron and its importance in the Chilean constitutional debate, focusing on labour law. Dignity is enshrined in most of the world's constitutions, and the importance of this notion is not without criticism, given its ambivalence. However, Waldron's notion makes it possible to specify a minimal meaning relevant in all contemporary democracy, and that should guide the current constitutional process in Chile.*

**Palabras clave:** dignidad, estatus, Waldron, trabajo.

**Keywords:** *Dignity, status, Waldron, labour.*

---

\* El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular núm. 1200064, “La dignidad en el derecho privado chileno”, en el que el autor es investigador principal. El autor agradece a los revisores, cuyos comentarios enriquecieron este trabajo.

\*\* Profesor titular de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: 0000-0001-5703-1965; [sergio.gamonal@uai.cl](mailto:sergio.gamonal@uai.cl).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La dignidad como estatus en Waldron*. III. *Críticas a la perspectiva de Waldron*. IV. *La dignidad como estatus en la Constitución: lecciones para el actual proceso constituyente chileno*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La dignidad es uno de los conceptos jurídicos más importantes del siglo XX. Su consagración en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en numerosas constituciones, como la de Finlandia desde la Primera Guerra Mundial (Barak, 2015: 50), permite apreciar la relevancia de esta noción.

Como señala Barak, el discurso de la dignidad era predominantemente religioso, filosófico o social, pero no era un discurso jurídico antes de la Gran Guerra. En aquellos casos en que la dignidad era citada en un texto constitucional o declaración de derechos, era en el sentido de dignidad como honor, como por ejemplo, la dignidad real (Bill of Rights de 1689) o el libre acceso a las dignidades y cargos públicos en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, en 1789 (Barak, 2015: 49).

El establecimiento de la dignidad en constituciones y tratados internacionales se acelera luego de la Segunda Guerra Mundial, constituyendo un rasgo esencial del desarrollo de los derechos humanos (Barak, 2015: 51). En las constituciones del mundo, la dignidad resulta protagonista en sus preámbulos y en muchos casos también en su articulado. Más de 160 países utilizan este término en sus textos constitucionales (Shulztiner y Carmi, 2014: 465).

Sin embargo, la dignidad como noción jurídica es un concepto problemático, sobre todo por su indeterminación, manifestada en sus distintos usos y sentidos. Desde una perspectiva política, la indeterminación constituye una virtud, sobre todo cuando se debe acordar un texto entre sectores con distintos pensamientos e ideologías, como fue precisamente el caso de la Declaración Universal en 1948 (Shulztiner y Carmi, 2014: 471). Por el contrario, cuando una noción como la dignidad debe ser aplicada por un juez o guiar la labor del legislador, su indeterminación constituye un grave problema.

Desde una perspectiva comparada, se han distinguido tres usos de la dignidad en las constituciones del mundo: dignidad con sentido simbólico general, dignidad como valor supremo o finalidad, expresada en forma más específica en el articulado constitucional, y finalmente, dignidad humana como límite de los derechos (Shulztiner y Carmi, 2014: 473-483).

El sentido simbólico de la dignidad suele figurar, en los preámbulos o primeros principios, como valor simbólico que justifica al texto constitucional en su integridad y refleja la identidad de los miembros de la comunidad política (Shulztiner y Carmi, 2014: 473).

Cuando la dignidad es establecida en el articulado constitucional, expresa una directiva para los poderes públicos acerca de su rol y de sus obligaciones (Shulztiner y Carmi, 2014: 476).

Shulztiner y Carmi señalan un tercer uso de la dignidad a nivel constitucional, como límite de los derechos fundamentales o como deberes que deben seguir los ciudadanos. Siguiendo el planteamiento de Donnelly y Howard, muchos países no democráticos o en desarrollo o de la exórbita soviética ocupan la noción de dignidad como forma opresiva de los derechos fundamentales, limitando la propiedad, la empresa privada o la libertad de expresión (Shulztiner y Carmi, 2014: 483 y 484). En efecto, Donnelly argumentaba, a inicios de los ochenta, que hay nociones de dignidad humana que no implican la de derechos humanos, que pueden entenderse en forma independiente, y que, por el contrario, el desarrollo de los derechos humanos en Occidente es tributario del individualismo, a diferencia de otras culturas (Donnelly, 1982: 303-311).

Con todo, también en los países occidentales con democracia liberal, la dignidad puede cumplir, en ciertos casos, una función limitativa, que Meltzer encuadra dentro de “la virtud colectiva como dignidad” en el derecho estadounidense, aludiendo a cómo los integrantes de la comunidad deben comportarse o ser tratados para respetar la dignidad colectiva de la humanidad. Cuando la sociedad trata a las personas en forma inhumana o cuando la gente participa en actividades que son deshumanizantes, la virtud colectiva de la dignidad se ve afectada. Un ejemplo es la tortura, o la esclavitud, o el “lanzamiento de enanos” (Meltzer, 2011: 220-222).<sup>1</sup> Es

---

<sup>1</sup> En el caso *Manuel Wackenheim contra Francia*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU decidió que la prohibición de lanzar enanos no era discriminatoria, ya que se basaba en una razón objetiva y no tenía una finalidad discriminatoria. Agregaba el Comité que esta prohibición: “era necesaria para proteger el orden público, que pone en juego consideraciones de dignidad humana”. Consultar el punto 7.4 de la decisión final. Dis-

el caso de la Corte Suprema estadounidense, cuando ha establecido límites a la pena de muerte o a ciertas sanciones en virtud de la Octava Enmienda (Meltzer, 2011: 222 y 223), o cuando ha limitado el derecho a representarse a sí mismo en juicio (Daly, 2021: 97-100).<sup>2</sup>

Esta función limitativa se observa en otras jurisdicciones, por ejemplo en Alemania, en la discusión sobre bioética y dignidad (Barak, 2015: 238 y 239), o en Israel, en materia de derechos laborales (Barak, 2015: 299 y 300), donde el derecho a un salario digno, a condiciones justas de trabajo o a normas de término de contrato por justa causa, limitan la autonomía del empleador.

Este artículo constará de dos partes. Primero analizaremos la propuesta de Jeremy Waldron, quien entiende la noción de dignidad vinculada a la noción de estatus (Waldron, 2012: 13-46) y, además, revisaremos las críticas a esta concepción. Luego, en segundo lugar, plantearemos que más allá de las críticas esta noción de Waldron puede orientar el actual proceso constituyente chileno, centrándonos en el caso del derecho laboral.

Andorno ha enfatizado la importancia de la noción de dignidad en el debate actual sobre bioética, evidenciando sus paradojas,<sup>3</sup> las cuales, más que demostrar que la dignidad es un concepto vacío, demuestran su complejidad y riqueza, y por ello propone dejar de lado el intento abstracto y

---

ponible en: [http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15\\_Wackenheim\\_v\\_France.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15_Wackenheim_v_France.htm).

<sup>2</sup> En este caso, se discutía si la capacidad mental del acusado debía ser considerada para otorgarle o no el derecho a representarse a sí mismo (*Indiana v. Edwards*. 554. U.S. 164, 200).

<sup>3</sup> Andorno distingue cuatro paradojas de la dignidad: 1) La dignidad ha sido una noción muy criticada por su vaguedad y por su uso meramente retórico o político. Sin embargo, a nivel mundial, es una noción cada vez más utilizada en los instrumentos intergubernamentales sobre bioética. 2) Asimismo, aunque existen dificultades para acordar un sentido preciso a la dignidad, suele ser mejor reconocida en términos negativos y prohibitivos, es decir, en términos kantianos, nadie debe ser tratado como instrumento por otro. En otras palabras, la dignidad es caracterizada mejor frente a los atropellos como la tortura, la esclavitud, el tratamiento degradante, las condiciones inhumanas de trabajo, etc. 3) La dignidad suele vincularse a las altas capacidades racionales del ser humano, con el poder de dominar la naturaleza, de ser autónomo y un agente con capacidades propias. Pero la dignidad suele visibilizarse más en la vulnerabilidad que en la autosuficiencia, en la debilidad que en el poder (recién nacidos, niños, ancianos, enfermos y pobres). 4) Si bien el rol del ser humano frente a la naturaleza y la posibilidad de dominarla son demostraciones de la dignidad del ser humano; el poder de la manipulación genética objetiviza al propio ser humano afectando su dignidad.

generalizante de una definición, y centrarse en las necesidades y los casos concretos en que los individuos ven afectada su dignidad, especialmente los más vulnerables (Andorno, 2011: 134-138).

Estimamos que la noción de dignidad como estatus, de Waldron, posibilita un acercamiento concreto para el derecho constitucional, como propone Andorno para la bioética, permitiendo establecer un sentido mínimo y operativo de esta noción para el nivel constitucional. Con todo, la tesis de Waldron no se contradice con otros alcances que pueda darse a la dignidad, por ejemplo, el derecho a condiciones de existencia dignas como derecho material (Beloff y Clérico, 2016: 139-178).

Para lo anterior, en este artículo explicaremos, en el siguiente apartado, la noción de Waldron de dignidad como estatus, y en el tercero, revisaremos algunas críticas a esta noción. Luego, en el cuarto apartado, analizaremos cómo puede ayudar dicha noción a dar una certeza mínima a la dignidad, utilizando como ejemplo las normas laborales que se debieran consagrar en el actual proceso constituyente chileno. Finalizaremos con unas breves conclusiones, en el quinto.

## II. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS EN WALDRON

La aproximación a la noción de dignidad suele ir desde la moralidad al derecho, sin embargo, Waldron plantea una dirección opuesta, desde el derecho a la moralidad (Waldron, 2012: 14 y 15).

No cabe duda de que la dignidad es un principio de moralidad, pero, además, es un principio del derecho. Para Waldron la dignidad está como en casa en el derecho, está en su ámbito natural. Su propuesta, en definitiva, es observar cómo opera la dignidad en el derecho y desde ahí iluminar su uso en el discurso moral (Waldron, 2012: 13-15).

Por ejemplo, la filosofía antigua planteaba la noción de dignidad vinculada a la de estatus, como una especie de rango, es decir, la dignidad de un rey no era igual a la de un obispo. Por el contrario, en la concepción moderna de dignidad, si bien se mantiene alguna vinculación con esta noción histórica de dignidad y rango, su sentido es absolutamente diferente, es decir, actualmente la dignidad expresa la idea de un rango alto e igualitario para todos los seres humanos sin excepción (Waldron, 2012: 14).

Para Waldron, la dignidad es un estatus normativo comprensivo de todos los seres humanos (Waldron, 2012: 18), entendida como un estatus

general de alto rango que se conecta, por ejemplo, en forma directa, con la prohibición del trato humillante y degradante, dado que es un rango asignado actualmente a todos los seres humanos sin discriminación, es decir, la dignidad como nobleza para el hombre común (Waldron, 2012: 22).

La *dignitas* romana implicaba la idea de honor, de privilegios y la idea de deferencia frente a rangos u oficios. Incluso en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se alude en su artículo 6o. a esta concepción antigua de dignidad (Waldron, 2012: 30 y 31). Si bien la modernidad implica un quiebre con esta noción de dignidad como rango, iniciado con la noción kantiana de valor (*würde*), erróneamente traducido como dignidad según Waldron; algo queda de la noción antigua, y Waldron intentará conciliar esta idea antigua de rango con la concepción igualitaria de dignidad (Waldron, 2012: 24, 31).

En efecto, para Waldron la moderna noción de dignidad conlleva una elevación del rango, de modo que ahora tratamos de otorgar a cada ser humano algo de la dignidad, rango y expectativa de respeto que antes se otorgaba a la nobleza (Waldron, 2012: 33).

Por lo anterior, en nuestra sociedad actual, y recordando lo dicho hace años por Vlastos, no es que nuestra actual organización social excluya la nobleza o el rango, por el contrario, se trata de una suerte de sociedad aristocrática con un solo alto rango para todos sus integrantes (Gregory Vlastos citado por Waldron, 2012: 34). Es decir, somos como una sociedad de castas, pero solamente con una casta (Waldron, 2012: 34).

Burke criticaba duramente la Revolución francesa, por considerar que “bajo este esquema de cosas, un rey no es más que un hombre, una reina no es más que una mujer; una mujer no es más que un animal, y un animal no del más alto orden” (Burke, 1993: 77). Por el contrario, Waldron sostiene que puede entenderse que la Revolución “niveló hacia arriba”, al elevar a todos los seres humanos al estatus de reyes o aristócratas, asegurándoles igualdad de derechos (Waldron, 2012: 69). De esta forma, todo ser humano pertenece a este estatus que puede denominarse de “ciudadano del mundo”, merecedor de amplio respeto (Waldron, 2013: 327-343).

Waldron precisa ejemplos de cómo el derecho actual tutela a la dignidad como estatus, cuando se prohíben los tratos degradantes, cuando se prohíbe el discurso del odio, cuando en algunos países se protege a grupos étnicos o raciales de las amenazas, abusos o insultos, o cuando se prohíbe la discriminación (Waldron, 2012: 35).



Waldron no desconoce que, en la práctica, estamos lejos de reconocer el mismo rango a todos los seres humanos. Realidades como la guerra o el terrorismo desmienten la noción de dignidad como estatus igualitario. Sin embargo, nos advierte, es por esto mismo que se hace necesario recordar los alcances de la noción de dignidad en la modernidad (Waldron, 2012: 35).

### III. CRÍTICAS A LA PERSPECTIVA DE WALDRON

Una primera crítica a la noción de Waldron, de dignidad como estatus, podemos encontrarla en la observación realizada por Rosen, quien, concordando con el planteamiento general de Waldron, expresa su escepticismo frente a la estrategia de ocupar conceptos legales para resolver dilemas morales, porque hay más conflicto y confusión en el uso legal de la noción de dignidad que lo que Waldron está dispuesto a admitir (Rosen, 2012: 79-81).

Lo anterior no debiera extrañar, dado que Rosen nos recuerda que la dignidad figura con un rol protagónico en diversos instrumentos y constituciones aprobados por representantes de grupos distintos, con conceptos e ideas bien diferentes, y que fueron adoptados en un particular contexto histórico excepcionalísimo (luego de la Segunda Guerra Mundial), como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Constitución de la República Federal Alemana. Por tanto, el acuerdo en torno al concepto de dignidad en esos textos no logra resolver los desacuerdos en torno a su alcance, lo cual Waldron no está dispuesto a reconocer (Rosen, 2012: 81 y 82).

En defensa de la noción de dignidad como estatus, podemos afirmar que el planteamiento de Waldron no busca otorgar un concepto definitivo de dignidad, sino atesorar un avance legal inédito en la historia de la humanidad, como fue el equiparar en rango a todos los seres humanos, lo cual incide en ciertos consensos mínimos, como por ejemplo, en la condena de los tratos crueles y degradantes, o en casos de conducta sexual inapropiada (Waldron, 2019: 11 y 12).

Otra crítica que puede formularse a Waldron es su lectura ingenua de los instrumentos que consagran la dignidad en el siglo XX, sobre todo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este punto, cabe recordar que la intención original era confeccionar un “tratado internacional” vinculante para los estados, según el mandato del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Clavero, 2014: 31). Pero Estados Unidos de América exigió incluir una “cláusula constitucional” que dejara en suspenso la aplicación de este nuevo tratado a lo dispuesto en las normas constitucionales de cada país (Clavero, 2014: 57 y 58). Esta exigencia atendía a las preocupaciones estadounidenses, por los efectos de un tratado de derechos humanos respecto de la tesis sostenida por su Corte Suprema, permitiendo la segregación de las personas negras a través de la doctrina “separados pero iguales”, postulada en 1896 en el caso *Plessy con Ferguson* (Clavero, 2014: 58). Finalmente, Estados Unidos no logró imponer la “cláusula constitucional”, pero producto de este veto, se aprobó algo distinto, una simple Declaración de Derechos en vez de un tratado. Como señala Clavero, se trataba de una nueva clase de norma internacional que se caracteriza por no serlo (Clavero, 2014: 30).

Algo similar ocurrió con otras potencias, como Francia y Gran Bretaña. La primera, preocupada de excluir la prohibición de trabajo forzoso, dado que Francia lo aplicaba en Argelia (Clavero, 2014: 35 y 36). Por su parte, Gran Bretaña deseaba que hubiera una “cláusula colonial” que diera a entender que este tratado o declaración no afectaba su soberanía sobre las colonias (Clavero, 2014: 23 y ss.). Ambas exigencias tuvieron éxito, en el artículo 4o. se borró la prohibición de trabajo forzoso, y en el artículo 2o., párrafo segundo, se incorporó la “cláusula colonial”.

Resulta problemático el entusiasmo de Waldron, considerando la “letra chica” del principal instrumento de derechos humanos del siglo XX.<sup>4</sup>

Sin embargo, no resulta ingenuo observar cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos en particular y los derechos humanos en general, han tenido un desarrollo muy importante más allá de la “letra chica”

---

<sup>4</sup> Con los años, la fuerza de la Declaración Universal ha sido tal que los tribunales de todo el mundo la citan como si fuera un tratado internacional. Luego de 1966, con mayor razón, dado que los dos pactos ONU (de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales) concretizan su contenido en tratados propiamente tales. Además, la doctrina ha buscado fundamentar la obligatoriedad de la declaración, sosteniendo que es costumbre internacional, o argumentando que se trata de una interpretación de la Carta de la ONU, y que, por ende, debe entenderse incorporada a la misma. Respecto de la primera tesis, véase Keller (2003), p. 562; y sobre la segunda, véase Medina (1996), p. 81, nota 128.

en sus orígenes. El balance durante el siglo XX es positivo, no obstante los numerosos obstáculos (Sikkink, 2017: 141 y ss.).

Por otra parte, Waldron es consciente de que aún falta mucho para que en la práctica todos los seres humanos gocen de un rango análogo. Pero por lo mismo hace presente la importancia de recordar los alcances de la noción de dignidad en la modernidad (Waldron, 2012: 35).

Otra crítica a la noción de Waldron es que, aceptando la noción de dignidad como estatus, no se suprime la ambigüedad del término dignidad. Es decir, vincular la dignidad a un estatus o rango igualitario no elude los problemas de determinar los alcances del mismo. Por ejemplo, equiparar a los seres humanos con el alto rango de la nobleza puede llevar a conclusiones inapropiadas, como la irresponsabilidad que caracterizaba a la aristocracia premoderna (Herzog, 2012: 99 y ss.).

En su defensa, Waldron precisa que el elemento noble es importante por la forma en que uno debe ser tratado por los demás, es decir, uno debe ser tratado por otros evitando cualquier tipo de degradación (Waldron, 2012: 142). Es así como esta elevación de estatus se hace visible en el artículo 3o., letra c, del III Convenio de Ginebra, que prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”. Antes de esta norma, sólo aquellos prisioneros de un cierto estatus o rango elevado tenían derecho a recibir un trato privilegiado al ser hechos prisioneros por sus enemigos. En idéntico sentido opera el artículo 16 del mismo Convenio: “todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora”. De esta forma, la dignidad como estatus se conecta con la prohibición de tratos crueles, humillantes, vejatorios o degradantes, en cualquier situación (Waldron, 2019: 11).

Waldron agrega que muchos términos valóricos cumplen su función en el derecho constitucional sin contar con una definición simplista. Es decir, no todas las definiciones legales están definidas con exhaustividad y el hecho de que una noción tenga distintos usos o diferentes sentidos, no es lo mismo que tener un sentido equívoco (Waldron, 2019: 16 y 17).

En una línea similar, Andorno sugiere abandonar la idea de contar con una definición abstracta y general de dignidad, centrándose en los casos concretos en que los individuos ven afectada su dignidad, especialmente los más vulnerables (Andorno, 2011: 138).

#### IV. LA DIGNIDAD COMO ESTATUS EN LA CONSTITUCIÓN: LECCIONES PARA EL ACTUAL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

La noción de dignidad como estatus puede operar en la conformación de derechos específicos en la Constitución, por ejemplo, el gobierno debe tratar con dignidad a todas las personas (Waldron, 2019: 18).

La dignidad como estatus, siguiendo el planteamiento de Waldron, debiera tener importantes proyecciones en el nuevo articulado de la Constitución chilena, sin perjuicio de consagrar también a la dignidad como un valor esencial de Chile, ya sea en el preámbulo o en los primeros artículos del nuevo texto constitucional.

El movimiento popular chileno de octubre de 2019, dado el gran malestar de la sociedad chilena por la enorme desigualdad (PNUD, 2017),<sup>5</sup> los abusos y la corrupción (Romero, 2015), ha generado un itinerario constituyente inédito en su historia. Excede a los propósitos de este artículo analizar sus orígenes, alcances y consecuencias.<sup>6</sup> No obstante, resulta interesante ver los reclamos expresados en los grafitis y las pancartas mostradas en las manifestaciones.

Las protestas se han focalizado en uno de los puntos neurálgicos de la capital Santiago, en la Plaza Baquedano, llamada popularmente Plaza Italia, pero rebautizada por los ciudadanos como Plaza de la Dignidad (Márquez, 2020: 3). Algunos de los grafitis y pancartas más populares manifiestan lo siguiente (Molina, 2020: 23-92):

- “Hasta que la dignidad se haga costumbre”.
- “¡Chile Despertó!”.
- “Me sobra mucho mes al final del sueldo”.
- “Si no hay pan para el pobre, No habrá paz para el rico”.

<sup>5</sup> Según la OCDE, Chile es uno de los tres países latinoamericanos con más desigualdad de ingreso, disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/2020/03/09/segun-informe-de-la-ocde-chile-es-uno-de-los-tres-paises-latinoamericanos-mas-desiguales-en-cuanto-a-ingresos/>.

<sup>6</sup> En las protestas populares, iniciadas desde octubre de 2019, se han cometido numerosas violaciones a los derechos humanos, constatadas por diversos organismos internacionales. Entre otros, véase Human Rights Watch en <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336397> y Amnistía Internacional en <https://amnistia.cl/informe/capitulo-de-chile-informe-anual-2020-21/>.

- “Lamento que mi protesta colapse tu tránsito, pero tu INDIFERENCIA colapsa mi país”.
- “No es necesario ser comunista para querer un mundo mejor”.
- “No tengo miedo a la muerte. Tengo miedo a jubilar”.
- “Al Congreso: Si no suben las jubilaciones al menos aprueben ley de eutanasia”.
- “No + rifas y bingos. X una salud digna”.
- “SAQUEO es que un universitario tenga que pagar por 20 años lo que un diputado gana en 2 meses”.
- “Nos quieren sacar los ojos porque saben que ya los abrimos”.
- “Lucha hasta que valga la pena vivir”.
- “Soy Nutricionista, y violento es que el 50% de los adultos mayores que ingresan a los hospitales padezcan DESNUTRICIÓN”.
- “Violencia es llamar a los años de abusos «NORMALIDAD»”.

Este es el clamor de los chilenos en las manifestaciones. La noción de dignidad como estatus —que hemos expuesto en este trabajo— se relaciona con muchas de las falencias denunciadas en este movimiento popular, aunque resulta obvio que la exigencia de “dignidad” del movimiento popular chileno no se basa en la noción de Waldron sino en una perspectiva intuitiva y popular, que en todo caso alude a lo mismo que sugiere Waldron, el pueblo chileno se siente con un estatus disminuido en relación a la élite gobernante. Y por ello la perspectiva de Waldron es útil en este análisis.

En esta parte revisaremos cómo puede consagrarse la dignidad como estatus en el nuevo articulado constitucional chileno, específicamente en la parte dogmática de la Constitución, respecto de los derechos laborales.

Lo anterior no impide que la noción de dignidad pueda tener un rol protagónico en otros artículos de la Constitución, como por ejemplo, en la no discriminación, en la prohibición de tratos crueles y degradantes (Waldron, 2010b: 281-283), y en la libertad de expresión (Carmi, 2008: 277-374 y Waldron, 2010a: 1596-1657). Pero nos hemos focalizado en los derechos laborales por varias razones. Primero, por su efecto redistributivo (Davidov, 2016: 57-59), clave para superar las desigualdades en Chile, segundo, porque la dignidad como estatus puede sustentar el establecimiento de reglas que *prima facie* debieran ser competencia de ley, y tercero, porque una consagración en términos absolutos de la dignidad como

estatus podría llevarnos a un cambio de paradigma en materia laboral y a un cambio del sistema capitalista.

El derecho laboral resulta clave en la protección de los ciudadanos (en su gran mayoría, trabajadores subordinados), tanto por el derecho individual del trabajo como por el colectivo o sindical.

Si numerosos chilenos exigen que “la dignidad se haga costumbre”, será necesario establecer en la nueva Constitución derechos laborales vinculados al respeto de la dignidad del trabajador, y la noción de Waldron constituye un aporte en este sentido.

Waldron ha enfatizado que, en el caso de las personas en situación de calle (*homeless*), la posibilidad de satisfacer sus necesidades más básicas como orinar, cocinar o dormir, son indispensables para el eventual goce de todos sus demás derechos y libertades. En sus palabras:

Podemos decir que si valoramos la autonomía deberíamos considerar la satisfacción de sus condiciones previas como una cuestión de importancia ya que, de lo contrario, nuestros valores simplemente suenan vacíos en lo que respecta a las personas reales. Además, aunque no hay nada particularmente digno en dormir u orinar, hay algo profundamente indigno en que un ser humano se vea impedido de hacerlo (Waldron, 1991: 320).

Y en cierta forma los derechos laborales constituyen también una condición previa para el goce de otros derechos fundamentales.

Desarrollaremos la perspectiva de Waldron en cuatro estadios en materia laboral, de menor a mayor intensidad, a saber, la perspectiva redistributiva en derecho laboral, el derecho laboral como límite a las potestades del empleador, la renta básica universal, y la superación del trabajo subordinado.

### 1. *La perspectiva redistributiva de derecho laboral*

El derecho laboral ha sido muy relevante para la redistribución del ingreso en el sistema capitalista (Davidov, 2016: 57-59).

La tradición de derechos laborales en las constituciones es centenaria, desde el artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917 (De la Cueva, 1994: 399). Luego se aprobaría la Constitución de Weimar y se crearía en el mismo año, 1919, la Organización Internacional del Trabajo, cuya

Constitución fue influenciada por el texto mexicano de 1917 (Palacio, 2018: 23 y 24).

En 1944, la OIT aprobará la Declaración de Filadelfia, que será agregada como anexo a la Constitución de este organismo, reconociendo que el trabajo no es una mercancía (apartado I), y afirmando luego que la paz sólo puede basarse en la justicia social, reconociendo en su apartado II, letra a, que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Este principio de dignidad consagrado en la Declaración de Filadelfia obliga a otorgar seguridad física y económica a los seres humanos para que puedan ejercer sus libertades (Supiot, 2011: 24 y 25).

Otras declaraciones y tratados contemplan ampliamente derechos laborales, siendo el más importante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos artículos 6o. y 7o. establecen el derecho al trabajo, a una remuneración equitativa, a condiciones de existencia dignas para los trabajadores y para sus familias, a la seguridad, a la higiene, a la igual oportunidad para todos de ser promovidos, al derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de las horas de trabajo y el derecho de vacaciones o feriado. Además, su artículo 8o. establece los derechos sindicales que no sólo sirven para redistribuir sino también para limitar el poder del empleador (ver párrafo 2 siguiente).

La actual Constitución chilena de 1980 establece los derechos laborales en su artículo 19, núms. 16 y 19, con una redacción insuficiente. En efecto, el artículo 19, núm. 16, párrafos primero y segundo, dispone:

La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con derecho a una justa retribución.

La Constitución actual no consagra el derecho al trabajo, y, aunque la doctrina ha interpretado que el derecho laboral tiene rango constitucional por las frases “y su protección” y “justa retribución” (Bulnes, 1980: 210-214 y Gamonal, 2013a: 425-458), sería mejor que fuera expresamente establecido, sobre todo si estimamos que los trabajadores deben “subir de estatus” en la perspectiva de Waldron.

Por tanto, la nueva Constitución chilena debiera contemplar, expresamente, la fórmula de la Declaración de Filadelfia: “el trabajo no es una

mercancía”, así como la idea de que el derecho del trabajo debe guiarse por la idea protectora del débil y asegurar la dignidad de los trabajadores en este globalizado siglo XX (Fudge, 2011: 120-136 y Blackett, 2011: 420-436).

## 2. *El derecho laboral como límite a las potestades del empleador*

El contrato de trabajo no es un simple contrato desnivelado, en que la parte fuerte impone condiciones leoninas al débil y, por ello, deben establecerse derechos mínimos en favor de este último. En el contrato de trabajo una parte queda bajo el poder de la otra, de forma que debe ejecutar las faenas bajo subordinación del contratante fuerte.

Es decir, la estructura del lugar de trabajo conlleva relaciones que dominan una parte importante de la vida del trabajador (Sunstein, 1984: 1049). Esta dominación se contextualiza por la jerarquía impuesta al trabajador y por su falta de *agencia*. Al respecto, Anderson, como muchos otros antes, ha denunciado el ámbito de autoritarismo que reina al interior de las empresas (Anderson, 2017: 37 y ss.) y es por ello que suele hablarse de relaciones de dominación al interior de las mismas (Wright, 2015: 66). Esta visión no es nueva, Menger hace 130 años denunciaba la relación de dominación que subyacía en la relación obrero-patronal (Menger, 1998: 279).

¿Cuál ha sido el remedio del derecho del trabajo a esta vulnerabilidad de los trabajadores? La protección contra el despido, el derecho de huelga y la democracia industrial.

Que el despido deba ser por justa causa permite que el trabajador tenga ciertas seguridades, y que no esté bajo la coacción permanente de ser despedido por una decisión arbitraria (Gamonal, 2017: 53-89). En palabras de Baylos y Pérez, con las causales de término, la violencia del despido es sometida a la civilización democrática (Baylos y Pérez, 2009: 47).

El derecho de huelga concede a la libertad de asociación, en materia laboral, la necesaria efectividad para que los trabajadores puedan negociar de igual a igual con sus empleadores, y de esta forma, tutelar diversos aspectos de su personalidad (Gamonal, 2020: 405). Aunque la libertad sindical ha sido reconocida desde los inicios de la OIT en 1919 y desde la Constitución mexicana, sólo luego de la Segunda Guerra Mundial se ha interpretado que la huelga es un derecho fundamental que forma parte esencial de la libertad sindical (Gamonal, 2020: 85-87).



La democracia industrial alude a la participación de los trabajadores en la toma de decisiones dentro de la empresa, es decir, que puedan participar en la fijación de las condiciones laborales que los regirán (Windmuller, 1987: 23 y 24). La democracia industrial puede desarrollarse a través de la negociación colectiva (Clegg, 1985: 107), así como por medio de otras opciones institucionales al interior de la empresa, por ejemplo, los consejos de trabajo y la codeterminación (Poole, 1993: 200).

Estos tres remedios a la dominación fueron desarrollándose desde los orígenes del derecho laboral, aunque su reconocimiento constitucional no es generalizado sino más bien de rango legal, con excepción del derecho de huelga.

En la Constitución actual de Chile, de 1980, la libertad sindical se establece en forma bastante restrictiva, contemplando la negociación colectiva a nivel de empresa y prohibiendo la huelga en el sector público, sin consagrarla expresamente en el sector privado, lo cual ha operado en concordancia con las normas limitativas de la libertad sindical del Código del Trabajo (Irueta, 2006 y Gamonal, 2013b: 105-127). Además, no hay normas constitucionales que se refieran al término de contrato o a la democracia industrial.

Por tanto, si tomamos en serio a la dignidad como estatus, deberíamos limitar las potestades del empleador al consagrar que el despido deba ser por justa causa. En otras palabras, un trabajo digno implica que el despido sólo puede operar ante justa causa (Barak, 2015: 299 y 300).

Asimismo, debiera consagrarse el derecho de huelga, como en numerosas constitucionales de América Latina y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8o., letra d).

Por último, la dignidad como estatus exige la participación de los trabajadores dentro de la empresa, es decir, la democracia industrial en varios niveles, desde la información y la consulta, hasta la codeterminación. La cogestión, tan característica del derecho alemán del trabajo, es también una característica europea, de hecho, desde 2001 la regulación de la sociedad anónima europea exige la implicación de sus trabajadores en la gestión de la misma.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Directiva/2001/86/CE: “Artículo 2.h: información, consulta y participación o cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adoptan en la empresa”.

### 3. *La renta básica universal*

Si la perspectiva de Waldron es cierta, en el sentido de que la dignidad expresa la idea de un rango alto e igualitario para todos los seres humanos, sin excepción (Waldron, 2012: 14), los dos enfoques anteriores podrían ser insuficientes y quizás el debate que asumiera en serio la dignidad como estatus debiera consagrar, en el nuevo texto constitucional, una renta básica universal para todos los ciudadanos.

Hemos dicho que Anderson ha denunciado el ámbito de autoritarismo que reina al interior de las empresas (Anderson, 2017: 37 y ss.), y este autoritarismo se presenta contradictorio con la noción republicana de libertad como no dominación, es decir, no estar sometido a la voluntad arbitraria de otro (Anderson, 2017: 45 y 46). Pettit ejemplariza la dominación como la relación entre el amo y el esclavo o el amo y el siervo, donde la parte dominante puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada, puede interferir a su arbitrio, no tiene que buscar la venia de nadie, y nadie lo castigará o controlará por sus decisiones (Pettit, 2020: 41).

Aunque existan condiciones mínimas en favor de los trabajadores, reglas para terminar el contrato por justa causa, derecho a huelga y democracia industrial, los trabajadores siguen ocupando una situación de subordinación.

Si las condiciones laborales son deplorables, los afectados deberán demandar tutela administrativa (inspección del trabajo) o judicial, ambas costosas y muchas veces demorosas; en otras palabras, aunque tenga éxito el reclamo administrativo, el denunciante queda sujeto a represalias, y no es un misterio que los juicios laborales suelen ser demorosos en todo el mundo, incluso a veces pueden pasar años antes de una sentencia. La huelga implica la pérdida de los salarios y no puede resolver cada conflicto en la empresa, no puede haber huelgas permanentes sin que el sistema se desmorone. Asimismo, la democracia industrial es un gran paso pero no ha impedido que, por ejemplo, en los países de capitalismo avanzado las empresas se hayan deslocalizado a otros países con menores costos laborales, y tampoco ha suprimido la potestad de mando del empleador.

Por lo anterior, consagrar una renta básica universal puede implicar un paso más en favor de la igualdad de estatus de todos los ciudadanos y, por cierto, de los trabajadores.

La renta básica alude a “un ingreso conferido por una comunidad política a todos sus miembros, sobre una base individual, sin control de recursos ni exigencia de contrapartida” (Parijs y Vanderborght, 2015: 41), es decir, todo residente de un país recibe un estipendio mensual suficiente para vivir con un nivel de vida respetable culturalmente definido, por encima del límite de la pobreza (Wright, 2015: 226). Esta propuesta, entre otras virtudes, puede generar mayor igualdad en los mercados laborales, elimina la pobreza y reconoce la importancia del trabajo de reproducción (Wright, 2015: 227 y 228). Con una renta básica, el temor al despido, al acoso sexual y laboral, o al uso abusivo de los poderes de mando disminuye, otorgando *agencia* al trabajador dentro y fuera de la empresa.

Si se desea avanzar en la consagración de la dignidad como estatus, la renta básica universal puede ser una alternativa atractiva (Parijs y Vanderborght, 2015: 91-124 y Standing, 2014: 310-326). Obviamente, la nueva Constitución debiera consagrarla como un derecho fundamental que luego deberá ser regulado por ley en todos sus detalles.

#### 4. *La superación del trabajo subordinado*

No obstante todo lo dicho, puede ser que el trabajo subordinado tenga un pecado original de tal magnitud que ni siquiera una renta básica universal pueda salvarlo, si tomamos en serio el planteamiento de Waldron. Es decir, ¿puede haber una relación de subordinación entre dos personas del mismo estatus?

En la primera mitad del siglo XIX, Tocqueville se escandalizaba con el trabajo subordinado que observaba en Estados Unidos de América:

El amo y el obrero no tienen nada de semejante y cada día difieren más: son como los dos anillos finales de una cadena. Cada uno ocupa el puesto que le está destinado, del cual no sale jamás. El uno se halla en relación de dependencia continua, estrecha y necesaria con el otro, y parece nacido para obedecer, como éste para mandar. ¿Y qué es esto sino aristocracia? (Tocqueville, 2009: 515).

Quizás Kant es el más categórico en este punto:

El muchacho empleado en casa de un comerciante o fabricante, el sirviente que no está al servicio del Estado, el *pupilo* (*naturaliter*, *vel civiliter*); todas

las mujeres, y en general cualquiera que se encuentra compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro (Kant, 2004: 149, destacado en el original).

Para el derecho laboral, el poder privado del empleador es de tal magnitud que la doctrina suele compararlo con el del Estado (Gamonal, 2004: 75; Oliver, 2011: 344, y Alon-Shenker y Davidov, 2013: 379), es decir, el empleador dentro de su empresa sería una suerte de mini “Estado” de tipo monárquico o dictatorial (Palma, 2000: 247).

Para David Ellerman, la idea de la existencia del contrato de trabajo subordinado constituye un imposible, dado que conlleva una suerte de enajenación de la personalidad que debe conducir a la nulidad radical de cualquier tipo de contrato de trabajo (Ellerman, 2015: 3-18).

Ellerman denuncia que, si fuéramos consecuentes, deberíamos aplicar al contrato de trabajo las mismas críticas a los argumentos contractualistas a favor de la esclavitud. Estos argumentos contractualistas postulaban, por ejemplo, que el hombre libre, apresado en combate, y que devenía en estado de esclavitud, había dado su consentimiento, ya que, en dicha situación, subyacía un contrato tácito entre el captor y el capturado, con base en el cual el precio de perdonarle la vida era la esclavitud (Ellerman, 2015: 18). Este consentimiento tácito es una falacia, dado que los derechos fundamentales son inalienables (Ellerman, 2015: 7), y no puede haber algo así como una alquiler voluntario de personas (Ellerman, 2015: 14).

Ellerman describe el contrato de trabajo como un contrato de enajenación donde una persona adulta con plena capacidad acepta voluntariamente, por cualquier motivo y a cambio de cualquier consideración, un papel legal menor. Sin embargo, lo anterior no aliena su capacidad como persona para cumplir ese papel legal disminuido. En cambio, se acepta legalmente su obediencia al amo como “cumplimiento” del contrato. Por tanto, los derechos y obligaciones siguen su curso legal, como si la persona no fuera de hecho una persona de plena capacidad. Todo el esquema equivale a una ficción y a un fraude a escala institucional que, sin embargo, desfila en el escenario histórico como una institución contractual válida (Ellerman, 2015: 17).

Si esta perspectiva es acertada y la nueva Constitución desea consagrar hasta sus últimas consecuencias la dignidad como estatus, quizás debiera

alterarse el sistema económico capitalista y superarse el trabajo subordinado. Sin embargo, es probable que hayamos llegado demasiado lejos en estas reflexiones, y que desde el ámbito de lo posible estemos arribando a la frontera de la utopía.

## V. CONCLUSIONES

Como mencionábamos en la introducción, la dignidad es un concepto complejo y de difícil definición (Andorno, 2011: 138), y por ello es seductora la noción de dignidad como estatus de Waldron, dado que posibilita un acercamiento concreto para el derecho constitucional.

En este artículo hemos explorado la noción de dignidad como estatus y su aporte eventual a la que será la nueva Constitución chilena, centrándonos en el caso del derecho laboral.

Hemos caminado con esta noción de menor a mayor intensidad, primero desde la perspectiva redistributiva en derecho laboral, luego considerando al derecho laboral como límite a las potestades del empleador, explorando a continuación la renta básica universal, y finalizando con una propuesta de momento utópica: la superación del trabajo subordinado.

La noción de Waldron sustenta los dos primeros enfoques, redistributivo y de limitación de las potestades del empleador. Este aporte puede considerarse trivial, es decir, no necesitamos la noción de Waldron para justificar su inclusión en la Constitución chilena. Pero las normas laborales en las constituciones chilenas han sido más bien modestas, y en este sentido la dignidad como estatus puede ayudar a su actual inclusión y a fundar su rango constitucional y no sólo legal. En la tercera perspectiva, de renta básica universal, la noción de Waldron puede ser un soporte importante, dado que más allá de casos puntuales de implementación (Bregman, 2017: 33-51 y 77-94), aún no es una realidad en el mundo. Por último, la propuesta de Waldron puede también sustentar cambios radicales en el sistema capitalista, lo cual escapa a los objetivos de este artículo.

No cabe duda de que la noción de dignidad como estatus deberá jugar un rol relevante en la consagración de ciertos derechos constitucionales en Chile, si desea alcanzarse la anhelada paz social que todo proceso constituyente persigue.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALON-SHENKER, P. y DAVIDOV, G. (2013). “Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts”. *McGill Law Journal*. Vol. 59. Núm. 2.
- ANDERSON, E. (2017). *Private Government*. Princeton: Princeton University Press.
- ANDORNO, R. (2011). “Four Paradoxes of Human Dignity”. En JOERDEN, J. *et al.* (eds.), *Menschenwürde unde moderne Medizintechnik*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- BARAK, A. (2015). *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BAYLOS, A. y PÉREZ, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.
- BELOFF, M. y CLÉRICO, L. (2016). “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*. Año 14. Núm. 1.
- BLACKETT, A. (2011). “Emancipation in the Idea of Labour Law”. En DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (eds.). *The Idea of Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- BREGMAN, R. (2017). *Utopía para realistas*. Barcelona: Salamandra.
- BULNES, L. (1980). “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*. Núm. 28.
- BURKE, E. (1993). *Reflections on the Revolution in France*. Oxford: Oxford University Press.
- CARMI, G. (2008). “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”. *Boston University International Law Journal*. Vol. 26.
- CLAVERO, B. (2014). *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- CLEGG, H. (1985). *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva. Una teoría basada en la comparación de seis países*. Madrid. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- DALY, E. (2021). *Dignity Rights. Courts Constitutions, and the Worth of the Human Person*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

- DAVIDOV, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- DE LA CUEVA, M. (1994). *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva*. Recopilación de escritos realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica.
- DONNELLY, J. (1982). "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights". *The American Political Science Review*. Vol. 76.
- ELLERMAN, D. (2015). "On the Renting of Persons: The Neo-Abolitionist Case Against Today's Peculiar Institution". *Economic Thought*. Vol. 4. 1.
- FUDGE, J. (2011). "Labour as a «Fictive Commodity»: Radically Reconceptualizing Labour Law". En DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (eds.). *The Idea of Labour Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- GAMONAL, S. (2020). *Derecho colectivo del trabajo*. 3a. ed. Santiago: DER.
- GAMONAL, S. (2017). "El despido libre en el contrato de trabajo estadounidense". *Revista Chilena de Derecho Privado*. Núm. 28.
- GAMONAL, S. (2013a). "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena". *Estudios Constitucionales*. Año 11. Núm. 1.
- GAMONAL, S. (2013b). "El derecho de huelga en la Constitución chilena". *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Año 20. Núm. 1.
- GAMONAL, S. (2004). *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- HERZOG, D. (2012). "Aristocracy Dignity?". En *Dignity, Rank, & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- IRURETA, P. (2006). "Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 núm. 16 de la Constitución chilena". *Colección de Investigaciones Jurídicas*. Núm. 9, Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- IZQUIERDO, Ana Luisa (1994). *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica.
- KANT, I. (2004). *Principios metafísicos del derecho*. Sevilla: Ediciones Espuela de Plata.
- KELLER, L. (2003). "The American Rejection of Economics Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of

- Happiness Require Basic Economic Rights?”. *New York Law School Journal of Human Rights*. Vol. 19. Núm. 2.
- MÁRQUEZ, F. (2020). “Por una antropología de los escombros. El estallido social en Plaza Dignidad”. *Revista 180*. Santiago de Chile. 45.
- MEDINA, C. (1996). “El derecho internacional de los derechos humanos”. En MEDINA, C. y MERA, Jorge (eds.). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- MELTZER, L. (2011). “The Jurisprudence of Dignity”. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 160.
- MENGER, A. (1998). *El derecho civil y los pobres*. Granada: Comares.
- MOLINA, R. (2020). *Hablan los muros. Grafitis de la rebelión social de octubre de 2019*. Santiago: Lom.
- OLIVER, H. (2011). “Employment Law”. En HOFFMAN, David (ed.). *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- PALACIO, J. (2018). “Introduction. Labor Justice across the Americas”. En FINK, Leon y PALACIO, Juan Manuel (eds.). *Labor Justice across the Americas*. Urbana: University of Illinois Press.
- PALMA, M. (2000). *Da Autonomia Dogmática do Directo do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- PARIJS, P. van y VANDERBORGHT, Y. (2015). *La renta básica*. Barcelona: Ariel.
- PETTIT, P. (2020). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- PNUD (2017). *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago: Uqbar Editores.
- POOLE, M. (1993). *Relaciones Industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- ROMERO, S. (2015). “Chile Joins other Latin American Nations Shaken by Scandal”. *New York Times*. 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/04/10/world/americas/chile-joins-other-latin-american-nations-shaken-by-scandal.html>.
- ROSEN, M. (2012). “Dignity Past and Present”. En *Dignity, Rank, & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.



- SHULZTINER, D. y CARMÍ, G. (2014). "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Danger". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 62.
- SIKKINK, K. (2017). *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press.
- STANDING, G. (2014). *Precariado. Una carta de derechos*. Madrid: Capitán Swing.
- SUNSTEIN, C. (1984). "Rights, Minimal Terms, and Solidarity: A Comment". *University of Chicago Law Review*. Vol. 51.
- SUPIOT, A. (2011). *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado*. Barcelona: Ediciones Península.
- TOCQUEVILLE, A. (2009). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VAN PARIJS, P. y VANDERBORGHT, Y. (2015). *La renta básica*. Barcelona: Ariel.
- WALDRON, J. (2019). "Human Dignity-A Pervasive Value". *Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Working Paper núm. 19-51. New York University School of Law.
- WALDRON, J. (2013). "Citizenship and Dignity". En MCCRUDDEN, Christopher (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2012). *Dignity, Rank & Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2010a). "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate". *Harvard Law Review*. Vol. 123.
- WALDRON, J. (2010b). "Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXIII. Núm. 2.
- WALDRON, J. (1991). "Homelessness and the Issue of Freedom". *UCLA Law Review*. Vol. 39.
- WINDMULLER, J. (1987). *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*. Madrid: Informes OIT y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- WRIGHT, E. (2015). *Construyendo utopías reales*. Madrid: Akal.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El control de la constitucionalidad de la ley en México\*

### *Constitutionality control of the Law in Mexico*

*Recepción:* 30 de septiembre de 2020

*Aceptación:* 4 de septiembre de 2021

Carla HUERTA OCHOA \*\*

**RESUMEN:** El control de constitucionalidad, reconocido en general como el medio jurídico más importante de salvaguarda del Estado de derecho, tiene como finalidad evaluar la conformidad de los actos de autoridad y de las normas inferiores con la Constitución. En este artículo, se aborda solamente en relación con lo previsto en el sistema jurídico mexicano sobre el control judicial de la constitucionalidad de la ley. Para lograr dicho objetivo, se ofrece una explicación del sistema de control de la constitucionalidad, actualmente operante en México, para reflexionar, desde la perspectiva de la teoría del derecho constitucio-

**ABSTRACT:** *The purpose of the control of constitutionality, by and large recognized as the most important legal instrument to safeguard the rule of law, is to evaluate the conformity of acts of authority and inferior norms with the Constitution. This article only addresses the provisions of the Mexican legal system on the judicial control of the constitutionality of the law. To achieve this objective, an explanation of the control system of constitutionality currently in operation in Mexico is offered to reflect, from the perspective of the theory of constitutional law and the law in force, on the means and the parameter of control of*

---

\* Este trabajo se ha efectuado en mi condición de integrante del proyecto I+D DER 2016-78391-P, “El control de la ley: constitucional, comunitario y convencional”, de la Agencia Estatal de Investigación Española (Ministerio de Ciencia, Investigación y Universidades. No solamente por haber sido diseñado, siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América, sino también por haber previsto un modelo de control difuso junto con un control concreto.

\*\* Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. ORCID: 0000-0002-7457-5822; [chuerta@unam.mx](mailto:chuerta@unam.mx).

nal y el derecho vigente, sobre los medios y el parámetro de control de la constitucionalidad de la ley, así como los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad.

*the constitutionality of the law, as well as the legal effects of the declaration of unconstitutionality.*

**Palabras clave:** Constitución, sistema de control, revisión de constitucionalidad de la ley, declaración de invalidez.

**Keywords:** *Constitution, control system, constitutional review of the Law, declaration of invalidity.*

SUMARIO: I. *El modelo de control de constitucionalidad en México.* II. *Presupuestos del control de la constitucionalidad.* III. *La Constitución como criterio de validez.* IV. *El parámetro de control de la constitucionalidad de la ley.* V. *La ley como objeto del control.* VI. *Los órganos de control jurisdiccional.* VII. *La declaración de inconstitucionalidad.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

## I. EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

Conforme a la clasificación elaborada por la doctrina, el modelo de control de la constitucionalidad de la ley previsto en la Constitución mexicana se asemeja más al sistema americano que al europeo. Esto se debe en parte, al control previsto en el artículo 133 que se caracteriza por la facultad atribuida a los jueces para inaplicar en un proceso concreto las disposiciones normativas secundarias que contravengan la Constitución para resolverlo. Es un control de tipo difuso de la constitucionalidad, dado que cualquier órgano judicial puede realizarlo.

La Constitución mexicana prevé además otros medios de control de la constitucionalidad, como es el respeto que deben a la Constitución los funcionarios públicos, previsto en su artículo 128, y formas más elaboradas de control jurisdiccional como son: el amparo,<sup>1</sup> las controversias constitu-

<sup>1</sup> El amparo, regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales, se configura como un juicio que se sigue siempre a instancia de parte agraviada, su objeto es proteger a una persona en el caso específico, y las sentencias solamente tienen efectos *inter partes*. Cabe mencionar que actualmente el control de convencionalidad (o control *ex officio* de constitucionalidad) es posible respecto de todas las normas sujetas a conocimiento de los

cionales y la acción de inconstitucionalidad.<sup>2</sup> Estas formas de control concentrado son complementarias de lo previsto en el artículo 133, lo que da lugar a un sistema mixto. El amparo no será analizado en este ensayo, ya que los jueces competentes no están facultados para emitir una declaración general de inconstitucionalidad de la ley.<sup>3</sup>

La función de control de la constitucionalidad de los actos de la autoridad (incluidos, por supuesto, los actos normativos creadores de normas generales), es la principal garantía del Estado de derecho, pues hace efectivos los límites al ejercicio del poder público, y tiene como finalidad evaluar la conformidad de los actos y normas inferiores con la Constitución.

Los orígenes del control de constitucionalidad en México se encuentran en el siglo XIX, con la creación del amparo que se atribuye a Manuel Crescencio Rejón, en la Constitución yucateca de 1841. A partir de entonces, se produce una conciencia de la necesidad de realizar un control jurídico del ejercicio del poder y de la constitucionalidad a través del amparo, institución que queda consolidada en la Constitución mexicana de 1857.<sup>4</sup> En el artículo 98 de dicha Constitución se encuentra además una forma de control general de la constitucionalidad de la ley, disposición que después de las reformas de 1917 pasa al artículo 105 constitucional que regula el control de constitucionalidad de las leyes por invasión de esferas competenciales.<sup>5</sup>

En la evolución del sistema de control, cabe destacar las reformas de 1994 que adicionan la acción de inconstitucionalidad, con lo cual se am-

---

órganos jurisdiccionales del Poder Judicial federal, tanto en amparo directo como indirecto. Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 351/2014. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre de 2021.

<sup>2</sup> En materia de control de la constitucionalidad de la ley, el artículo 104 constitucional prevé que es competencia exclusiva de la Suprema Corte conocer estas formas de control de constitucionalidad de la ley que regula el artículo 105 constitucional.

<sup>3</sup> La jurisprudencia señala que el objeto del amparo, como juicio protector de los derechos fundamentales, es el control de los actos de la autoridad responsable (independientemente de su naturaleza formal). Juicio de amparo. Es un medio para el control de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los actos de autoridad. Tesis I.5o.C. J/1 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1305.

<sup>4</sup> En la Constitución mexicana de 1857 se regula el amparo en los artículos 101 y 102.

<sup>5</sup> En realidad, antes de la reforma de 1994, se interpusieron pocas controversias constitucionales, en parte por la forma errónea en que se comprendía la operatividad de la Constitución.

plían y consolidan las formas de depuración del sistema normativo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) actúa, a partir de dicha reforma, más bien como un tribunal constitucional, ya que sus funciones se enfocan a la protección de la Constitución.<sup>6</sup>

Los medios de control de la constitucionalidad previstos en el artículo 105 de la Constitución son, como el amparo, formas de control concentrado. Se puede decir que la intención del Constituyente originario fue la de prever dos sistemas de control con objeto y fines distintos, y cuyos efectos fueran diferentes. La controversia constitucional es una forma de control concreto que se sigue a instancia de parte agraviada, y tiene por objeto conocer de los asuntos de carácter controversial entre los miembros de la Federación y sus órganos de gobierno, excepto en materia electoral. Su finalidad es preservar la vigencia del principio de división de poderes y de distribución competencial entre los distintos ámbitos de gobierno de la Federación mexicana. Las acciones de inconstitucionalidad, en cambio, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. Es un medio de control *a posteriori*, cuya finalidad es preservar la supremacía de la Constitución, que se puede considerar como de tipo abstracto ya que no requiere de un agravio. En ambos casos es posible la declaración de invalidez general de una norma, a diferencia de las resoluciones de amparo, cuyos efectos solamente pueden ser relativos por ser un control concreto de los derechos fundamentales.<sup>7</sup>

En el sistema jurídico mexicano, el control de la constitucionalidad, a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, es llevado a cabo por el Poder Judicial federal. La regla general es que el control de constitucionalidad lo lleva a cabo un órgano distinto al que realiza el acto que se considera incompatible con la Constitución. El objetivo es proteger la esfera de acción de los individuos, las esferas competenciales de las entidades federativas y la Federación para preservar su autonomía, así como la coherencia del sistema jurídico al hacer posible depurarlo de las normas inconstitucionales cuando son privadas de su validez.

---

<sup>6</sup> Publicada en *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 31 de diciembre de 1994.

<sup>7</sup> Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional. Tesis P./J. 71/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 965; esta tesis sintetiza las principales diferencias entre los medios de control previstos en las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

La Suprema Corte ha señalado que el control de la constitucionalidad de las normas inferiores es una función del “orden total” o “constitucional”,<sup>8</sup> por lo que en el ejercicio de esas atribuciones, el órgano competente para controlar la constitucionalidad no actúa simplemente como un órgano federal, sino que en virtud de la competencia constitucional que ejerce, se coloca por encima de los órganos en conflicto como un órgano neutral. Esto le permite vigilar, desde una posición jerárquicamente superior, que los actos y disposiciones normativas de la Federación, las entidades federativas y los municipios sean conformes a la Constitución.

En consecuencia, al aplicar normas constitucionales directamente, los órganos federales no estarían subordinados a las normas del orden federal, ya que ejercen una función del orden constitucional. En el caso del control de la constitucionalidad, aunque las normas secundarias regulan el procedimiento, la función de control es propia de ese “orden total”, ya que los tribunales competentes pueden aplicar directamente la Constitución.<sup>9</sup> Asimismo, las resoluciones que interpretan la Constitución de manera vinculante, si producen una modificación de la norma constitucional se consideran como resultado de un acto del orden constitucional.

Este orden constitucional es, según la Suprema Corte, el que establece en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deben sujetarse la Federación, las entidades federativas y los municipios. De modo que la distinción hecha respecto de los mencionados órdenes, o niveles, solamente es aplicable a la cuestión competencial, pues por lo que a los derechos fundamentales se refiere, la Constitución establece obligaciones que deben ser respetadas sin distinción por las autoridades de todos los órdenes.

---

<sup>8</sup> La Suprema Corte adoptó en sus resoluciones la tesis de Schmill, según la cual en el sistema jurídico mexicano existen tres órdenes normativos distintos que se pueden jerarquizar: el orden total (o constitucional) que es supremo y los órdenes federal y local que se encuentran subordinados al total. Schmill (1977: 140). Actualmente reconoce también el orden municipal como distinto. Controversia Constitucional 14/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1887.

<sup>9</sup> La jurisprudencia ha establecido que el orden constitucional tiene una “naturaleza total”, “en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho”, lo cual determina el alcance de este orden. *Cfr.* Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional, a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución federal. Tesis P/J. 98/99. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, p. 703.

## II. PRESUPUESTOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los presupuestos del modelo de control de la constitucionalidad en México son el carácter de norma jurídica de la Constitución, así como su función y su posición en el sistema jurídico. Considerar a la Constitución como norma implica principalmente reconocer que produce efectos jurídicos y que su cumplimiento es obligatorio y, por lo tanto, exigible.<sup>10</sup> Su carácter de norma jurídica se hace patente en la previsión de medios de control de la constitucionalidad.

Dado que el derecho se distingue de otros tipos de normatividad porque regula su propia creación, esto debe hacerse en la norma suprema.<sup>11</sup> Así, la Constitución regula la producción normativa por lo que funda y conforma el sistema jurídico, en consecuencia, su fuerza y eficacia normativas derivan de su posición en el sistema jurídico. Como primera norma del sistema regula los procedimientos de creación, y de su conformidad con ella derivan cadenas de validez de las normas. Si el derecho se caracteriza por la creación y la aplicación de normas como decía Kelsen (1988: 157),<sup>12</sup> entonces el control de la constitucionalidad se realiza respecto de dos tipos de objetos distintos: normas (actos de creación normativa) y actos (o acciones de aplicación de normas). En términos generales, se podría decir que en el derecho mexicano las acciones de inconstitucionalidad controlan la regularidad de las normas, mientras que la controversia constitucional y el amparo también controlan actos de aplicación.<sup>13</sup> En un sistema ordenado jerárquicamente, según el modelo kelseniano como es el diseño del sistema jurídico mexicano,<sup>14</sup> todo acto de creación, excepto el del Consti-

---

<sup>10</sup> Hamon y Troper (2013: 44-45) distinguen las funciones jurídicas de las políticas de la Constitución en virtud de su complejidad, aquí se considera únicamente su función jurídica, que consideran como triple: fundamentar la validez del sistema jurídico, determinar las modalidades de designación de gobernantes y sus competencias, y enunciar principios que justifiquen las reglas positivas y su ulterior interpretación.

<sup>11</sup> Kelsen (1988: 156) sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individualizadas “entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación” (p. 156).

<sup>12</sup> Para Kelsen (1988: 157), la “creación del derecho es siempre aplicación del mismo”, en su opinión, “normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho”, excepto los casos limítrofes.

<sup>13</sup> Por vía de controversia constitucional, pueden impugnarse tanto normas generales como actos. Véase Tesis P./J. 71/2000, cit. *supra* nota 6.

<sup>14</sup> Esto se observa en el artículo 133 constitucional, como se verá más adelante, así como en la interpretación de éste hecha por la Suprema Corte.

tuyente originario, es un acto de aplicación. En este modelo, el legislador ordinario es el primer intérprete de la Constitución,<sup>15</sup> pues la elaboración de las leyes debe conformarse a ella, ya que una ley solamente puede ser considerada norma jurídica, ser obligatoria y servir de fundamento a otras normas, si ha sido adoptada conforme a la Constitución (Hamon y Troper, 2013: 45). De modo que el Poder Legislativo debe realizar una tarea doble: precisar y desarrollar de manera conforme los contenidos de la Constitución, y realizar un trabajo de interpretación consistente para evitar su impugnación en la mayor medida posible.

Como norma suprema del sistema jurídico, la función de la Constitución es regular y limitar el ejercicio del poder para garantizar la libertad; esto se lleva a cabo mediante la previsión de controles (Huerta, 2010: 59). El control jurídico de las conductas reguladas por la Constitución refuerza su obligatoriedad y eficacia, así también lo considera Manuel Aragón, para quien las garantías jurídicas solamente son efectivas cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales (2015: 41). El control de la constitucionalidad es uno de los tres ejes que integran la estructura de la Constitución (Huerta, 2009: 58-61)<sup>16</sup> y sustenta la supremacía constitucional subordinando al legislador y a la ley a la misma, contribuyendo así al equilibrio entre los derechos fundamentales y la distribución de funciones.

El control jurídico de la acción normativa, tanto constitucional como de ley secundaria,<sup>17</sup> constituye un elemento indispensable de la eficacia constitucional que, a su vez, sustenta su carácter obligatorio y la supremacía constitucional al subordinar la ley a la Constitución,<sup>18</sup> además de operar

---

<sup>15</sup> En ese sentido, Kelsen (2000: 349) sostiene que hay interpretación constitucional, “en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo”.

<sup>16</sup> Los otros dos ejes son los derechos fundamentales y la división de poderes que en términos del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano son un referente para la identificación formal de una Constitución.

<sup>17</sup> En México, sin embargo, de conformidad con lo sostenido por la Suprema Corte, no procede el control material de una reforma constitucional; y el artículo 61, fracción I de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013, lo prohíbe expresamente. Véase *infra* apartado 5.

<sup>18</sup> La supremacía de la Constitución es confirmada por la jurisprudencia al señalar que: “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. 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 restric-



como factor de equilibrio entre los otros dos ejes. Respecto del control de la constitucionalidad, Aragón sostiene que es necesario regular los “instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución, y éstos no son otros que los propios del control judicial, mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales”.

Para él, las garantías jurídicas solamente son efectivas cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales (Aragón, 2015: 94).

### III. LA CONSTITUCIÓN COMO CRITERIO DE VALIDEZ

Como punto de partida de la explicación del sistema de control de la constitucionalidad de la ley, por las razones indicadas previamente, se toma el modelo de Kelsen, en el cual el concepto de Constitución es desarrollado a partir de su jerarquía y función, así como de su naturaleza de norma jurídica, como “deber ser”. Por lo que a los contenidos se refiere: para Kelsen, la Constitución ha de regular los procesos de creación de normas generales, distribuir las competencias entre los órganos a cargo de la producción normativa, determinar los contenidos fundamentales y prever los procedimientos respectivos. Así, conforme a un modelo dinámico del derecho, en la Constitución se regula la producción de las normas jurídicas y, en consecuencia, el orden jurídico se organiza como un sistema escalonado de cuya norma fundamental desciende por grados el resto del orden jurídico (Kelsen, 1988: 186 y ss).

En consecuencia, la Constitución como primera norma positiva del sistema constituye el criterio último de validez formal y material del sistema. De su posición en el sistema jurídico deriva la posibilidad misma del control de la constitucionalidad de la ley en virtud de su supremacía. La Constitución como norma suprema opera como parámetro de referencia último de todas las normas del sistema y de los actos jurídicos realizados y ha de ser exigible jurídicamente. La supremacía es una cualidad que le corresponde a la Constitución como primera norma del sistema jurídico

---

ción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

que regula la producción normativa (Kelsen, 2000: 232). Esta supremacía, además de indicar la posición de la Constitución en el sistema jurídico, determina su fuerza derogatoria y su normatividad al establecer su eficacia directa.<sup>19</sup> El control de la constitucionalidad, a su vez, garantiza la supremacía de la Constitución y afirma su carácter de fuente del derecho.

La Constitución es el marco de referencia para el desarrollo y aplicación de las normas del sistema jurídico, y al regular las fuentes del derecho, fundamenta la validez de las normas que se desarrollan de manera conforme. La relevancia del modelo jerárquico radica en que se sustenta en los valores de orden, estabilidad, seguridad y responsabilidad, y además vincula al legislador ordinario a lo previsto en la Constitución. De tal forma que la Constitución se configura como parámetro de validez de las demás normas del sistema.

Formalmente hablando, es conveniente que la Constitución, como norma jurídica, sea escrita, y preferiblemente que se regule con un procedimiento especial de modificación, para asegurar su permanencia y estabilidad frente a posibles intentos de modificación por el legislador ordinario (Aragón, 1986: 23 y ss). Es por ello que en la Constitución se ha de regular su modificación y la posibilidad de controlar la constitucionalidad de sus reformas y adiciones para posibilitar la preservación de su fuerza normativa. La suprallegalidad, o supremacía legal, de la Constitución determina la subordinación del orden jurídico a la Constitución y la aplicación de las leyes conforme a la misma.<sup>20</sup> Para Aragón, esta suprallegalidad es la garantía jurídica de la supremacía de la Constitución como cualidad política, y toda Constitución pretende transformar su supremacía en suprallegalidad, pues en su opinión, la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía sólo puede operar a través de la suprallegalidad (Aragón, 1986: 23, 26).

La suprallegalidad hace posible distinguir la norma fundamental de la ley ordinaria por su forma de creación, por lo que se puede decir que la forma de la norma es un primer criterio para identificar el objeto del control

---

<sup>19</sup> Como señala De Otto (1989: 88-91), la fuerza derogatoria de una norma depende de los criterios de organización de un sistema jurídico, en general de los principios de jerarquía y distribución de materias.

<sup>20</sup> Según Aragón, la supremacía refiere una característica política de la Constitución como conjunto de reglas fundamentales, mientras que la suprallegalidad es una cualidad jurídica que resulta de su procedencia de una fuente de producción jerárquicamente superior a la de la ley (Aragón, 1986: 17, 23).

de la constitucionalidad de la ley. Además, en caso de conflicto entre leyes secundarias y la Constitución, prevalece esta última.

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad de la ley en México se rige por lo previsto en la propia Constitución en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, sirviendo de parámetro de control, lo previsto en los artículos 1o. y 133 constitucionales.

Por lo que al control difuso de la constitucionalidad de las leyes se refiere, el segundo enunciado del artículo 133 constitucional prevé que: “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

De este precepto se sigue que existe un sistema difuso de control de constitucionalidad, previsto ya en 1857.<sup>21</sup> Este artículo establece, en primer lugar, la obligación de conformar los actos a la Constitución y prevé una forma de control jurisdiccional directo de la constitucionalidad por parte de los jueces locales, que reafirma la prevalencia de la “Constitución, de las leyes federales y los tratados internacionales” en caso de incompatibilidad de las normas locales, incluidas las constituciones locales, con las normas mencionadas. Esta disposición además faculta a los jueces para no aplicar la normatividad local que contravenga esas normas, de modo que el constituyente facultó de manera expresa a los jueces locales para realizar un control de constitucionalidad de sus normas. Lo que no es claro, sin embargo, es el parámetro de control, lo cual ha llevado a diversas interpretaciones.<sup>22</sup>

Este medio de control difuso, durante mucho tiempo, no se pudo llevar a cabo, en virtud de una interpretación de la Suprema Corte que determinaba que los jueces locales no deben interpretar la Constitución federal. La jurisprudencia limitaba así el control de constitucionalidad, al interpre-

---

<sup>21</sup> El artículo 126 establecía ya, al promulgarse la Constitución de 1857, el control difuso y un parámetro de control al prever que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

<sup>22</sup> A la fecha de la reforma constitucional de 2011, la jurisprudencia establecía que solamente la Constitución se consideraba como norma suprema, por lo que las demás normas debían ser conformes a la misma y no formaban parte del parámetro de control de la constitucionalidad.

tar este precepto restrictivamente, y concluía que un control difuso de la constitucionalidad no era posible.<sup>23</sup> Con ello la Suprema Corte modificó la Constitución al interpretar el artículo 133, y suprimir el control difuso con fundamento en la existencia de otros medios de control de la constitucionalidad, como el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, como si fuesen excluyentes.<sup>24</sup> Esa interpretación era contraria a la letra de la Constitución y a la voluntad del constituyente originario que expresamente facultaba a los jueces locales para desconcentrar el control de la constitucionalidad para hacerlo expedito, además de que limitaba la protección de los derechos fundamentales.

Por lo que al control de constitucionalidad y su alcance, por parte de las entidades federativas se refiere, especialmente tras la regulación de formas de protección de los derechos fundamentales previstos en las constituciones locales, así como por la previsión de órganos jurisdiccionales locales de control de la constitucionalidad de sus constituciones, la opinión de la Suprema Corte no había sido consistente. En 2012, sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte legitimó el control constitucional local de la forma de organización de sus poderes, de la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito del orden estatal, así como la creación de tribunales constitucionales locales en virtud de la superioridad de la Constitución de cada entidad federativa sobre el resto de sus normas internas.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Este criterio se confirmó constantemente desde la década de los años cuarenta del siglo veinte. Véase control difuso de la constitucionalidad de las normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución. Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5. En México, la jurisprudencia es entendida como interpretación obligatoria, y se establece por “precedentes obligatorios”, por reiteración y por contradicción de conformidad con el artículo 215 de la Ley de Amparo.

<sup>24</sup> Esta interpretación no se sostiene más a partir de la sentencia Radilla Pacheco del 23 de noviembre de 2009 y de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, por lo que durante la discusión del expediente Varios 912/2012, publicado en el *DOF* el 4 de octubre de 2011, se acordó modificar la interpretación del artículo 133 constitucional, para permitir un control de convencionalidad y constitucionalidad difuso e incidental en el país. En consecuencia, se dejó sin efectos la Tesis P./J. 74/99

<sup>25</sup> Control constitucional local. Es válido establecer un tribunal constitucional y un sistema de medios para exigir la forma de organización de los poderes y la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito estatal. Tesis P./J. 23/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, t. 1, octubre de 2012, p. 288.

Después de las reformas del 2011, una interpretación *a coherencia* hizo de nuevo posible el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley de manera difusa, y se agrega, lo que se ha llamado a partir de entonces el “control de convencionalidad” (Ferrer, 2011: 343).<sup>26</sup> Actualmente, esta forma de control consiste en la interpretación conforme de las normas y su no aplicación cuando se concluya que contravienen a la Constitución federal, o las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México.<sup>27</sup> El control difuso previsto en el artículo 133 no faculta, sin embargo, para declarar la invalidez de las normas inconstitucionales con efectos generales, ni para realizar una interpretación obligatoria con carácter de norma general.

Recapitulando, si bien hoy en día todos los jueces pueden realizar el control difuso de constitucionalidad, el control concentrado, en términos de lo previsto en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, es competencia federal exclusiva.

#### IV. EL PARÁMETRO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Como ya se ha mencionado, las reformas del 2011 en materia de amparo y el artículo 1o. constitucional,<sup>28</sup> junto con las decisiones tomadas por la Suprema Corte a raíz del *caso Radilla Pacheco*,<sup>29</sup> especialmente la Contradicción de Tesis 293/2011, han tenido un gran impacto en la discusión sobre el alcance e implementación del funcionamiento del control de cons-

---

<sup>26</sup> Ferrer denomina el control realizado conforme al artículo 133 constitucional “control difuso de convencionalidad” para distinguirlo del adoptado por la Corte IDH en 2006.

<sup>27</sup> La jurisprudencia ha determinado que la obligación de ejercer el control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad de una norma, se actualiza aun en aquellos casos en los que el derecho de que se trate esté regulado en la propia Constitución. Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. No es una cuestión de subsidiariedad, por lo que debe llevarse a cabo aun cuando el derecho humano de que se trate esté contenido en la Constitución federal. Tesis 1a./J. 38/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 18, mayo de 2015, p. 186.

<sup>28</sup> Tras la reforma de 2011, el capítulo I del título primero de la Constitución se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, relativo a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución por el juicio de amparo.

<sup>29</sup> La Suprema Corte ha señalado en su jurisprudencia que ésta “se expresa a través de sus resoluciones y sentencias” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1998: 29).

titucionalidad resultante.<sup>30</sup> La Suprema Corte ha intentado por diversos medios aclarar estas dudas, primero con el expediente Varios 912/2012 y posteriormente con la jurisprudencia.<sup>31</sup>

La obligación de realizar el denominado “control difuso de convencionalidad” (Ferrer, 2011: 343)<sup>32</sup> surge en México, solamente después de haber sido dictadas las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano entre 2009 y 2010,<sup>33</sup> en las que se hace referencia a este “deber” por parte de todos los jueces y órganos de la administración de justicia, en todos sus niveles, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).<sup>34</sup> Con el expediente Varios 912/2012, la Suprema Corte comenzó a integrar al derecho nacional el deber de realizar un control de convencionalidad, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),<sup>35</sup> con lo que se amplían los medios de control de constitucionalidad.

---

<sup>30</sup> Las reformas a los artículos 94, 103 y 107, y la reforma al artículo 1o. constitucional se publicaron en el *DOF* el 6 y el 10 de junio de 2011, respectivamente. Contradicción de Tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, t. I, p. 96. Se entiende por “contradicción de tesis” la decisión que crea jurisprudencia al resolver sobre la obligatoriedad de criterios jurisprudenciales discrepantes, y se establece por el pleno o las salas de la Suprema Corte y por los plenos regionales, según lo previsto en el artículo 216 de la Ley de Amparo.

<sup>31</sup> Este expediente especifica el alcance del control de la convencionalidad en México. Es un documento que resuelve cuestiones de índole interna al Poder Judicial, por lo que en general tiene más bien un carácter declarativo y explicativo, incluso organizacional, por lo que no puede ser considerado fuente de derecho.

<sup>32</sup> En palabras de Ferrer Mac-Gregor (2011:340), este tipo de control consiste en la realización de un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

<sup>33</sup> Especialmente, en virtud de lo estipulado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf).

<sup>34</sup> Ferrer (2011), en su análisis, cita todos los elementos que sustentan la obligatoriedad de este tipo de control.

<sup>35</sup> En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte fija el parámetro del control que deben ejercer todos los jueces del país, que se integra por los derechos humanos contenidos en la Constitución, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; los criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores de

En virtud de lo anterior, después de las reformas de 2011, la Suprema Corte ha afirmado que en la Constitución se prevé un “nuevo” modelo de control de la constitucionalidad, y considera que se trata incluso de un nuevo “paradigma” de interpretación constitucional,<sup>36</sup> ya que: “...los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.<sup>37</sup> De modo que al ser de nuevo posible el control difuso, los jueces —incluso los locales—, ejercen vía el control de convencionalidad funciones de control de constitucionalidad, pero con efectos y alcance distintos a los del control concentrado.

Los primeros pasos para guiar el control de convencionalidad, en términos de jurisprudencia, fueron dados mediante tesis aisladas, y se estableció que en el modelo de control de constitucionalidad en México existen dos vertientes que se ejercen de manera independiente:

- 1) El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y
- 2) El control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes.<sup>38</sup>

---

la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. Cit. *supra* nota 31.

<sup>36</sup> La jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.) establece que: “lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional”. Cit. *supra* nota 17.

<sup>37</sup> Véase la nota anterior. También véase cit. *supra* nota 17.

<sup>38</sup> Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Tesis Aislada P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 557. De conformidad con la jurisprudencia, una “tesis” es la “expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal”. Contradicción de tesis. Para que proceda la denuncia basta que en las sentencias se sustenten criterios

En una tesis aislada de 2011, el pleno de la Suprema Corte comienza a delimitar el control de convencionalidad *ex officio* como control difuso de constitucionalidad de la siguiente manera:

- a) Obliga a “todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias”.
- b) La autoridad debe adoptar “la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que en la doctrina se conoce como principio *pro persona*”.
- c) En términos del artículo 133, el control de convencionalidad en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial se realiza de manera oficiosa.
- d) Los “jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior”.
- e) Los “jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados”.
- f) Solamente pueden “dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.<sup>39</sup>

Se podría pensar que el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes se encuentra en el artículo 133 de la Constitución en su primer enunciado —disposición que ha dado lugar a diversas interpretaciones—<sup>40</sup> que establece que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

---

discrepantes. Tesis P./J. 27/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 77.

<sup>39</sup> Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Tesis Aislada P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535.

<sup>40</sup> Sobre las posibles interpretaciones del artículo 133, la supremacía constitucional y el parámetro resultante de control de constitucionalidad, véase Huerta, 2009: 317-321.



Sin embargo, las leyes del Congreso de la Unión, a pesar de ser consideradas como ley suprema, no forman parte del parámetro de control de constitucionalidad, ya que las leyes se subordinan a la Constitución y son más bien objeto del control pues tienen rango constitucional.<sup>41</sup> El sentido de esta disposición es más bien funcionar como regla de prevalencia entre el derecho federal y el local.

Para poder determinar el parámetro de control de la constitucionalidad, este precepto se complementa con lo previsto en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, que tras la reforma de 2011 prevé que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

De la interpretación literal de este precepto se sigue que:

- 1) Las disposiciones sobre derechos humanos, previstas en tratados internacionales celebrados por México que formen parte del sistema jurídico mexicano, tienen rango constitucional.
- 2) Esas disposiciones también forman parte del parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes en México.<sup>42</sup>
- 3) Los derechos humanos son restringibles por la Constitución, lo que a su vez lleva a la conclusión siguiente:
- 4) En caso de conflicto entre la Constitución y una disposición sobre derechos humanos, prevista en un tratado internacional, prevalece la Constitución. De modo que el primer párrafo del artículo 1o. constitucional opera también como una regla de solución de conflictos.

---

<sup>41</sup> Existen diversas interpretaciones, una tesis aislada sugiere que esa disposición hace referencia a las leyes que hacen una distribución de competencia, ya “que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano”. *Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. Tesis P. VII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.*

<sup>42</sup> Esto se debe al cambio de rango de estas disposiciones, por lo que el control de conformidad de actos y leyes es jurídicamente hablando, control de constitucionalidad.

A esta misma conclusión llegó también la Suprema Corte, tras un periodo de incertidumbre e inseguridad jurídica con relación al sentido y alcance de la reforma al artículo 1o. constitucional, lo que dio lugar a la Contradicción de Tesis 293/2011, de la que resulta la tesis P./J. 20/2014(10a.), que confirma la interpretación de dicho artículo aquí realizada. De modo que las restricciones a los derechos fundamentales previstas en la Constitución se consideran como válidas.<sup>43</sup>

La jurisprudencia establece que derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional:

- a) Las “normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, sin embargo
- b) Cuando “en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”
- c) La Constitución, como norma fundamental, es la norma suprema del sistema jurídico mexicano, en consecuencia
- d) Las “normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”, por lo que se concluye que
- e) Los “derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.

Esta última aseveración dio lugar a la discusión sobre la existencia de un “bloque de constitucionalidad”<sup>44</sup> como parámetro del control de constitucionalidad para efectos de la supervisión y control de los actos que pudiesen atentar contra los derechos humanos, en términos del denominado “nuevo” modelo de control. El parámetro de control es, sin embargo, la Constitución, pues no se trata de una equiparación de los tratados interna-

---

<sup>43</sup> La jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.), derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011, se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de abril de 2014. Cit. *supra* nota 17.

<sup>44</sup> A partir de la reforma de 2011, se comenzó a hablar de un bloque de constitucionalidad; esta noción, sin embargo, no se ha utilizado en México en forma similar a como se hace en otros países. No es una construcción jurisprudencial, como en el caso francés, aun cuando en algunas tesis se hace referencia a un bloque; y tampoco se asemeja a la noción española de un diseño institucional.

cionales a la Constitución, sino de la constitucionalización de las normas sobre derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México, por lo que el control de convencionalidad es también control de constitucionalidad. En consecuencia, cuando en México se utiliza el término “bloque de constitucionalidad”, se ha de entender simplemente como el conjunto de normas que integran el texto constitucional.

En cuanto a la jurisprudencia, como interpretación constitucional o de los tratados en cuestión, se puede decir que, en su calidad de significado de dichas normas, también forma parte del parámetro de control.<sup>45</sup> Como objeto de control, en cambio, la tesis jurisprudencial P./J. 64/2014 (10a.) establece que para evitar que pierda su carácter de obligatoria, la jurisprudencia de la Suprema Corte no es susceptible de control de constitucionalidad ni de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos por órganos inferiores, los cuales tampoco pueden decidir no acatarla. En el caso de que se considere que una jurisprudencia específica no atiende o contradice un derecho humano, la Suprema Corte ha indicado que esto se ha de señalar por los medios legales regulados para subsanar dicha situación, pues de lo contrario se ocasionaría una falta de certeza y seguridad jurídica.<sup>46</sup>

El significado y alcance del control *ex officio* de constitucionalidad de los derechos humanos ha sido acotado en una tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte que señala que los jueces, aunque no sean jueces de control constitucional y no exista una solicitud expresa de las partes, pueden ejercerlo, no que “necesariamente” deban realizar dicho control en

---

<sup>45</sup> Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional. Tesis aislada, 1a. CCCXLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, p. 986. La Corte IDH ha indicado que el parámetro de control de convencionalidad es la CADH y el *corpus iuris* interamericano. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C. Núm. 253, párr. 330.

<sup>46</sup> Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. Tesis P./J. 64/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 13, diciembre de 2014, p. 8, y P./J. 20/2014(10a.), cit. *supra* nota 17. La modificación y sustitución de la jurisprudencia debe hacerse por los mismos medios en que su creación es autorizada por la ley, aunque de manera excepcional, por ejemplo, ante los cambios del sistema de control de la constitucionalidad, la Suprema Corte dejó sin efectos criterios jurisprudenciales mediante el expediente Varios 912/2012, cit. *supra* nota 23.

todos los casos. Se aclara también que el control a cargo de los jueces que no forman parte del control concentrado se realiza incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que sean competentes. Además, indica los pasos a seguir: 1) interpretación conforme en sentido amplio, 2) interpretación conforme en sentido estricto, y 3) inaplicación en los casos en que incidentalmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control.<sup>47</sup>

En síntesis, al hablar del parámetro de control de la constitucionalidad, se hace referencia al parámetro normativo constitucional y convencional conforme al cual se realiza no solamente el control concentrado de constitucionalidad, sino también el control oficioso de convencionalidad en el ámbito de la competencia del órgano de control y conforme a sus regulaciones procesales.<sup>48</sup>

## V. LA LEY COMO OBJETO DEL CONTROL

La Suprema Corte ha señalado que el modelo actual de control de constitucionalidad es mixto, se compone, por lo tanto, de un control de la constitucionalidad concentrado e integrado por el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad que se reserva al Poder Judicial federal, y un control incidental de carácter difuso que realizan los jueces del país en términos de los artículos 133 y 1o. constitucionales. A diferencia del control concentrado, el difuso se caracteriza por su dispersión, por lo que corresponde a la jurisprudencia sistematizar los criterios emitidos por los jueces y hacer coherente la aplicación del derecho en el país.

Antes de analizar el alcance del control de la constitucionalidad de la ley, cabe mencionar que en México la jurisprudencia ha sostenido de ma-

---

<sup>47</sup> Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Su significado y alcance. Tesis 1a. CCCLX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, diciembre de 2013, p. 512.

<sup>48</sup> Órganos de control (legalidad, constitucionalidad y convencionalidad). Su ejercicio no puede separarse de su ámbito de competencia. Tesis I.5o.C. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, p. 1306. Cabe mencionar que esta tesis fue objeto de denuncia de la Contradicción de Tesis 351/2014 resuelta el 28 de septiembre de 2021, en relación con la limitación que imponía para hacer un control de convencionalidad *ex officio* en un juicio de amparo.

nera reiterada y consistente que solamente es posible el control formal de la constitucionalidad de reformas y adiciones a la Constitución, es decir, sólo de los aspectos procedimentales, pero no de los contenidos. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que los “preceptos constitucionales no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la Ley de Amparo”.<sup>49</sup>

Para poder explicar adecuadamente el control de constitucionalidad de la ley en México, resulta conveniente comenzar por delimitar el alcance de este concepto. Según la jurisprudencia, ya desde la quinta época, la diferenciación respecto de otro tipo de normas es de carácter formal, pues la ley es distinguida de otros actos normativos, no por su “generalidad ni en la impersonalidad de las órdenes que da”, sino porque son expedidas por el Poder Legislativo, y “la ley es una expresión de la voluntad nacional, manifestada mediante los Congresos”, que se caracteriza por su “fuerza y autonomía”, “que consiste en que sus disposiciones no pueden ser modificadas por un reglamento”; además, el inciso f) del artículo 72 constitucional prevé “que en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.<sup>50</sup> Materialmente en cambio, solamente se puede distinguir la ley cuando existe una reserva de ley prevista en la misma Constitución.

La doctrina en general, a pesar de ser variada, coincide en algunos aspectos generales, así por ejemplo, Burgoa menciona como propiedades relevantes de las leyes, la “abstracción, la imperatividad y la generalidad”, son normas “que no contraen su fuerza reguladora a casos concretos, personales o particulares numéricamente limitados, presentes o pretéritos, sino que la extienden a todos aquellos, sin demarcación de número, que se encuentren o puedan encuadrarse dentro de los supuestos que prevean” (Burgoa, 2010: 609, 610). De tal forma que el control de la constitucionalidad de las leyes es control de normas jurídicas generales y abstractas con rango y fuerza de ley. Por otra parte, la citada jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.) ha señalado que las normas jurídicas deben ser acordes con

---

<sup>49</sup> Control de constitucionalidad. No puede realizarse respecto de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis 2a./J. 3/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 3, febrero de 2014, p. 938.

<sup>50</sup> Véase la siguiente tesis aislada: *Leyes y reglamentos, diferencia entre las. Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXII, p. 6716.

la Constitución, tanto en un sentido formal como material, por lo que se concluye que el control de la constitucionalidad de la ley puede realizarse tanto por vicios procedimentales como por sus contenidos.

Por lo tanto, para efectos del control difuso de constitucionalidad, previsto en el segundo enunciado del artículo 133 constitucional, se han de considerar como objeto de control de la regularidad constitucional también a las Constituciones locales, pues tienen rango y fuerza de ley. Como ya se comentó, en virtud de la interpretación de la Suprema Corte, el primer enunciado de este precepto no instituye un bloque de constitucionalidad, por lo que solamente la Constitución federal y las disposiciones en materia de derechos humanos, previstos en los tratados internacionales que formen parte del sistema jurídico mexicano, conforman el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes.

La controversia constitucional, de conformidad con la fracción I del artículo 105 constitucional, procede por motivo de la invasión de la esfera competencial, y tiene por objeto el control de la constitucionalidad de actos, omisiones y “normas generales”,<sup>51</sup> por lo que se puede interponer contra las leyes, sean federales o locales, las constituciones locales, así como los tratados internacionales por su carácter de norma, pues “reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción”,<sup>52</sup> solamente se excluye constitucionalmente del control por este medio la regulación electoral.

A efectos de delimitar el alcance de ese precepto, la jurisprudencia ha señalado que la controversia constitucional puede interponerse solamente a partir de que es publicada la norma general,<sup>53</sup> porque solamente en ese

---

<sup>51</sup> Como indica García Máynez, la “palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplícase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos”, y “a las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Éstas imponen deberes o conceden derechos” (García Máynez, 2014: 4, 7). Este precepto fue reformado, pues antes hacía referencia a “disposiciones generales”; reforma publicada en el *DOF* el 11 de marzo de 2021.

<sup>52</sup> Tratados internacionales. Son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional. Tesis P./J. 84/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, septiembre de 2004, p. 1258.

<sup>53</sup> Controversia constitucional. Los vicios del procedimiento legislativo sólo pueden impugnarse a partir de que es publicada la norma general. Tesis P./J. 129/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, p. 804. El mismo criterio rige la acción de inconstitucionalidad. Acción de inconstitucionalidad. Los actos

momento adquieren definitividad los actos legislativos. Esto se debe a que el procedimiento de creación de normas constituye “una unidad indisoluble con la norma general emanada de ese procedimiento, de tal forma que no es posible jurídicamente impugnar cada acto legislativo individualmente” (Tesis P./J. 35/2004). Este criterio es aplicable también por analogía a los tratados internacionales, para determinar el momento a partir del cual se puede impugnar un tratado.

El objeto señalado por la Constitución, en materia de acción de inconstitucionalidad, son solamente las normas generales, por lo que se puede decir que esta forma de control concreto no se restringe a un tipo específico de norma. La fracción II del artículo 105 constitucional prevé que esta acción procede en contra de leyes federales, tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, normas generales de carácter federal y de las entidades federativas, incluso leyes electorales federales y locales.

## VI. LOS ÓRGANOS DE CONTROL JURISDICCIONAL

El control de la constitucionalidad en México es un control jurídico, y jurisdiccional específicamente, pues a pesar de las diversas interpretaciones hechas del artículo 1o. constitucional, según la Suprema Corte, la autoridad administrativa no está facultada para hacer un control de constitucionalidad, ni de convencionalidad.<sup>54</sup> La obligación de la autoridad administrativa de realizar al menos un control de convencionalidad, que parece derivar del artículo 1o. constitucional, ha sido descartada por la jurisprudencia. En una tesis aislada que reitera el criterio de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) del pleno de la Suprema Corte, se confirma que “las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo”, pues “ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio

---

que integran el procedimiento legislativo sólo pueden impugnarse a partir de que es publicada la norma general. Tesis P./J. 35/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, junio de 2004, p. 864.

<sup>54</sup> A partir de la interpretación hecha a dicho artículo en el expediente Varios 912/2010, la autoridad administrativa solamente puede realizar “interpretación conforme”, aplicando la norma más favorable a las personas, sin dejar de aplicar la norma o hacer una declaración de inconstitucionalidad.

de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto”.<sup>55</sup> En consecuencia, el control de la constitucionalidad de la ley corresponde al Poder Judicial federal que debe realizar el control en el ámbito de su competencia.

De conformidad con la jurisprudencia, en el “nuevo” modelo de constitucionalidad se han de mencionar específicamente las normas ordinarias que se consideran que contravienen la Constitución, para que los jueces, en el ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad, puedan realizar el estudio de las normas generales.<sup>56</sup> Esto se debe a la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas, de modo que para que la autoridad judicial pueda ejercer el control *ex officio*, “debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación”, cuando se identifica una norma que parece contravenir la Constitución en materia de derechos humanos. Las normas, por lo tanto, no pierden su presunción de constitucionalidad, sino hasta que el resultado del control así lo refleje.<sup>57</sup>

En consecuencia, la jurisprudencia ha establecido que en “el control difuso de constitucionalidad —connotación que se refiere al control de convencionalidad—, que se ejerce en la modalidad *ex officio*”, las partes que solicitan su ejercicio deben señalar “claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produ-

---

<sup>55</sup> Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo. Tesis 2a. CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 11, t. I., octubre de 2014, p. 1097.

<sup>56</sup> Unos meses antes, la misma sala había sustentado el criterio opuesto en la tesis 69/2014 (10a.), obligatoria a partir del 30 de junio de 2014, de tal forma que durante algunos meses era obligatorio para los jueces federales revisar la constitucionalidad de las normas aplicables, aunque no hubieran sido impugnadas. Se considera un requisito a partir de la tesis: Control de constitucionalidad y convencionalidad. Su ejercicio debe satisfacer requisitos mínimos cuando se propone en los conceptos de violación. Tesis 2a./J. 123/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 12, noviembre de 2014, p. 859.

<sup>57</sup> Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. Condiciones generales para su ejercicio. 1a./J. 4/2016. Primera Sala, libro 27, febrero de 2016, p. 430. Esta tesis aislada sostiene la necesidad de justificar esa decisión: Control de convencionalidad *ex officio*. Las autoridades judiciales, antes de la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad. Tesis 1a. XXII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 27, febrero de 2016, t. I, p. 667.



ce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante”.<sup>58</sup>

El control concentrado de la constitucionalidad de la ley se realiza mediante la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> La controversia constitucional tiene por objeto resolver los conflictos por la invasión de la esfera de competencias que se plantean en relación con el principio de división de poderes y la cláusula federal,<sup>60</sup> y puede ser planteada por los poderes federales, los poderes locales, los municipios y los órganos constitucionales autónomos federales y locales. La acción de inconstitucionalidad, en cambio, puede ser promovida por distintos actores, dependiendo de la materia.<sup>61</sup>

La controversia constitucional se interpone contra la autoridad que haya emitido o promulgado la norma general que se considera que contraviene la Constitución, y se tramita ante la Suprema Corte. Procede por conflictos entre dos órganos del poder público, ya sean del mismo nivel o de diferentes niveles de gobierno, y solamente pueden hacerse valer vulneraciones a la Constitución federal y a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte.

---

<sup>58</sup> Control difuso de constitucionalidad. Si se solicita su ejercicio y no se señala claramente cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar ni el agravio que produce, debe declararse inoperante el planteamiento correspondiente. XXVII.3o. J/11, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro 15, febrero de 2015, p. 2241.

<sup>59</sup> P./J. 71/2000, cit. *supra*, nota 6.

<sup>60</sup> Controversia constitucional. Las violaciones susceptibles de analizarse en el fondo son las relacionadas con el principio de división de poderes o con la cláusula federal, sobre la base de un concepto de afectación amplio. Tesis P./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 33.

<sup>61</sup> Las reglas de legitimación han sido diferenciadas, dependiendo del tipo de norma y la materia que se impugna, y se encuentran legitimados el 33% de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales, respecto de las normas de su competencia, el titular del Ejecutivo federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, los partidos políticos nacionales y locales registrados, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos garantes en materia de acceso a la información, y el fiscal general de la República, aunque este último solamente respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones. Véase artículo 105 constitucional, fracción II, reformado en marzo de 2021.

Al dictar sentencia, la Suprema Corte puede declarar la invalidez de una norma general, y puede llegar a tener efectos generales cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros que la integran.<sup>62</sup>

La acción de inconstitucionalidad es el medio de control de constitucionalidad seguido en única instancia ante la Suprema Corte que tiene como finalidad preservar la supremacía de la Constitución, y no requiere de agravio de parte, sólo precisa que una ley o un tratado internacional se considere inconstitucional. La admisión de una acción de inconstitucionalidad no da lugar a la suspensión de la norma cuestionada, pero si la Suprema Corte declara que una norma es inconstitucional, ésta pierde su vigencia y, por ende, no puede volver a ser aplicada.

De tal forma que, por vía de acción de inconstitucionalidad, los órganos legitimados por la fracción II del artículo 105 constitucional pueden plantear la inconstitucionalidad de leyes en el ámbito de sus competencias, y la Suprema Corte puede anular con efectos generales la norma que sea declarada inconstitucional cuando la resolución sea tomada por al menos ocho de los ministros.

Esta acción procede en contra de normas generales que contravengan la Constitución, por lo que se pueden impugnar leyes, sean federales o locales, incluso en materia electoral, así como tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, siempre y cuando se trate de un nuevo acto legislativo tanto en sentido formal como material, incluso los decretos derogatorios.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> De conformidad con el artículo 105 constitucional, solamente tiene efectos generales, cuando se trate de disposiciones generales de las entidades federativas, los municipios o las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o, en su caso, la Comisión Permanente de éste, dos poderes de una misma entidad federativa, dos órganos constitucionales autónomos de una entidad federativa, así como entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo de esa entidad federativa, y dos órganos constitucionales autónomos federales, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión.

<sup>63</sup> Acción de inconstitucionalidad. Lineamientos mínimos requeridos para considerar que la nueva norma general impugnada constituye un nuevo acto legislativo. Tesis P./J. 25/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 35, octubre de 2016, t. I, p. 65. Acción de inconstitucionalidad. Procede contra decretos que derogan porciones normativas. P. XLII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 11, octubre de 2014, t. I, p. 205.

Cuando el objeto de la acción de inconstitucionalidad sean leyes federales, tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y las leyes expedidas por alguna de las legislaturas de alguna de las entidades federativas, debe estar firmada por cuando menos el 33% de los integrantes de los órganos legislativos respectivos.

La declaratoria de inconstitucionalidad puede fundarse en la infracción de cualquier precepto constitucional, al igual que en la vulneración de los derechos humanos contenidos en cualquier tratado internacional del que México sea parte, aunque no hayan sido invocados en el escrito inicial. En cambio, cuando las sentencias dictadas se refieran a la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, solamente pueden referirse a la infracción de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial. Las resoluciones sólo pueden declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando sean aprobadas por cuando menos ocho votos, de no ser así el pleno de la Suprema Corte debe desestimar la acción ejercitada y ordenar el archivo del asunto.<sup>64</sup>

## VII. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración general de inconstitucionalidad de las normas se encuentra prevista en el artículo 105 constitucional, una declaración de invalidez con efectos generales permite eliminar del sistema las normas que contravienen a la Constitución, reforzando así su supremacía. La declaración de inconstitucionalidad de normas generales no puede tener efectos retroactivos, salvo en materia penal, y de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 14 constitucional, esto es, siempre y cuando no causen un perjuicio a persona alguna.<sup>65</sup>

El cumplimiento de las resoluciones emitidas por controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad se asimila, en lo conducente al del juicio de amparo, por tratarse de formas de control de la constitucionalidad, por lo que en el artículo 105 constitucional se hace remisión expresa,

---

<sup>64</sup> Artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>65</sup> El segundo párrafo de la fracción III del artículo 105 constitucional establece que estos casos “regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia”.

en caso de incumplimiento a los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución.

De conformidad con la Constitución, tratándose de normas generales, los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional, así como en la acción de inconstitucionalidad, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales, solamente cuando haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los once ministros de la Suprema Corte.

Cabe mencionar que, a partir de este año, las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias del pleno de la Suprema Corte constituyen “precedentes obligatorios” para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación, y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de ocho votos.<sup>66</sup> De modo que al hacer la declaración general de invalidez de una ley, vía controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, se crea además jurisprudencia.

La práctica jurisdiccional en México, siguiendo el modelo continental, da lugar a la jurisprudencia entendida como norma obligatoria para la resolución de casos futuros. La interpretación que se realiza, con motivo del control de la constitucionalidad, puede dar lugar a una norma jurídica general; la regla general de creación de la jurisprudencia es la reiteración que requiere de la repetición uniforme de cinco ejecutorias en el mismo sentido sin interrupción,<sup>67</sup> y se integra por los criterios contenidos en la parte considerativa de la resolución de casos similares o idénticos; cada una de estas resoluciones constituye un criterio.<sup>68</sup>

La interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales competentes, al controlar la constitucionalidad de la ley, delimita y fija el sentido y

---

<sup>66</sup> Artículo 222 de la Ley de Amparo, reforma publicada en el *DOF* el 7 de junio de 2021.

<sup>67</sup> La jurisprudencia por reiteración es creada por los tribunales colegiados de circuito. El artículo 215 de la Ley de Amparo prevé dos formas más de creación de jurisprudencia que solamente requieren de una decisión, véase *supra* nota 22.

<sup>68</sup> Estos criterios se consideran como tesis aisladas (véase *supra* nota 37) y hay que distinguirlos de la jurisprudencia que es obligatoria, así como del precedente obligatorio, término que refiere a la jurisprudencia creada por una sola resolución por las salas o el pleno de la Suprema Corte a partir de la reforma del 11 de marzo de 2021 al artículo 107 constitucional, y del 7 de junio de 2021 a la Ley de Amparo. Se entienden por precedentes obligatorios, las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias, cuando las del pleno sean adoptadas por una mayoría de ocho votos, y las de las salas por una mayoría de 4 votos de sus 5 integrantes (artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo).

alcance de las normas constitucionales. Así se lleva a cabo un control del ejercicio de la función legislativa a través de la interpretación jurisdiccional, aunque la interpretación constitucional directa, en última instancia, corresponde solamente a la Suprema Corte, como órgano límite.

La Constitución prevé que la obligatoriedad de la jurisprudencia sea regulada por ley,<sup>69</sup> así lo confirma la propia jurisprudencia al sostener que obliga a todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Amparo vigente.<sup>70</sup> Además, la jurisprudencia como ya se mencionó, no puede ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad en términos de los artículos 1o. y 133 de la Constitución, ya que no pierde su obligatoriedad a menos que sea sustituida o declarada no aplicable, porque la Suprema Corte la deja sin efectos. De modo que solamente en términos de los medios legales existentes es posible revisar la jurisprudencia de la Suprema Corte que se considere que afecta o contraviene a la Constitución (Contradicción de tesis 299/2013: 325).

El ejercicio del control de convencionalidad, como control difuso de constitucionalidad, ha sido delimitado por la jurisprudencia, de tal forma que a pesar de haber identificado y declarado el juez la no conformidad de la norma con la Constitución, éste no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, ni establecer criterios interpretativos. El resultado de esta forma de control no es, por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, sino solamente la inaplicación al caso de la norma no conforme.

No obstante, la resolución que se emite con motivo del control de la convencionalidad de una norma general requiere de interpretación, de la que solamente puede resultar la creación de una norma jurídica individualizada. En el caso del control concentrado, en cambio, es posible crear una norma jurídica general, esto es, “jurisprudencia”. Como fuente del derecho, la jurisprudencia es interpretación obligatoria, y ha servido en los últimos años para guiar el nuevo sistema de control de la constitucionalidad, así como para proveer seguridad jurídica.

---

<sup>69</sup> Como bien señala Wróblewski (1988: 33), la validez de la interpretación constitucional depende tanto de las determinaciones del derecho vigente en un determinado país, como de la autoridad de las decisiones interpretativas.

<sup>70</sup> En relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia, el artículo 94 constitucional, párrafo décimo, establece que corresponde a la ley fijar los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia.

## VIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se puede decir que el control de la constitucionalidad de las leyes en México es un medio de control del alcance y ejercicio de las facultades constitucionales para expedir leyes y actos. Las reformas de 1994<sup>71</sup> complementaron el modelo de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, al precisar el procedimiento, legitimación y alcance de las controversias constitucionales. Al adicionar la acción de inconstitucionalidad al artículo 105 constitucional se introdujo, además, un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes. En ambas formas de control, si la norma es inconstitucional, es posible declarar la invalidez de la ley con efectos generales, cuando el pleno de la Suprema Corte lo apruebe por una mayoría de ocho votos de los once ministros que lo integran.

La complejidad del control de la constitucionalidad en México se ha incrementado notoriamente a partir de las reformas de 2011, y su aplicación aún más con posterioridad a las decisiones tomadas en el expediente Varios 912/2010. La Suprema Corte ha intentado delimitar el alcance del modelo vigente de control de la constitucionalidad con las interpretaciones que se han hecho del sistema de control de la constitucionalidad. El carácter objetivado del control de la constitucionalidad de las leyes se ha diluido, sin embargo, por la dispersión y variabilidad de criterios utilizados por los jueces en el control difuso, principalmente en la primera fase de aplicación a partir de 2011. Esto, por supuesto, ha afectado la seguridad jurídica, pero la Suprema Corte sigue tratando de acotar el modelo y su alcance mediante la jurisprudencia, ya que al interpretar las normas busca proveer certeza jurídica a la aplicación de las mismas con los criterios obligatorios que emite.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, Manuel. (1986). "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional". *Revista de Estudios Políticos*. 50.

ARAGÓN, Manuel. (2015). "Dos problemas falsos y uno verdadero: «neo-constitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitu-

---

<sup>71</sup> Publicadas en el *DOF* el 31 de diciembre de 2004.

- ción”. En CARBONELL *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. T. IV. Vol. 1. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. (2010). *Derecho constitucional*. 20a. ed. México: Porrúa.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2011). “Interpretación conforme y control de la constitucionalidad”. En SALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (eds.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Porrúa-UNAM.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (2014). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- HAMON, Francis y TROPER, Michel (2013). *Droit Constitutionnel*. 28a. ed. París: LGDJ.
- HUERTA, Carla. (2009). *Teoría del derecho: cuestiones relevantes*. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HUERTA, Carla. (2010). *Mecanismos constitucionales para el control del poder*. 3a. ed. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- KELSEN, Hans. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KELSEN, Hans. (2000). *Teoría pura del derecho*. 2a. ed. México: Porrúa.
- OTTO, Ignacio de. (1989). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2a. ed. Barcelona: Ariel.
- SCHMILL, Ulises. (1977). *El sistema de la Constitución mexicana*. 2a. ed. México: Librería Manuel Porrúa.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (1988). *75 sentencias relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## ¿El recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias)\*

### *The Chilean writ of protection as an opportunity for legal mobilization? Beyond courts (and their decisions)*

Recepción: 2 de agosto de 2021

Aceptación: 18 de octubre de 2021

Domingo LOVERA PARMO\*\*

Anita PERRICONE\*\*\*

**RESUMEN:** Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Este trabajo intenta colocar a la acción de protección en perspectiva, preguntando cuáles son las variables que han contribuido, pese a su aludida naturaleza cautelar, a dotar a la acción de protección de un poder señalizador efectivo. Para ello, se echa mano de la teoría de la movilización legal con el objetivo de mostrar que los bajos costos de activación que ofrece la acción de protección la transforman en una importante fuente de

**ABSTRACT:** *There is relative agreement in Chilean constitutional doctrine that the writ of protection has been transformed, irremediably, into a precautionary action. This paper attempts to put the writ of protection in perspective, asking what other variables have contributed, despite what has been said about its precautionary nature, to endow the writ of protection with an effective signaling function. To this end, we use the theory of legal mobilization to show that the low activation costs offered by the writ of protection transform it into an important source of legal opportunities.*

---

\* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Coloquio Académico de los viernes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile), el 7 de mayo de 2021. Agradecemos los comentarios y sugerencias que se nos formularon en esa oportunidad. Del mismo modo, gracias por los comentarios de dos evaluadores (as) de la revista, cuyos comentarios sólo nos han permitido mejorar el trabajo. Las interpretaciones que acá ofrecemos, desde luego, son de nuestra responsabilidad.

\*\* Profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile; PhD por York University, Canadá. ORCID: 0000-0002-3601-096X; [domingo.lovera@udp.cl](mailto:domingo.lovera@udp.cl).

\*\*\* Doctora en ciencia política por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0715-4750>; [perricone.a@gmail.com](mailto:perricone.a@gmail.com).



oportunidades legales. Su efecto señalizador, sin embargo, depende de otras condiciones: este trabajo se centra en una de ellas, el tipo de actor que la utiliza. Este factor, que suele ser dejado de lado en los análisis doctrinarios del derecho, complementa la comprensión de la acción de protección, en tanto repertorio de movilización legal.

*The effectiveness of its signaling function, however, depends on other conditions: this paper focuses on one of them, namely, the kind of social actor who use it. This factor, which is often overlooked in doctrinal analyses, complements the understanding of the writ of protection as a repertoire of legal mobilization.*

**Palabras clave:** recurso de protección, movilización legal, poder señalizador.

**Keywords:** writ of protection, legal mobilization, signaling function.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La acción de protección: origen, evolución y alcances.* III. *Cambio social y derecho.* IV. *El potencial del recurso de protección como una oportunidad legal: estudios de caso.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Esto quiere decir que, lejos de ser una herramienta, como alguna vez se la analizó, orientada a la (re)construcción pública de los contornos de los derechos fundamentales que protege (Gómez, 2005: 34-38; Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26), se ha consolidado como una acción excepcional de emergencia con efectos concretos (esto es, más allá del evidente efecto relativo de las sentencias) y transitorios limitados a la situación específica que se propone remediar. De este modo, su efecto señalizador (es decir, su capacidad de señalar la necesidad de adoptar reformas legislativas, antes que la anulación de algún otro acto de autoridad en particular), debiera ser, dado su actual estado, escaso.<sup>1</sup>

El propósito de este trabajo es presentar la acción de protección desde otra perspectiva, preguntándose cuáles son las otras variables que han contribuido, pese a lo dicho sobre su naturaleza cautelar, a dotar a la acción

---

<sup>1</sup> Sobre este aspecto, esto es, sobre cómo en la región hubo un tránsito en considerar al derecho desde un obstáculo a una herramienta que permitiera empujar cambios sociales, descansamos en Couso, 2006.

de protección de un efecto señalizador en la necesidad de adoptar cambios legales. ¿Cómo es posible que una acción demasiado “delgada” en contenido sustantivo sea capaz de señalar eficazmente la necesidad de realizar reformas? ¿Qué podría empujar a las autoridades de representación popular, sean administrativas o parlamentarias, a atender los reclamos que se presentan por medio de la acción de protección, no obstante ella no contribuya, dada su reconocida naturaleza cautelar, a una mejor reconstrucción pública de los derechos cuya vulneración se reclama?

Una respuesta posible a esta interrogante la plantea el carácter marcador o señalizador que eventualmente podrían traer de la mano muchas acciones de protección presentadas sobre un mismo asunto, función que, por lo demás, es propia de la movilización social. Habermas, por ejemplo, ha sostenido que una de las funciones principales de los movimientos sociales que recurren a la presentación pública de sus reclamos —piénsese en las movilizaciones estudiantiles de la región de la última década—, consiste en señalar (Habermas habla de detectar, identificar, tematizar y problematizar) a las autoridades políticas demandas sociales insatisfechas. La tarea de dar respuesta a esas demandas —como sugiere el mismo Habermas—, sin embargo, descansa en las autoridades: “Besides the «signal» function, there must be an effective problematization. The capacity of the public sphere to solve problems on its own is limited. But this capacity must be utilized to oversee the further treatment of problems that takes place inside the political system” (Habermas, 1998: 359).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Dejamos la traducción al inglés, en la que se enfatiza la señalización a que contribuye la sociedad civil movilizadora. La traducción al español, en cambio, diluye dicho énfasis. Lo pone así: “Es decir, a cada función de señal del espacio público-político ha de sumarse también una capacidad de problematización eficaz”. El resto de la traducción de esta idea es todavía menos feliz (Habermas, 2005: 440). Es cierto que Habermas está pensando en el efecto señalizador que los movimientos sociales realizan en la esfera pública, y que esos movimientos son organizaciones informales, o en cualquier caso grupos que operan por fuera de, aunque en relación a, las avenidas institucionales del poder. De esa forma, podría cuestionarse que el uso de acciones judiciales pueda descansar sobre esta misma idea, en la medida que esas acciones son parte ya (a diferencia de una protesta, por ejemplo) de las avenidas institucionales. Nada de esto obsta a nuestro argumento acá. Primero, porque esa ambivalencia o aparente tensión es lo propio de la denominada movilización legal en la que los movimientos sociales (de esos en los que Habermas está pensando) recurren, entre otras herramientas, a las acciones judiciales para avanzar sus demandas. Como lo señala McCann (2008: 523-525), quienes recurren a las acciones judiciales no lo hacen sólo por las acciones judiciales, sino que recurren al litigio “sólo como una dimensión potencial o fase dentro de uno más extenso, complejo, dinámico y

De esta manera, y tal como el derecho mismo opera como un sistema de señales que se aparecen (asociadas a una sanción) para condicionar la conducta de las personas, muchas acciones judiciales de defensa de los derechos presentadas por personas debieran operar como un sistema de señales que se envían al poder público, el que, a su turno —y dada la escasa capacidad de la sociedad para resolver ese problema por sí misma— debería tomar acciones reparadoras generales (legislación, política pública, etc.). Allí radicaría el potencial de la acción de protección.

Nuestra hipótesis es que esta respuesta es insatisfactoria. En efecto, si tomamos el caso de la litigación masiva en materia de alzas unilaterales a los planes de salud, de parte de las instituciones de salud previsional (Isapres), las que se han cuestionado en sede judicial precisamente a través de la acción de protección, el efecto marcador de ésta parece ser insuficiente. De acuerdo a las estadísticas disponibles, desde 2010 el número de recursos de protección presentados contra las Isapres ha superado el millón de acciones judiciales (Diario Constitucional, 2020).

A estas alturas es un lugar común el reclamo que se formula y el tipo de señal que se envía al recurrir en protección contra la Isapre de turno. El alza unilateral de los planes de salud —esto es lo que ha sostenido la copiosa jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (Zúñiga, 2013: 514-518)—<sup>3</sup> perturba el derecho de propiedad de las personas afiliadas; lesiona su derecho constitucional a elegir el sistema de salud al que desean afiliarse, y afecta el principio de igualdad y no discriminación cuando las alzas van de la mano con criterios como la edad y el género de la persona. La señal enviada, esto es, la tematización problemática que esta forma de reclamos avanza, es la de llamar la atención sobre los límites (cuando se trata de estas alzas unilaterales) del modelo de justicia del plan privado de salud. Esto es algo que puede apreciarse *a contrario sensu* tomando las

---

multicompuesto proceso de disputa”. Pero siguen siendo movimientos sociales. Y esto es, en una frase, nuestra tesis acá: que ello es en verdad, y no al revés, lo que dota a ciertas acciones judiciales de la potencia que en tanto acciones no tienen. Esto explica, como dice el mismo McCann, que muchas (no todas) de las acciones judiciales que se inician, se presentan ya sea como una amenaza, como una forma de llamar la atención sobre las demandas sustantivas y, en el fondo, con el ánimo deliberado de “evitar el juicio”.

<sup>3</sup> Este trabajo se centra en el potencial de la acción de protección. Sin embargo, no debe dejar de advertirse que otro tanto ha ocurrido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase, por todos, y en especial, porque reconstruye el reclamo de justicia (la tematización problemática) también allí: Zúñiga, 2013: 514-518.

críticas que alguna doctrina ha dirigido a los argumentos de los tribunales que han resuelto estas acciones de protección.<sup>4</sup> Así, por ejemplo, el profesor José Francisco García ha señalado que los argumentos de las cortes para declarar la ilegalidad de las alzas unilaterales implican el desconocimiento de la naturaleza contractual y privada de los seguros de salud que ofrecen las Isapres (García, 2013: 51).<sup>5</sup> Desde este punto de vista, la tematización problemática del asunto puede leerse como un reclamo en pos de reformas que maticen algunos de los aspectos del sistema privado de salud actualmente vigente, por ejemplo —una de las reconstrucciones de esta tematización que se ha sugerido— por medio del cuestionamiento del carácter subsidiario del modelo económico que fue instaurado en Chile durante la dictadura (Allard, Henning y Galdámez, 2016: 110, 133).

Sin embargo, la reacción del poder político durante más de 10 años ha sido inexistente.<sup>6</sup> Es más, las últimas noticias relativas a la litigación en materia de Isapres muestran que las instituciones que más recursos han recibido (y perdido) son las que más aumentaron el precio de sus planes (La Nación, 2019). En este sentido, el efecto señalizador de más de un millón de acciones de protección se ha diluido en soluciones puntuales, como es, a estas alturas, normal que ocurra en el caso de la acción de protección. Es decir, respuestas individuales sólo en favor de las personas que reclaman

---

<sup>4</sup> No deja de resultar relevante para la tesis que avanza este trabajo, que estas tematizaciones problemáticas a las que se alude en materia de Isapres deban ser reconstruidas a partir de trabajos académicos. Sobre esto volvemos más abajo.

<sup>5</sup> Se ha sugerido que ese cambio de paradigma se habría “importado” desde el TC, el primer tribunal que abrazó la tesis de un contrato con base en el orden público y, por lo mismo, no enteramente privado (Jordán, 2013). En cualquier caso, una crítica similar a la que García (2013) dirige contra los tribunales superiores de justicia, se ha dirigido, también, contra el TC (Vivanco, 2010).

<sup>6</sup> Es verdad que, durante el primer semestre de 2019, se anunció el envío de un proyecto de reforma legal al sistema privado de salud. Sin embargo, ello no es óbice a las afirmaciones acá realizadas en la medida que el proyecto no responde a la judicialización de los reclamos en contra de las Isapres. Primero, si bien menciona las alzas y su judicialización para justificar la urgencia de la reforma, pareciera ser un recurso más bien retórico, si se anota que han transcurrido cerca de 10 años de litigios, lo que muestra que esta reforma llega muy tarde. Segundo, en especial, si se advierte que el proyecto —una indicación sustitutiva, en verdad— no aborda estructuralmente (al menos no en los términos de la nota al pie que antecede a ésta) el reclamo manifestado. Véase: Boletín núm. 8105-11, 2019.

las alzas judicialmente, y transitorias, pues las mismas personas tienen que litigar judicialmente año tras año las alzas de sus planes de salud.<sup>7</sup>

¿Qué ha faltado? ¿Es posible, entonces, a pesar de lo dicho hasta acá, que la acción de protección tenga el potencial de señalar la necesidad de cambios legales relevantes (como los que claramente no han sido capaz de hacer realidad en materia de Isapres)? Para responder a esta pregunta, recurrimos a la teoría de la movilización legal, definida como una forma particular de movilización que implica acudir al lenguaje de los derechos y a las avenidas institucionales que le son propias: los tribunales. Descansando en ella, sostendremos que los bajos costos de activación de la acción de protección la transforman en una importante fuente de oportunidades legales (lenguaje que, como explicaremos más abajo, se toma prestado de la sociología de los movimientos sociales).

Sin embargo, para dotar a la acción de protección de un efecto señalizador eficaz, es necesario observar la concurrencia de otras variables que la misma teoría de la movilización legal es capaz de iluminar. De ellas, este trabajo se centra en el tipo de actor que hace uso de la acción de protección, sugiriendo —sobre la base de dos estudios de caso— que esta variable resulta crucial para la eficacia del efecto marcador de la acción de protección. Planteamos que en la densidad organizacional de los actores que utilizan el recurso de protección residen, por un lado, el potencial para operar una tematización efectiva de las problemáticas que dicha acción señala, y, por el otro, la capacidad de la esfera pública para supervisar el tratamiento de los problemas al interior del sistema político.

---

<sup>7</sup> Se trata, desde luego, de un reclamo al que las sentencias recaídas sobre el casi millón de recursos de protección no pueden dar respuestas. Como se ha señalado, el recurso de protección en esta materia sólo ofrece respuestas, a cuentagotas, en el caso de cada acción individualmente considerada, pero es insuficiente para abordar el reclamo de forma estructural. No obstante, alguna doctrina sugiere que esto habría ya provocado una mutación constitucional, mientras otra llama la atención sobre el efecto, en términos de inequidad, de que un modelo de derechos sociales, construido sobre la base de la litigación individual, puede tener. Sobre lo primero, Bassa y Aste (2015). Y sobre lo segundo, Salgado (2015). El impacto inequitativo de las acciones puede ser todavía analizado desde otro punto de vista, si es del caso que esas acciones se dirigen contra el sistema público de salud. Sobre la experiencia brasileña al respecto, por caso, Octavio Motta Ferraz ha dicho que los reclamos judiciales individuales en materia de coberturas médicas no previstas o cobertura de medicamentos específicos, tienen el potencial de alterar severamente las políticas públicas que, en materia de salud, se elaboran enfocadas a las personas más pobres (Motta, 2011). En Chile, se trata de un tipo de litigación que ya se está verificando en (y contra) el sistema público de salud. Véase, en general, Figueroa (2015).

*Hipótesis:* Para apreciar la verdadera fuerza catalizadora de cambios legales relevantes de la acción de protección, debemos mirar más allá de las cortes y sus sentencias. Esto quiere decir que, pese al carácter meramente cautelar de la acción de protección, la facilidad para presentar este tipo de acciones (la oportunidad), unida a ciertas condiciones que deben satisfacer los grupos sociales que las utilizan (una determinada densidad organizacional), bien pueden (re)configurarla como una importante herramienta para posibilitar cambios legales.

*Objetivo:* El objetivo de este trabajo, entonces, es ayudar a discernir cuáles son algunas de las variables cruciales para desencadenar el poder señalizador de la acción de protección. Un objetivo secundario, además, llama a considerar otro tipo de variables en el análisis que se haga de esta acción en el caso chileno, como de este tipo de acciones en el ámbito regional.

*Metodología:* Las primeras dos secciones de este trabajo descansan en el análisis propio de las ciencias jurídicas sociales, esto es, la revisión de la literatura para identificar las características principales de la acción judicial que acá analizamos y de los conceptos de la sociología conforme a los que evaluaremos, en tanto oportunidad legal. Enseguida, la última sección de este trabajo descansa en el estudio comparativo de dos casos que nos permitirán presentar las diferencias organizacionales —clave, como decimos, para nuestra hipótesis— que inciden en la mayor o menor relevancia política de la acción. Este trabajo (II) comienza analizando la acción de protección, su introducción en el texto constitucional de 1980 y la forma que, de manera más o menos definitiva, ha adoptado en la práctica constitucional nacional. Enseguida, (III) echamos mano a la teoría de la movilización legal: cómo es que el derecho —alguna vez (si es que esto ya dejó de ser así) concebido como un obstáculo al cambio social— fue ganando terreno progresivo en la región, al punto de transformarse en una herramienta a través de la que, se pensó, era posible avanzar demandas políticas. Ello nos permitirá, por último, (IV) presentar a la acción de protección en una nueva luz, partiendo de la hipótesis antes indicada, esto es, que la acción de protección entendida más allá de sus puros contornos judiciales se presenta como una importante fuente de oportunidades legales. Por medio de la comparación de dos casos de movilización legal, las acciones presentadas en contra de las alzas unilaterales operadas ilegalmente por las Isapres, de una parte, y las acciones para reclamar la cobertura universal

del tratamiento para el VIH, sugerimos que la acción de protección, en tanto oportunidad legal, cuando ha ido de la mano de la densidad organizacional de los actores que la interponen, ha servido como mecanismo para señalar —pese a su anotada naturaleza cautelar— la necesidad de adoptar cambios legales de envergadura social (desde luego, más allá de la decisión concreta del caso o los casos).

## II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ALCANCES

### 1. *Breve nota sobre su origen*

El recurso de protección ha gozado de un singular prestigio en Chile, destacando como una de las novedades y aportes más importantes de la Constitución de 1980. Se trataría de una excepción a nivel comparado, ya que en el resto de la región no existen acciones cautelares aplicables directa e inmediatamente a los derechos constitucionales (Leturia, 2018: 228). A pesar del carácter cautelar que la dogmática constitucional le ha atribuido, el recurso de protección constituye el arreglo institucional más efectivo a disposición de los ciudadanos para restablecer, tanto en forma individual como colectiva, la protección de derechos fundamentales que se considere hayan sido vulnerados (Pfeffer, 2006: 88), no existiendo otro “instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena” (Bordalí, 2020: 201-225).

La idea de introducir un mecanismo de resguardo de los derechos fundamentales tomó forma bajo la presidencia de Salvador Allende (1970-1973), a partir de una propuesta de congresistas de derecha orientada a fortalecer el rol de los tribunales superiores frente a los poderes Legislativo y Administrativo del gobierno socialista, en un contexto histórico de plena guerra fría. El propósito de la introducción del recurso de protección fue extender la garantía existente para el *habeas corpus* a una serie de derechos más amplia, *in primis* el derecho a la propiedad (Bordalí, 2020: 68-69). A pesar de que la acción de protección se limita a una serie de derechos individuales, relacionados principalmente con las libertades económicas; que dicha serie no contempla derechos económicos ni sociales

(Navarro, 2012: 630-640), y que la garantía jurídica, en muchos casos, se encuentra ulteriormente restringida por las condiciones que establece la ley, una serie de factores ha contribuido a su aumento progresivo.

En primer lugar, la regulación de la acción de protección fue reformada sucesivamente por la Corte Suprema, con el resultado de simplificar la interposición<sup>8</sup> de la que siempre fue pensada como una acción sencilla e informal (Ríos, 2007: 38-40). La reforma de 2007 incrementó el margen admitido para su interposición de 15 a 30 días desde la ocurrencia del acto arbitrario o ilegal que originó la transgresión de una garantía constitucional, aumentando significativamente su uso y provocando lo que ha sido llamada una “revolución silenciosa” en la protección de los derechos fundamentales en Chile (Navarro, 2012: 641). En segundo lugar, un rol importante en el incremento de los recursos de protección se ha debido a la propia práctica judicial. Como menciona el artículo 20, el recurso de protección puede ser interpuesto cada vez que un acto “ilegal” o “arbitrario” perjudica el goce de un derecho fundamental que figura en la mencionada norma. Mientras que un acto ilegal necesariamente viola una disposición legal existente, o dicho de otro modo, requiere que se logre acreditar dicha violación, lo que operaría como filtro, un acto arbitrario no necesariamente lo hace, no dejando por ello de ser injusto, inmotivado o infundado y por ende susceptible de ser reprochado por vía de la protección (Pfeffer, 2006: 9). Todo esto, además, en el contexto de una práctica que, en cualquier caso, ha interpretado con especial laxitud ambos requisitos y a veces prescindido derechamente de evaluar si una vez determinada la ilegalidad o la arbitrariedad se afecta un derecho de los listados en el artículo 20, CPR (Vargas, Peña y Correa, 2001: 64-68; Lovera, 2017: 185 y 186). Esta diferencia se volvió importante en el escrutinio de los actos administrativos, un ámbito en el cual la acción de protección fue una herramienta clave, tanto en su origen (Soto, 1976: 157; Cea, 2008: 663 y 664) como en su práctica (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003: 70-72, 79-81), supliendo la ausencia del procedimiento contencioso administrativo, lo que ha comenzado a cambiar con la creación de los tribunales especializados (como el ambiental) y el creciente rol que vendría a cumplir la Contraloría General de la República (Cordero, 2020: 17-21).

---

<sup>8</sup> Auto Acordados, 1992, 2007 y 2015.



## 2. *Una acción cautelar*

La creación del recurso de protección se celebró como un gran avance en la protección de los derechos fundamentales. Se trataba, se dijo, de “la innovación, teórica y práctica... más profunda y significativa de nuestro Derecho Público en el presente siglo” (Contreras y Lovera, 2020: 92).

Su entrada en vigencia también generó un importante debate acerca del alcance de esta acción constitucional y de su carácter más o menos cautelar. Gastón Gómez, por ejemplo, ha planteado que los derechos fundamentales no son meros derechos subjetivos, sino que tienen una dimensión pública en cuanto le corresponden a todo ciudadano. Por lo mismo, el recurso de protección, cuyo objetivo principal es el amparo de ciertos derechos, no tendría un alcance solo individual.<sup>9</sup> Ello equivaldría a “lesionar la finalidad pública y racional —es decir igualitaria y discernible— que subyace a la Constitución” (Gómez, 2005: 21). Por supuesto que, para que ello fuera posible, el recurso de protección debió haber servido como una herramienta institucional que permitiera a los jueces y las juezas dibujar, en conjunto y de modo encadenado en el tiempo, aunque sobre la base de casos individuales, información respecto del contenido de los derechos fundamentales constitucionales — al menos de los amparados por el instituto — (Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26).

¿Era el recurso de protección una acción judicial que podría estar a la altura de esa tarea? Hoy, con la ventaja del paso del tiempo, podemos esgrimir dos tipos de razones para responder negativamente esta pregunta. Su diseño, esto es, cómo se la pensó y configuró, primero, y la práctica constitucional que siguió a su establecimiento, segundo.

Sobre lo primero, es decir sobre el diseño y configuración, debemos anotar que, desde su origen, el recurso de protección fue presentado como un “remedio procesal pronto y eficaz”, para proteger los derechos, ofreciendo una vía “expedita [y] pronta...” (Soto, 1976: 157 y 158). Más importante para lo que destacamos acá: “Un medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona... sin que el ejercicio de él signifique la precisión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos

---

<sup>9</sup> Esta forma de entender el recurso de protección, como una garantía jurisdiccional que satisface una dimensión tanto subjetiva como objetiva, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.

valer más latamente en un procedimiento diferente ante las magistraturas que correspondan” (Soto, 1976: 156).<sup>10</sup>

Incluso, como señala Pfeffer (2006) recordando las discusiones que dieron origen a su constitucionalización, un “procedimiento de emergencia”, mientras (Romero, 1999: 513)<sup>11</sup> se discute (o hasta que vuelva a discutirse) el fondo en algún tribunal de instancia (Pfeffer, 2006: 92), lo que inevitablemente transforma sus decisiones en unas de carácter provisorio (Ríos, 2007: 44). Esto es con fuerza de cosa juzgada formal.<sup>12</sup>

Sobre lo segundo —recuérdese cómo la práctica constitucional ha venido delineando los alcances de la acción— puede afirmarse hoy sin problemas que el recurso de protección ha confirmado el perfil con el que se lo pensó (Henríquez, 2018: 4-6; Contreras y Lovera, 2020: 92 y 93; Almonacid, 2020: 327). De acuerdo a la práctica constitucional, el recurso opera como una acción precautoria (Marshall, 2010: p. 68) de urgencia (como alternativa a la autotutela) (Bordalí, 2006: 207, 217; Jana y Marín, 1996), o de carácter instrumental (Gómez, 2005: 77). Se trataría de una acción cautelar, ya que comparte con otras medidas cautelares su carácter de urgencia, no requiere esperar el juicio para proteger de manera preventiva derechos fuertes y no entrega sentencias definitivas (Leturia, 2018: 231 y 232; Almonacid, 2020: 329), sin perjuicio de que sí logre establecer decisiones permanentes (Larroucau, 2020b). Y aunque en los últimos años la acción se ha extendido a situaciones diversas a las que motivaron su introducción al derecho, por ejemplo, alzando la protección de derechos

---

<sup>10</sup> Más tarde, describiría la tendencia jurisprudencial a rechazar algunos recursos presentados, cuando existieran otros remedios procesales, como una restricción (Soto, 1984).

<sup>11</sup> Romero (1999) se refiere al concurso de acciones.

<sup>12</sup> Es cierto, como advierte Aldunate, que es posible que las cortes, al decidir recursos de protección, decidan el fondo de la cuestión. Aldunate, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección” (1999: 239). Pero esa es una decisión, por la fisonomía propia de la acción, que estará firme, mientras las partes involucradas no activen la vía (constitucionalmente) habilitada para litigar el fondo del asunto a través de la protección en un procedimiento de lato conocimiento. Desde luego, esto dependerá de las circunstancias concretas del caso, en la medida que ellas permitan que el asunto pueda volver a discutirse (lo que podría vincular esta discusión con la relativa al carácter indultado que debe tener el derecho, cuyo agravio se reclama vía protección (Romero, 1999: 511-512). Si esas circunstancias hacen imposible que el asunto pueda revisarse en un procedimiento de conocimiento lato, entonces la controversia sobre el recurso como sustituto o complemento procesal nunca se produjo.

diferentes a los que lista el precepto constitucional que la reconoce, ello “no cuenta como un argumento en favor de que ella deba cumplir un papel distinto del de una tutela de urgencia” (Larroucau, 2019: 251).

Otros autores que han debatido la naturaleza del recurso de protección han argumentado que dicha acción “no persigue la declaración de un derecho” y que “el pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero...” (Larroucau, 2020a: 485, 489). En otras palabras, el recurso de protección no sería, en sí, una acción cautelar, ya que lo cautelar no se refiere al contenido de la acción sino a las medidas de protección aplicadas en consecuencia. Esta posición intermedia admitiría, en principio, la posibilidad de que los jueces y juezas que resuelven los recursos de protección sigan teniendo cierto margen para delinear los derechos fundamentales con los que se relacionan estas acciones legales. Como veremos ahora, éste no ha sido el caso.<sup>13</sup>

En efecto, más allá de estas razones, hay un segundo aspecto de la práctica constitucional que ha conspirado contra el carácter informativo (en los términos arriba definidos) del recurso. Se trata del escaso razonamiento sustantivo que en sus sentencias es posible (o más bien dicho, imposible) encontrar, lo que hace del recurso de protección una herramienta estéril para construir una jurisprudencia sobre derechos fundamentales (Vargas, Peña y Correa, 2001: 62-69; Bordalí, 2011: 68-71). Ello se debe tanto al énfasis judicial en “los criterios legales, más constitucionales” (Larroucau, 2019: 262 y 263), como por el diseño mismo de la acción.

En efecto, la proliferación de acciones de protección se ha dicho que ha contribuido a vulgarizar el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Estos derechos, así, son degradados “al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema” (Gómez, 2005: 77-78). Como señala Leturia (2018), “(l)a adopción de soluciones jurisdiccionales que nacen de la aplicación directa de la Constitución... (ha) empobre(cido) el debate político y dificultando la precisión y correcta delimitación del contenido de los derechos” (234). Se trata de la misma preocupación que ha formulado Bor-

---

<sup>13</sup> De lo que no se sigue, desde luego, que la configuración no pueda tener lugar en otra sede, como la legislativa. Webber y Yowell (2018).

dalí y Aldunate, para quienes “(u)na tutela de urgencia y provisional de los derechos fundamentales se mostraría incapaz de contribuir a consolidar una dogmática constitucional en nuestro país” (Bordalí, 2006: 206), cuya consecuencia sería “un notable empobrecimiento conceptual en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales” (Aldunate, 2008, 365).

Como insinuó Carlos Peña, quizás esto es consecuencia de una cultura judicial poco preparada para un razonamiento de derechos fundamentales.<sup>14</sup> Así, dijo que se trataba de “una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica” (Peña, 1996: 155). Sin embargo, como acertadamente observó Atria (2000), una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una “práctica constitucional (que) es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica” (389). Este empobrecimiento conceptual, entonces, sería consecuencia de la fisonomía misma del recurso de protección. En efecto, el carácter informal de la misma, así como la posibilidad de abrir un espacio institucional a la aplicación directa de las regulaciones constitucionales, allanó el camino a la falta de precisión conceptual de los derechos fundamentales; una «vulgarización por constitucionalización», como se ha sostenido (Correa, 2005: 161-175). El problema de la jurisprudencia del recurso de protección, como el mismo Atria lo indicara hace cerca de 20 años atrás, es que de la forma que ha sido producida hace “difícil, por no decir imposible (su) sistematización” (1997: 129) lo que atenta contra la certeza jurídica (Accatino, 2007: 17-29). Frente a quienes señalaban que la riqueza de las resoluciones de protección descansa en su carácter multiforme, Atria sostenía, acertadamente, que “es poco robusta precisamente porque es multiforme” (1997: 129).

### III. CAMBIO SOCIAL Y DERECHO

Como señalamos más arriba, el recurso de protección ha sido utilizado con una frecuencia creciente debido a cambios tanto formales como ligados a la práctica judicial. Otro factor que contribuyó al aumento de los recursos de protección en el tiempo fue la renovación de la judicatura en

---

<sup>14</sup> Es lo contrario, sostuvo Soto (1984: 365) años atrás, lo que habría llevado a entregar la resolución de este recurso a los tribunales superiores: “concedor el constituyente de la poca destreza que el juez poseía del manejo de la ley fundamental, entrega el conocimiento del RP a los tribunales superiores...”.

su conjunto, que de reconocidamente iliberal se volvió gradualmente más progresista en sus posturas. Contrariamente a lo que sugiere el sentido común, sin embargo, la transición a la democracia no tuvo un impacto directo sobre esta transformación. Factores ideológicos, junto con una estructura institucional que favoreció el conservadurismo, impidieron por mucho tiempo la adopción de principios más liberales por parte de los jueces. De hecho, durante la década de los noventa, el sistema judicial chileno mantuvo la postura condescendiente que lo había caracterizado durante la dictadura militar de Augusto Pinochet (Hilbink, 2009: 12). Adicionalmente, como sostienen algunos, las cortes chilenas fueron asignadas a tareas de derecho privado, que junto con la resiliencia de una cultura judicial amarrada al derecho natural y a la débil influencia del “nuevo constitucionalismo” sobre los jueces y las juezas, habría contribuido a la perpetuación de una actitud pasiva hasta bien avanzada la década de los noventa (Couso y Hilbink, 2011: 101-105).

### *1. El derecho como una herramienta de cambio*

Análisis más recientes, reconocen un rol más activo de las cortes chilenas en la política. Aunque el Poder Judicial nunca reconoció su responsabilidad por el rol negligente asumido durante la dictadura, en su interior se dio un debate que produjo cambios importantes en las actitudes de los jueces hacia asuntos de derechos humanos, especialmente tras la detención del general Pinochet en Londres en 1998. Siguió reformas institucionales inspiradas por un cambio de paradigma desde el derecho positivo hacia el nuevo constitucionalismo. Éstas, a su vez, impulsaron cambios en la formación y socialización de los jueces, influenciando su ideología y comportamiento mediante un cambio en los incentivos y en la percepción de su rol en el contexto democrático, favoreciendo en última instancia la transición de una actitud deferente al activismo, al menos en ciertos niveles del Poder Judicial (Couso y Hilbink, 2011: 105-110).

En este nuevo contexto, los miembros del sistema judicial permitieron una extensión progresiva de los derechos constitucionales, en un esfuerzo concertado por ampliar el acceso a la justicia. Este objetivo se logró mediante nuevas interpretaciones jurídicas que permitieron la interposición de recursos de protección en ámbitos en los que antes no lo permitían. El derecho a la propiedad privada, seguido por el derecho a la igualdad ante

la ley y el derecho a la vida, fueron los derechos invocados con más frecuencia mediante recursos de protección, convirtiéndose en un medio para ampliar su alcance hasta incluir derechos que no están garantizados constitucionalmente por la actual formulación del artículo 20 de la Constitución (Navarro, 2012: 625). El alcance del derecho a la propiedad privada, por ejemplo, fue ampliado sustantivamente al ser extendido a bienes inmateriales, con el objetivo de ampliar la garantía constitucional a derechos que no están incluidos en el mencionado artículo. Ejemplo de ello es el esfuerzo realizado por los jueces para proteger el derecho a la salud mediante la reinterpretación del derecho a la propiedad privada en el caso de los planes de salud de las Isapres, cuyo precio sufre cambios unilaterales al alza en forma anual y sistemática. Otro ejemplo se puede encontrar en el ámbito de la educación, donde las cortes han invocado el derecho a la propiedad privada para reafirmar la obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación a los alumnos que fueron expulsados de sus colegios a raíz de las tomas, o cuya matrícula fue ya sea rechazada o cancelada. De la misma forma, el derecho a la vida ha sido utilizado en el caso de enfermedades potencialmente letales, como el VIH-sida, para resguardar el derecho a la salud, que no está protegido constitucionalmente (Pfeffer, 2006: 102).

## 2. La movilización legal

Por movilización legal se entiende, *stricto sensu*, la litigación orientada a promover o frenar el cambio social. Más en general, el término ha sido utilizado para describir cualquier proceso mediante el cual actores tanto individuales como colectivos invocan normas, discursos o símbolos legales con la finalidad de incidir en las políticas públicas o en el comportamiento de los decisores políticos (Vanhala, 2018). La gran pregunta que, implícita o explícitamente, articula la literatura sobre la movilización legal, y que sigue animando el debate académico, fue planteada provocativamente por Rosenberg: ¿tiene la movilización legal el potencial de transformar la sociedad? ¿Bajo qué condiciones? (Rosenberg, 1991: 1).

Las primeras contribuciones, que adoptaron mayoritariamente una perspectiva *top-down*, restringieron el foco a los impactos de las sentencias judiciales en la elaboración de políticas públicas, considerando el sistema judicial como una plataforma conservadora desde la cual era muy difícil conseguir cambios sociales significativos (Scheingold, 1974: 6; Horowitz,

1977, 309; Rosenberg, 1991: 2 y 3). En cambio, contribuciones posteriores, que adoptaron una perspectiva *bottom-up*, subrayaron la importancia de la movilización legal como un canal de participación política a disposición de los ciudadanos (Zemans, 1983: 692), y como una estrategia más dentro del repertorio de contestación al alcance de los movimientos sociales (Burstein, 1991: 1201).

Algunos autores destacaron que la movilización legal juega un rol educativo, ofreciendo una experiencia politizadora que promueve la formación de activistas (McCann, 1993: 203), y que ésta constituye una oportunidad para la participación de actores no organizados, cuyas demandas difícilmente son compartidas de manera transversal (Smulovitz, 2008: 289). Otros, en cambio, señalaron la utilidad de la movilización legal aún en caso de derrota judicial, explorando el potencial de la movilización a la sombra de la ley (Boutcher, 2010), de la victoria a través de la derrota (NeJaime, 2011), y del éxito sin victoria (Contesse y Lovera, 2008).

Sin embargo, otro grupo de autores ha destacado que el litigio es un arma de doble filo, planteando que éste esencialmente inhibe la efectividad de los actores (Brown-Nagin, 2005: 1436; Pieterse, 2008: 364) y que algunas victorias judiciales pueden producir cambios muy poco relevantes, o derechamente regresivos (Barkan, 2013). Esencialmente, este segundo grupo de autores sugiere que la relación entre los tribunales y los actores sociales es mucho más compleja y contingente de lo que se pueda estimar a primera vista.

El debate sobre la utilidad de las cortes para impulsar cambios legales sigue hasta el día de hoy. Muchos políticos y académicos están convencidos de que las cortes no son el lugar indicado para buscar cambios legales que se requieren, y que las leyes que se relacionan con derechos sociales deben ser elaboradas por el Poder Legislativo, implementadas por el Poder Ejecutivo y aplicadas por el Poder Judicial. Además, quienes comparten esta postura señalan que estas prácticas darían lugar a una conducta no democrática y “activista” de los jueces, que tendrían el poder de legislar desde los tribunales (Langford, 2008).

#### IV. EL POTENCIAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO UNA OPORTUNIDAD LEGAL: ESTUDIOS DE CASO

##### 1. *La acción de protección como oportunidad legal*

Consideramos la acción de protección como una oportunidad legal (Andersen, 2005: 8-14) a raíz del hecho que ésta garantiza un acceso expedito y sin costos a la justicia. La interposición de un recurso de protección puede ocurrir frente a cualquiera de las 17 cortes de apelaciones del país, es gratuita y no requiere de los conocimientos de un abogado. Los únicos requerimientos para su interposición son la descripción detallada de cuándo y cómo ocurrió la vulneración o amenaza del goce de uno o varios derechos fundamentales claramente especificados, y el respeto del plazo de 30 días desde que ocurrió dicha vulneración o amenaza. En otras palabras, la interposición de un recurso de protección no pone barreras relevantes en términos de acceso a la justicia por parte de la ciudadanía.<sup>15</sup> Como lo ha señalado recientemente Carrasco, además de la rapidez con que se resuelven estas acciones, las “escasas reglas procedimentales y probatorias han sido un incentivo irresistible para los litigantes al momento de impugnar una acción u omisión antijurídica de un órgano de la Administración del Estado” (2021: 198).

Sin embargo, los obstáculos surgen al momento en que la acción de protección inicia su trámite, ingresando al sistema judicial. En efecto, y para lo que acá nos interesa discutir, el diseño de la acción, así como su práctica constitucional, se han mostrado especialmente hostiles a la hora de defender valores públicos o colectivos derivados del “papel estructurante” que los derechos fundamentales tienen o debieran tener en una sociedad (Jenkins, 2021: 332). Esto se debe, en buena medida, a una concepción individualista que permea el conflicto procesal, en la que camparía una “lógica

---

<sup>15</sup> Esto no es tan cierto en el ámbito medioambiental, donde a menudo se requiere la realización de estudios de suelo, agua, vulcanológicos, entre otros, para demostrar la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19.8); lo que configuraría un acceso desigual a la justicia, siendo que las empresas proponentes de los proyectos cuentan con muchos más recursos económicos para financiar dichos estudios que, por ejemplo, las comunidades y movimientos ciudadanos o indígenas que se oponen a los mismos.



civilista” conforme a la que la acción de protección ha terminado siendo “una acción de carácter individual” (Jenkins y Malebrán, 2021: 333-335). La renuencia de las cortes a acoger acciones de protección que trasciendan al individuo que las presenta (Henríquez, 2018: 21-25), en definitiva, ha reducido los derechos fundamentales a “meros derechos subjetivos” (Jenkins y Malebrán, 2021: 337), lo que hace aún más difícil que cumpla con la función pública arriba identificada.

Mientras la lectura centrada en el ámbito judicial se queda allí, sin por ello dejar de ofrecer importantes antecedentes, nos interesa expandir la mirada. Como hemos dicho al inicio, es aquí donde cobra importancia el tipo de actor que interpone el recurso de protección y las acciones emprendidas por éste, más allá de la interpelación de las cortes. Esto permite explicar que el recurso de protección siga siendo una oportunidad para los individuos o grupos que lo interponen, pues incluso el rechazo de recursos de protección interpuestos en el marco de causas delicadas, y al mismo tiempo respaldadas por actores dotados de una capacidad de problematización de la demanda en cuestión, tiene el potencial de contribuir a delinear los derechos que éstos protegen y, en ocasiones, a propiciar cambios legales relevantes.

En este trabajo postulamos que existen distintos tipos de actores, más o menos densos organizacionalmente, que tienen mayor o menor capacidad de liberar el potencial señalizador de la necesidad de adoptar cambios legales que el recurso de protección guarda. Actores más densos organizacionalmente serán capaces de posicionar demandas individuales como problemáticas colectivas, por medio de un efecto señalizador eficaz del recurso de protección, mediado por interacciones de distinto tipo con el sistema político. Actores menos densos organizacionalmente, en cambio, no lograrían el posicionamiento de demandas individuales en el plano colectivo, y obtendrían un efecto señalizador débil o nulo del recurso de protección.

En cuanto a los factores que favorecen la transposición de una demanda al plano público, lo que ocurre mayoritariamente, aunque no exclusivamente, a través de la protesta y del *lobby*, los teóricos de la movilización de recursos han argumentado que existen distintos tipos de recursos. McCarthy y Zald, por ejemplo, enfatizaron la importancia de los recursos externos, como los económicos, la infraestructura, la legitimidad y la disponibilidad de recursos humanos (McCarthy y Zald, 1977: 1236-1238),

mientras otros se han enfocado exclusivamente en el papel de los recursos internos, tales como las redes preexistentes y el capital humano de los grupos movilizados (Morris, 1981: 746 y 747). Otros autores han apuntado a la disponibilidad de conocimiento experto como un prerrequisito para la activación de estrategias de *lobby*, ya que los legisladores son más propensos a escuchar a quienes son profesionales y hablan su mismo lenguaje. Particularmente relevante, en este sentido, es el “contexto legislativo”, un concepto que agrupa diferentes elementos que influyen el quehacer legislativo, como el conocimiento de los legisladores, la atención de la opinión pública, el consenso político, entre otros (Victor, 2007: 830-833).

## 2. La evidencia a partir de dos casos emblemáticos

A continuación, exploraremos dos casos emblemáticos en los que se aprecia la importancia de una configuración de factores susceptibles de habilitar el rol señalizador del recurso de protección de la urgencia de adoptar cambios legales. En el primer caso, estamos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permite dotar el recurso de protección de un efecto señalizador eficaz, de la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, veremos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional es nula, tiene un efecto señalizador débil, que diluye la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado.

### A. El caso de las personas viviendo con VIH-sida

El primer caso vio el despliegue, a fines de los años noventa, de una estrategia legal por parte de un grupo de personas con VIH-sida, en una época en que el tratamiento para esta enfermedad no estaba disponible en Chile, y su financiamiento no se encontraba cubierto por el Estado. En este caso jugó un rol protagónico Vivo Positivo, una organización de alcance nacional que articulaba a las personas con VIH-sida, una minoría altamente organizada desde los tiempos de la dictadura. Dicha organización gozaba,

por tanto, de cierta legitimidad, y contaba con capital humano especializado en la problemática que afectaba a sus miembros.

La negación del acceso universal y gratuito al tratamiento antirretroviral configuraba, de acuerdo a los afectados, una violación del derecho a la vida, consagrado por el artículo 19.1 de la Constitución política, por parte del Estado. Se trataba de un asunto de vida o de muerte, altamente sensible, cuya resonancia a nivel social fue incrementando en el tiempo.

Frente a la delicada situación de miles de personas, y con el patrocinio de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Vivo Positivo promovió la interposición de una serie de recursos de protección por parte de personas que padecían VIH-sida. Sin embargo, las tres acciones legales interpuestas en 1999 fueron declaradas inadmisibles por invocar el derecho a la vida (artículo 19.1). De acuerdo con los jueces, el derecho a litigar debería haber sido el derecho a la salud (artículo 19.9), y no el derecho a la vida, el que sin embargo se encontraba excluido de la garantía constitucional.<sup>16</sup>

En 2000, tras una intensa cobertura de los primeros tres casos por parte de los medios de comunicación, fueron interpuestos 24 nuevos recursos de protección. Si bien esta vez las acciones legales fueron admitidas, y no obstante el reconocimiento del derecho a la vida como absoluto por parte de la doctrina judicial, estos recursos fueron fallados en contra bajo el argumento que la amenaza a la vida provenía de la enfermedad y no de una omisión del Estado. En 2001, fue presentado un último recurso de protección apelando al derecho a la vida como absoluto, el que fue fallado a favor por la Corte de Apelaciones frente a la cual fue tramitado, pero luego desestimado por la Corte Suprema (Corte Suprema, 2001), que señaló que la sede para resolver ese tipo de problemas no debía ser la judicial, sino aquella política.

Las sucesivas derrotas judiciales habían sido cubiertas extensamente por la prensa, lo que había generado un amplio debate público, una intensa discusión académica y una nueva sensibilidad social con respecto a la

---

<sup>16</sup> La exclusión del derecho a la salud de las garantías constitucionales se remonta a la idea de Estado subsidiario, un Estado en el que la libertad económica es el motor principal de la economía, y en el que el sector público intervenía solamente en los espacios residuales, que excedía la capacidad de los privados y no cubiertos por la capacidad de los mismos. De esta forma, los llamados derechos “positivos”, que dependían de la disponibilidad de fondos públicos, quedaron excluidos de la garantía constitucional plasmada en el texto fundamental de 1980.

situación de las personas con VIH-sida, incrementada por el fallecimiento de varios litigantes, quienes se encontraban a la espera de una definición por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tras haber agotado los recursos internos, en pleno proceso de judicialización.

Las derrotas judiciales tuvieron repercusiones positivas en el sistema político, donde la problemática del VIH-sida, salvo los esfuerzos de algunos parlamentarios por legislar sobre el tema, había dormido extensamente. Sin embargo, dichas repercusiones no se debieron meramente a lo ocurrido en las cortes. Desde 1997, Vivo Positivo había desempeñado un rol clave en las negociaciones entre el gobierno y ONUSIDA, la agencia ONU a cargo de las problemáticas generadas por la epidemia del VIH-sida a nivel mundial. El capital humano y el conocimiento experto del personal que integraba Vivo Positivo permitieron que la organización empezara a tener el peso necesario para influenciar a los tomadores de decisiones en el ámbito de las políticas del VIH.

En 2001, el Estado y organizaciones no gubernamentales postularon al Fondo Global de Naciones Unidas para lograr el financiamiento de las triterapias y garantizar progresivamente la cobertura universal del tratamiento antirretroviral (Contesse y Lovera, 2008: 157 y 158). Además, representantes de la agrupación lograron negociar en forma directa con las principales contrapartes nacionales a cargo de las políticas relacionadas con la gestión de la epidemia en Chile, entre los que destacan el Ministerio de Salud, Conasida, directivos del ámbito de la salud y encargados de programas dedicados al VIH. Adicionalmente, Vivo Positivo lideró la capacitación y generación de condiciones para la integración social de las personas con VIH-sida, jugando un rol clave en la ejecución y control social del proyecto del Fondo Global para Chile, y en el diseño de políticas públicas para asegurar la distribución de los tratamientos en el país (Contesse y Lovera, 2008: 157). Finalmente, Vivo Positivo asesoró al gobierno en la elaboración de un proyecto de ley que garantizara la cobertura universal de algunas enfermedades catastróficas, entre ellas el VIH (Ley 19.779 de 2001).

En este caso, la derrota judicial contribuyó a legitimar la demanda por una cobertura universal y gratuita del tratamiento antirretroviral en Chile. Sin embargo, el empujón más fuerte para el cambio legislativo fue dado por la eficacia del poder señalizador de los recursos de protección interpuestos, respaldado por la densidad organizacional de los actores no gu-

bernamentales involucrados en la generación de políticas públicas para enfrentar la pandemia del VIH-sida en Chile, sin los cuales ni la derrota judicial, ni la sensibilización operada por el debate público, ni la cobertura por parte de los medios de comunicación hubiesen podido lograr algún resultado político.

### *B. El caso de las Isapres*

El segundo caso guarda relación con las alzas unilaterales en el precio de los planes de salud privada, fenómeno que ha generado una ola de judicialización en este ámbito. La impugnación de las alzas ocurrió por primera vez en 2008 en virtud de la violación del derecho a la propiedad (artículo 19.24), piedra angular de la Constitución de 1980. El derecho a la propiedad, aplicado a los planes de salud, implica la imposibilidad de operar variaciones unilaterales en el precio de los mismos, por lo que el argumento de los litigantes fue bien acogido por los jueces.

Tras los primeros éxitos judiciales, que permitieron el reembolso del dinero cobrado ilegalmente a los cotizantes, la interposición de recursos de protección en el ámbito de la salud privada se sistematizó y masificó a niveles jamás pensados. La acogida del argumento basado en el derecho a la propiedad generó un nuevo nicho de negocio, que fue aprovechado por decenas de empresas en línea que ofrecen el servicio de interposición gratuita de recursos de protección en contra de las Isapres que, siendo la parte perdedora, además de restituir las sumas cobradas ilegalmente a los cotizantes a raíz de las alzas unilaterales, también deben pagar los gastos relacionados con los juicios. La ola de judicialización que embistió al sistema judicial, por otra parte, requirió de ajustes por parte del mismo para poder atender a esta nueva clase de demandas, consistentes de la automatización de la tramitación de estos recursos.

Sin dudas que la victoria judicial desincentivó la búsqueda de otras vías para la canalización del descontento de los afiliados de las Isapres, pero ésta está lejos de ser la única responsable del efecto regresivo de los recursos de protección interpuestos en este ámbito. Si bien la cobertura mediática de la oleada de judicialización fue consistente, y se haya inaugurado cierto debate académico sobre la reforma al sistema de salud privada, la vía política no se prospectó como una posible alternativa a la vía judicial, como ocurrió en el caso del VIH-sida. La vía política no se exploró por

la escasez de actores dotados de la capacidad de convertir una demanda individual en una demanda pública.

Como he mencionado, los actores responsables de la interposición de casi un millón de recursos de protección en los últimos 10 años son individuos y empresas en línea, abocadas casi exclusivamente a ese servicio. A lo largo de la historia democrática ha existido un solo intento de acción colectiva en el ámbito de la salud privada: aquél, representado por Corpusapres en 2000, frustrado a causa de la escasa asociatividad que se registraba (y se registra hasta la actualidad) entre los cotizantes de la salud privada, pertenecientes al 20% más rico de la población.<sup>17</sup>

Con la agravante de la victoria judicial sistemática, la demanda, acotada a la ilegalidad de las alzas en el contexto de los derechos contractuales, terminó reduciendo los contornos de una demanda más generalizada por una mayor justicia en el sistema de salud. Además de no existir una verdadera demanda articulada por los actores sociales, en este ámbito se ha observado, a lo largo de las últimas décadas, una voluntad política insuficiente, que no logró catalizar los consensos para adoptar reformas políticas que llevan años siendo debatidas, pero que aún “duermen” en el Congreso.

Como demuestra la comparación de estos dos casos emblemáticos, el recurso de protección tiene el potencial de catalizar reformas legales, siempre y cuando tenga un efecto señalizador eficaz. Para ello, los actores sociales que lo interponen deben poseer cierta densidad organizacional, la que es susceptible de habilitar un proceso de delineamiento de la demanda en la esfera pública. En cambio, si el recurso de protección es utilizado por actores desorganizados, es susceptible de tener un efecto señalizador débil, que no logra dotar la demanda en cuestión de la legitimidad y urgencia necesarias para impulsar cambios legislativos. Para que el recurso de protección cumpla con su función delimitadora de los derechos, entonces, más allá de la victoria o de la derrota judicial, sería clave la existencia de un actor organizado que tenga claro cuáles son los objetivos de su acción colectiva.

---

<sup>17</sup> Entrevista con el abogado del Consejo de Defensa del Estado, 16 de noviembre de 2016.

## V. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, podemos afirmar que el recurso de protección, considerado *per se*, es un dispositivo que responde a la lógica cautelar, más que al llamado a cumplir una función señalizadora de la urgencia de implementar determinados cambios legales. Sin embargo, el recurso de protección ofrece un canal de participación política, constituye una estrategia al alcance de los actores sociales, y puede cumplir una función señalizadora eficaz de la necesidad de implementar cambios legales. En el primer caso analizado, estuvimos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permitió dotar el recurso de protección de un efecto señalizador fuerte, que evidenció la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, vimos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional era nula, tuvo un efecto señalizador débil, que diluyó la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado en los resultados de cientos de miles de litigios puntuales.

Como fue ilustrado claramente por el caso del VIH-sida, la movilización legal, siempre y cuando esté acompañada por cierta densidad organizacional, promueve el interés público y dota a la demanda de la legitimidad y de la urgencia necesaria, como para ser oída por el sistema político. La identificación de este mecanismo causal nos permite desestimar el argumento de la naturaleza cautelar absoluta del recurso de protección, analizado bajo una nueva luz y en conjunto con las características del actor que lo interpone, de que sí serían capaces de activar el poder señalizador del mismo en pos de la urgencia de impulsar cambios por la vía política.

En este sentido, hemos alumbrado la importancia de la densidad organizacional de los actores, definida como un conjunto de recursos tanto internos como externos, materiales como inmateriales, que le permiten a quienes libran una estrategia legal, basada en la interposición de un recurso de protección, interactuar con el sistema político con el propósito de problematizar eficazmente su demanda y de impulsar cambios legales, más allá de las cortes y sus sentencias.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D. (2007). “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”. En BORDALÍ, A. (coord.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2a. ed. Santiago. Chile: LexisNexis.
- ALDUNATE, E. (1999). “La protección al acoso: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 20 (1).
- ALDUNATE, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALLARD, R. *et al.* (2016). “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”. *Revista Estudios Constitucionales*. 14 (1).
- ALMONACID, F. (2020). “Algunas propuestas para el rediseño de la acción constitucional de protección”. En MUÑOZ, F. y PONCE DE LEÓN, V. (coords.). *Conceptos para una nueva Constitución*. Santiago, Chile: DER Ediciones.
- ANDERSEN, E. (2005). *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. The University of Michigan Press: Ann Arbor.
- ATRIA, F. (1997). *Los peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- ATRIA, F. (2000). “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. *Revista Estudios Públicos*. 79.
- BARKAN, S. (2013). “Beware of Lawyers Bearing Gifts, or Why Social Movements Should be Wary of Litigation”. *Mobilizing Ideas*. Disponible en: <https://mobilizingideas.wordpress.com/2013/02/04/beware-of-lawyers-bearing-gifts-or-why-social-movements-should-be-wary-of-litigation/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- BASSA, J. y ASTE, B. (2015). “Mutación de los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos constitucionales a la salud y al trabajo en Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. 42 (1).
- Boletín Num. 8105-11. Núm. 038-367. 22 de abril de 2019.



- BORDALÍ, A. (2006). “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 19 (2).
- BORDALÍ, A. (2011). “El recurso de protección chileno al banquillo”. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 5 (7).
- BORDALÍ, A. (2020). “La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”. *Estudios de Derecho*. 77 (170).
- BOUTCHER, S. (2010). “Mobilizing in the Shadow of the Law: Lesbian and Gay Rights in the Aftermath of *Bowers v. Hardwick*”. *Research in Social Movement, Conflict and Change*. 31.
- BROWN-NAGIN, T. (2005). “Elites, Social Movements and the Law: the Case of Affirmative Action”. *Columbia Law Review*. 105 (5).
- BURSTEIN, P. (1991). “Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: the Struggle for Equal Employment Opportunity”. *American Journal of Sociology*. 96 (5).
- CARRASCO, E. (2021). “El recurso de protección en materia ambiental: ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento”. *Actualidad Jurídica*. 43.
- CEA, J. (2008). *Derecho constitucional chileno*. 2a. ed. T II. Santiago: Ediciones UC.
- CONTESSE, J. y LOVERA, D. (2008). “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH-sida: éxitos sin victoria en Chile”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 5 (8).
- CONTRERAS, P. y LOVERA, D. (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORDERO, L. (2020). *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: DER Ediciones.
- CORREA, R. (2005). “Vulgarización por constitucionalización”. *Revista Derecho y Humanidades*. 11.
- CORTE SUPREMA. 9 de octubre de 2001. Rol núm. 2.186.
- COUSO, J. (2006). “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”. En GARGARELLA, R. et al. (eds.). *Courts and Social Transformations: An Analytical Framework*. Aldershot: Ashgate.

- COUSO, J. y HILBINK, L. (2011). "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile". En HELMKE, Gretchen y RÍOS-EPP, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: Univ. of Chicago.
- EDITORIAL (2019, 6 de abril). "Isapres que recibieron más recursos de protección subirán más sus precios". *La Nación*. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/isapres-que-recibieron-mas-recursos-de-proteccion-subiran-mas-sus-precios/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- FERRADA, J. et al. (2003). "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada para un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho (Valdivia)*. 14.
- GARCÍA, J. (2013). "Nueva jurisprudencia sobre Isapres: aspectos jurídicos y de política pública". *Sentencias destacadas*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- GÓMEZ, G. (2005). *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Diego Portales.
- HABERMAS, J. (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. 4a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- HENRÍQUEZ, M. (2018). *Acción de protección*. Santiago: DER Ediciones.
- HILBINK, L. (2009). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOROWITZ, D. (1977). *Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- JANA, A. y MARÍN, J. (1996). *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JENKINS, G. y MALEBRÁN, E. (2021). "Recurso de protección y proceso constituyente: propuestas de mejoras a la acción desde la perspectiva de la legitimación procesal". *Actualidad Jurídica*. 43.
- JORDÁN, T. (2013). "El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre

- el subsistema privado de salud”. *Revista Estudios Constitucionales*. 11 (1).
- LANGFORD, M. (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge and New York. Cambridge: University Press.
- LARROUCAU, J. (2019). “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”. *Revista de Derecho Privado*. 37.
- LARROUCAU, J. (2020a). “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*. 47 (2).
- LARROUCAU, J. (2020b). “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Coquimbo. 27 (4) [online].
- LETURIA, F. (2018). “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales*. 16 (1).
- LOVERA, D. (2017). “Destinatarios de los derechos fundamentales”. En CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.). *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general*. Santiago: LOM.
- MARSHALL, P. (2010). “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”. *Estudios Constitucionales*. 8 (1).
- MCCANN, M. (1993). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- MCCANN, M. (2008). “Litigation and Legal Mobilization”. En CALDEIRA, G. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford and Nueva York. Oxford: University Press.
- MCCARTHY, J. y ZALD, M. (1977). “Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory”. *American Journal of Sociology*. 82 (6).
- MORRIS, A. (1981). “Black Southern Student Sit-In Movement: An Analysis of Internal Organization”. *American Sociological Review*. 46 (6).
- MOTTA, O. (2011). “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”. *Texas Law Review*. 89.
- NAVARRO, E. (2012). “35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa”. *Estudios Constitucionales*. 10 (2).

- NEJAIME, D. (2011). "Winning Through Losing". *Iowa Law Review*. 96.
- NOTICIAS (2020, 3 de mayo). "Recurso de protección contra Isapres por alza de precios de los planes de salud de sus afiliados presentó Conadecus". *Diario Constitucional.cl*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/05/03/recurso-de-proteccion-contra-isapres-por-alza-de-precios-de-los-planes-de-salud-de-sus-afiliados-presento-conadecus/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- PEÑA, C. (1996). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PFEFFER, E. (2006). "El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile". *Estudios Constitucionales*. 4 (2).
- PIETERSE, M. (2008). "Health, Social Movements, and Rights-Based Litigation in South Africa". *Journal of Law and Society*. 35 (3).
- RÍOS, L. (2007). "La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno". *Estudios Constitucionales*. 5.
- ROMERO, A. (1999). "Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección". *Revista Chilena de Derecho*. 26 (2).
- ROSENBERG, A. (1991). "Selection and Science: Critical of David Hull's Sciences as a Process". *Biology and Philosophy*. 7.
- ROSENBERG, G. (2018). *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change*. 2a. ed. Chicago: University of Chicago Press.
- SALGADO, C. (2015). "Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional". *Revista de Derecho*. Coquimbo. 22 (1).
- SCHEINGOLD, S. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public, Policy, and Political Change*. Yale University: New Haven.
- SMULOVITZ, C. (2008). "La política por otros medios: judicialización y movilización legal en la Argentina". *Desarrollo Económico*. 48 (190-191).
- SOTO, E. (1976). "Amparo judicial y recurso de protección". *Revista de Derecho Público*. 19-20.
- SOTO, E. (1984). "El recurso de protección: aspectos fundamentales". *Revista Chilena de Derecho*. 11 (2-3).
- VANHALA, L. (2018). "Legal Mobilization". *Oxford Bibliographies*. DOI: 10.1093/OBO/9780199756223-0031. Disponible en: <https://www.o>

- xfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml* (recuperado el 15 de noviembre de 2021).
- VARGAS, J., (2001). *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- VICTOR, J. (2007). “Strategic Lobbying: Demonstrating How Legislative Context Affects Interest Groups’ lobbying Tactics”. *American Politics Research*. 35 (6).
- VIVANCO, Á. (2010). “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*. 37 (1).
- WEBBER, G. y YOWELL, P. (2018). “Introduction: Securing Human Rights through Legislation”. En WEBBER, G. *et al.*, *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZEMANS, F. (1983). “Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System”. *The American Political Science Review*. 77 (3).
- ZÚÑIGA, A. (2013). “Isapres, tribunal constitucional y distribución del derecho a cuidado sanitario”. *Revista Médica de Chile*. 141 (4).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La Constitución de la cuarta transformación

### *The Constitution of the fourth transformation*

*Recepción:* 12 de abril de 2021

*Aceptación:* 31 de mayo de 2021

Carlos ELIZONDO MAYER-SIERRA\*

**RESUMEN:** Este artículo pretende ofrecer una respuesta a la siguiente pregunta: ¿por qué, a pesar de todo su poder político, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) no llevó a cabo en los primeros dos años y medio de su gobierno reformas constitucionales que impactaran significativamente la naturaleza del régimen político? ¿Qué reformas si hizo y por qué? Se intentará ofrecer una respuesta a partir de dar cuenta de las reformas constitucionales aprobadas por el gobierno de la autodenominada “cuarta transformación” en sus primeros dos años y medio de gobierno.

**Palabras clave:** CPEUM, reformas constitucionales, regímenes políticos.

**ABSTRACT:** *This article aims to offer an answer to the following question: Why, despite all his political power, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) did not carry out in his first two years and a half in power constitutional reforms that significantly impacted the nature of the political regime? Which reforms did take place and why? An attempt will be made to offer an answer based on an account of the constitutional reforms approved by the government of the so-called “fourth transformation” in its first two years and a half of government.*

**Keywords:** *CPEUM, constitutional reforms, political regimes.*

---

\* Doctor en ciencia política por la Universidad de Oxford y profesor e investigador de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey. ORCID: 0000-0002-1919-1586; [carlos.elizondo@tec.mx](mailto:carlos.elizondo@tec.mx).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las reformas constitucionales de AMLO*. III. *Conclusiones*. IV. *Apéndice: reformas constitucionales aprobadas durante la 4T*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La tesis principal de este artículo es que, no obstante su gran poder político —cuyas causas y efectos consideraré en su momento—, Andrés Manuel López Obrador (AMLO) no lo utilizó en los primeros dos años y medio de su sexenio para llevar a cabo reformas constitucionales que impacten significativamente la naturaleza de nuestro régimen político. Sí ayudan a centralizar el poder en la figura del Ejecutivo, sobre todo cuando AMLO controla ambas cámaras, pero muchas de las reformas constitucionales aprobadas hasta ahora —reformas que describiré en su momento— tienen un carácter más bien simbólico, especialmente aquellas que se refieren a la ampliación de ciertos derechos, como intentaré argumentar.

López *et al.* (2020: 90) ofrecen dos posibles hipótesis para explicar la primera tesis: la primera, que la intención de AMLO es reinventar el orden político y social sin ninguna ruptura revolucionaria de por medio; segunda, que dicho reinvento “se ve acotado por las limitaciones sustantivas, temporales y procedimentales propias de una democracia constitucional, que restringen una voluntad única para someterla al escrutinio público y la pluralidad propia de una sociedad compleja”. De esta tensión entre ambas hipótesis surge lo que López *et al.* (2020: 91) identifican, a la vez, como un riesgo al orden democrático y como una suerte de paradoja: si la llamada cuarta transformación (4T) aspira a un cambio de régimen y, paralelamente, surgió de una elección democrática y de un mandato de cambio, ¿por qué no “relajar ciertos límites y controles en aras de concretar tal transformación” (López *et al.* 2020: 91)?

Este artículo argumenta que AMLO no quiso invertir capital político en hacer esas reformas, sino en dejar un legado en temas que considera fundamentales, pero que muchos de ellos son más simbólicos que otra co-

---

<sup>1</sup> Agradezco a Emilio Méndez su apoyo en la elaboración de este artículo, así como los sugerentes y críticos comentarios de dos dictaminadores anónimos a una versión previa, los cuales lo mejoraron sustantivamente.

sa.<sup>2</sup> Ha optado por otra ruta, que no será discutida en este texto: reformas a la legislación que violan la Constitución, como la reforma eléctrica. La más conspicua, el transitorio que extiende el mandato del presidente de la Corte y de los miembros de la judicatura por dos años.

Como veremos enseguida, la gran cantidad de reformas constitucionales llevadas a cabo por la cuarta transformación no era parte de la oferta electoral de Movimiento de Regeneración Nacional (Morena) ni de su plataforma política inicial. Sin embargo, como también veremos, hubo una circunstancia que, según sostendré, cambió el panorama: la sobrerrepresentación que obtuvo la coalición “Juntos haremos historia” (Morena, Partido del Trabajo y Partido Encuentro Social) en el Congreso federal. Esta circunstancia explica, contrafácticamente, por qué el partido del gobierno ha podido llevar a cabo parte de su 4T mediante reformas constitucionales y no, como en su momento aseguró AMLO (López *et al.*, 2020), mediante “el marco legal actual”. Sin embargo, enfrentó en el tema de la revocación de mandato la oposición en el Senado que le puso un freno en sus aspiraciones de aparecer en la boleta en la elección intermedia.

Esta sobrerrepresentación no obtenida en las urnas, sino construida mediante acuerdos con legisladores de otros partidos una vez pasadas las elecciones, tiene —y ha tenido, según sostendré— serios efectos sobre nuestro marco constitucional, especialmente en lo relativo a la división de poderes. Al respecto, escribe Przeworski (2010: 216 y 217):

Sencillamente no tiene sentido, y es posible que desde el comienzo no lo haya tenido, analizar la separación de poderes y las acciones de los gobiernos sin reconocer el papel de los partidos políticos. Y en la mayoría de las circunstancias, éstos hacen que el foco puesto en la separación de poderes se vuelva en gran parte insignificante. Si el mismo partido, o una coalición de partidos, controlan la legislatura y el Ejecutivo, y designan a los jueces, no hay más que un poder: la mayoría. Las funciones siguen siendo distintas y sigue siendo verdadero que diferentes ramas hacen diferentes cosas: aun en el sistema parlamentario puro, el Parlamento legisla, el gobierno ejecuta y los tribunales juzgan. Además, es posible que miembros del mismo partido todavía se tomen en serio los intereses del poder al que

---

<sup>2</sup> Una discusión sobre el marcado contraste que existe entre cómo está definido constitucionalmente el derecho a la salud y la forma en la que se distribuye y financia en la práctica, se encuentra en Elizondo (2007).



sirven. Pero el Parlamento legisla y el gobierno ejecuta la voluntad de una mayoría partidaria.

En el caso del gobierno de AMLO, le faltó tener las dos terceras partes de los votos en el Senado. Ahí estuvo el dique para las reformas que afectaban la naturaleza del régimen político. AMLO no puso mucha energía en tratar de vencer esas restricciones y la oposición se sumó al resto de sus reformas constitucionales.

Los cambios constitucionales hasta ahora aprobados no fueron parte de la oferta de campaña de AMLO a la presidencia de México para el periodo 2018-2024. En ésta, en el marco del aniversario 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), AMLO dijo que la Constitución actual “ya no es la original”, porque se ha “ajustado a los intereses de la banda de malhechores que se han dedicado a robar, a saquear nuestro país”. Sin embargo, semanas más tarde, durante una reunión con la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex), AMLO dijo que “no queremos iniciar con reformas [constitucionales]; con el marco legal actual podríamos iniciar los cambios. Vamos a dejar las reformas para mediados del sexenio” (AFP, 2018).

Como se verá a lo largo de este artículo, AMLO no cumplió con esta promesa. Cuando la hizo, probablemente no creía que su victoria le daría una mayoría tan amplia en el Poder Legislativo. Ésta fue muy superior a lo que sería esperable dado el porcentaje de votos que obtuvo su coalición en la elección legislativa.

Al respecto, Crespo (2020: 1053, 1093 y 1114) señala que

... la consecución de la mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas no se debe a la votación recibida en las urnas por la coalición obradorista, sino a la sobrerepresentación permitida por el sistema electoral vigente. En efecto, si bien AMLO recibió 55% de la votación efectiva para la presidencia, su coalición recibió solamente 44% en la pista legislativa (tanto en diputados como en senadores)... En 2018 el gran favorecido... fue el obradorismo, pues en la Cámara de Diputados su coalición quedó sobrerepresentada en 18 puntos porcentuales (mismos en que el resto de partidos quedaron subrepresentados); es decir, Morena, el PES y el PT obtuvieron en conjunto 44% del voto en dicha pista (11 puntos menos de lo captado por AMLO en la presidencial), pero recibieron el 61% de curules en dicha cámara. En otras palabras, eso significa que 44% de los votantes deseaba darle a López Obrador una mayoría absoluta en la Cámara de Diputados, en tanto que el restante 56%

no votó por eso (incluido el 11% de electores que sufragó por AMLO para presidente, pero no por su coalición para el Legislativo).<sup>3</sup>

Una vez que se encontró con todo ese poder, optó por modificar la Constitución para tratar de cumplir su proyecto de transformación, pero sin afectar de fondo la naturaleza del régimen político, lo cual contrasta con lo hecho por otros presidentes disruptivos como AMLO. Es relativamente común cambiar la Constitución a la menor oportunidad que tengan. Hugo Chávez convocó a un referéndum para dar forma a una asamblea constituyente (oficialmente llamada Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela) el mismo día que asumió el primero de sus dos mandatos presidenciales, el 2 de febrero de 1999. Dicho referéndum se llevó a cabo el 25 de abril de 1999, y la pregunta relativa a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que crease un nuevo ordenamiento jurídico a fin de conseguir una democracia “social y participativa” obtuvo el “sí” del 87.7 por ciento de los votantes.<sup>4</sup>

Chávez había ganado con el 56.5 por ciento de los votos la elección del seis de diciembre de 1998. En la elección concurrente para legisladores, su coalición, Movimiento V República (MVR), obtuvo el 21 por ciento de los votos para diputados, lo cual le dio 49 de 189 escaños. Muy lejos de la mayoría. En la elección para la Asamblea Constituyente del 25 de julio de 1999, la coalición chavista obtuvo 125 asientos de un total de 131.

Con lo aprobado por esta Asamblea Constituyente se logró rediseñar el sistema político para, entre otras cosas, controlar los tres poderes constitucionales venezolanos.<sup>5</sup> En la primera elección posterior a la nueva Constitución, llevada a cabo el 30 de julio de 2000, su movimiento, denominado Polo Patriótico, ganó las elecciones presidenciales y las parlamentarias. Chávez obtuvo el 59.76 por ciento de los votos, y en la Asamblea Nacional

---

<sup>3</sup> Para un análisis más detallado al respecto, véase a Murayama (2019).

<sup>4</sup> El 15 de diciembre de 1999, el gobierno chavista convocó un segundo referéndum constitucional para ratificar la Constitución resultante del primer referéndum.

<sup>5</sup> Por cierto, el debilitamiento institucional es uno de los peligros que puede traer consigo una asamblea constituyente en el contexto latinoamericano, según los estudios comparados de Estrada *et al.* (2005). Los otros dos peligros, también relevantes para el caso venezolano, son: 1) que el proceso (de una asamblea constituyente) puede surgir de la actuación personal del jefe de Estado; 2) que “cuando la sociedad presiona reclamando cambios estructurales, el derecho tiene que asumir su carácter de producto social” (Estrada *et al.*, 2005: 210).

su movimiento obtuvo el 44.38 por ciento de los votos, lo que se tradujo en una mayoría absoluta (ganó 92 de los 165 escaños, es decir, el 55.7 por ciento). Empezaba la sobrerrepresentación del chavismo, que mediante artilugios destinados a subvertir la representación proporcional, a manipular las circunscripciones electorales, así como las proyecciones poblacionales, garantizó a los candidatos oficialistas una sobrerrepresentación insólita, alcanzada en la elección parlamentaria de 2005, con 60 por ciento de los votos, el 88 por ciento de los escaños. Esto se debió a que, en la práctica, virtualmente todos los parlamentarios “perteneían a las filas del oficialismo” (de manera particular, los candidatos de los partidos minoritarios del chavismo) (Jiménez, 2011: 93).

Abundan los ejemplos de reformas constitucionales al arranque de un gobierno de ruptura, que luego se pueden ir profundizando en el tiempo.<sup>6</sup> Las reformas constitucionales son un mecanismo utilizado por muchos líderes que llegaron democráticamente al poder para minar esas mismas instituciones democráticas que les permitieron ganar.<sup>7</sup> Ya no es usual hacer golpes de Estado o suspender la Constitución, sino que ésta se va modificando a fin de que el Ejecutivo tenga el mayor poder posible, incluyendo el relativo a los procesos electorales.<sup>8</sup>

El gobierno de AMLO ha seguido, hasta ahora, una ruta distinta. Optó por no buscar una nueva Constitución, sino cambiar lo que le parecía relevante, algo que todos los presidentes de México han hecho. La nuestra se había modificado, antes de la llegada de AMLO, 707 veces mediante 233 decretos, lo que hizo que pasara de tener 21,382 palabras en 1917 a 111,783 palabras en octubre de 2018 (Giles, 2018).

AMLO prefirió hacer su cuarta transformación, según lo dijo en una entrevista con motivo de su Segundo Informe de Gobierno, sin hacer

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Arenas (2007; 2010), López (2008) y Mayorga (2006).

<sup>7</sup> En la ciencia política se han estudiado desde hace tiempo los conceptos de “constitucionalismo popular” y de “populismo constitucional” (Tushnet, 2013), pero no así, como acertadamente señala Alterio 2016, en la teoría constitucional. En la ciencia política —Rincón (2006) y Mudde (2013) son claros casos de esto, según Alterio (2016)— no es poco común encontrar, de una u otra forma, la afirmación de que “la defensa a formas de constitucionalismo popular puede devenir en una especie de «populismo constitucional»” (Alterio, 2016: 63 y 64). Para la teoría constitucional, en cambio, ambos conceptos pertenecen a *categorías constitucionales* distintas que siguen sus propias lógicas.

<sup>8</sup> Al respecto, un muy sugerente estudio que analiza cómo es que, a nivel global, los principales atractivos de la democracia liberal han ido perdiendo fuerza incluso en los regímenes democráticos, es el de Poppe *et al.* (2018).

“saltar por los aires una institucionalidad y una legalidad”, como se dio con las tres anteriores transformaciones. En su opinión, le habría “costado más trabajo una nueva Constitución; aun teniendo mayoría en el Congreso... habríamos dedicado más tiempo a eso. Analizamos que se podía transformar con lo establecido y añadiendo cosas claves” (*La Jornada*, 2020).<sup>9</sup>

En sus primeros dos años y medio de gobierno, Morena, el partido gobernante, ha llevado a cabo 14 reformas constitucionales.<sup>10</sup> En términos del número de artículos reformados, ningún presidente tiene el récord de AMLO durante su primer año de gobierno: 34 artículos reformados. Las reformas del llamado “pacto por México” supusieron 50 artículos constitucionales modificados en sus primeros dos muy productivos años (información recuperada del sitio *web* de la Cámara de Diputados, el 13 de abril de 2021, disponible en: [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm)).

Las reformas constitucionales del gobierno de AMLO son tan recientes que no hay mucho escrito al respecto, salvo alguna descripción particular de cómo se votaron en un Congreso local (Mejía, 2019), del impacto de una de ellas en el desarrollo profesional de un gremio (Trujillo, 2019), o del supuesto efecto positivo que tendrán para la autodenominada cuarta transformación (Arkonada, 2019). El texto más completo y detallado al respecto es el de López *et al.* (2020), quienes hacen un análisis muy instructivo de las reformas constitucionales de AMLO. El título del artículo es “Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben): la tensión entre Constitución, reformas y gobierno”, éste resume bien su argumento, el cual discuto en las conclusiones de este artículo.

En contraste con las reformas del sexenio inmediatamente anterior, cuando se requirió una amplia coalición para concertarlas en el pacto por

---

<sup>9</sup> Un dictaminador anónimo señaló acertadamente que, para la 4T, la Constitución implica una atadura, pero al mismo tiempo la utiliza, la desdeña; sin embargo, la necesita, quiere ponerla al servicio de su proyecto, pero desde el discurso la debilita. Ahondar en estas cuestiones nos permitiría entender si la 4T pretende poner en crisis a la Constitución o, en cambio, instaurar una nueva mirada constitucional. Este artículo se inclina por lo segundo, habida cuenta, por ejemplo, de que las reformas constitucionales de la 4T tienen, según sostengo, un carácter esencialmente simbólico, y de que en nuestra historia política es una práctica común el reformar extensamente la Constitución cada sexenio.

<sup>10</sup> En este artículo considero como reformas distintas la reforma de revocación de mandato y la de consulta popular. Sin esta distinción, Morena ha llevado a cabo 13 reformas constitucionales.

México, en el gobierno de AMLO las reformas constitucionales no han requerido de mucha negociación. Son fundamentalmente producto de la voluntad y del deseo del presidente.

AMLO está tan orgulloso de sus reformas que argumenta que ya son, para fines prácticos, una nueva Constitución. Durante el evento por el 103 Aniversario de la Promulgación de la Constitución de 1917, el 5 de febrero de 2020, afirmó:

Con esta Constitución, con su espíritu ahora estamos emprendiendo la Cuarta Transformación de la vida pública del país y se están actualizando las reformas que han hecho los legisladores a propuestas del Ejecutivo o iniciativas de diputados y de senadores. Pueden... ser consideradas dichas reformas como una nueva Constitución. Es una nueva Constitución dentro de la Constitución del 17 (discurso disponible en: <https://presidente.gob.mx/05-02-20-version-estenografica-103-aniversario-de-la-promulgacion-de-la-constitucion-de-1917-desde-queretaro/>, fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

El 5 de febrero de 2020, AMLO dijo que su nueva Constitución ya estaba casi lista, que faltaba muy poco. En sus palabras:

...que los programas de bienestar, en especial del derecho de fondo a la salud, a la atención de adultos mayores, la atención para niñas y niños con discapacidad, de los estudiantes de familias de escasos recursos... estos derechos se deben subir a rango constitucional, esa es la reforma pendiente... Y estoy seguro que en este periodo de sesiones se va a discutir, y en su caso a aprobarse, y eso va a significar el establecimiento de un auténtico Estado de bienestar (Almanza, 2020).

Este artículo analiza estas reformas. Contra las promesas citadas al inicio de este texto, de las 11 reformas estructurales de la administración anterior,<sup>11</sup> sólo se ha anulado la educativa. El resto permanecen sin cambios, y aunque en materia energética las políticas públicas al respecto han sufrido cambios importantes, incluida una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, no se ha modificado la Constitución al respecto.

---

<sup>11</sup> Reformas en materia laboral, de competencia económica, de telecomunicaciones, financiera, hacendaria, electoral, educativa, de seguridad social, energética, de transparencia y penal.

El contraste con las reformas de Peña Nieto es evidente. Como parte de la negociación del pacto por México, las reformas restringieron al Ejecutivo al crear ciertos órganos autónomos que, en términos políticos, eran la garantía de que no se estaba fortaleciendo al presidente, sino al Estado mexicano. Con respecto a las reformas económicas, en un artículo previo señalé que, después de la modificación del artículo 28 constitucional por parte de Carlos Salinas de Gortari en 1993, con el propósito de dar autonomía al Banco de México, “[h]asta la administración del presidente Peña Nieto no se volvería a dotar de autonomía constitucional a un órgano encargado de implementar una política pública” (Elizondo, 2014: 39).

De las reformas propuestas por AMLO, sólo dos no se aprobaron según los objetivos específicos trazados por el Ejecutivo: la relativa a la consulta popular y la relativa a la revocación de mandato. AMLO pretendía ser él quien convocara la revocación de mandato, y que tal consulta fuera el mismo día que el de las elecciones intermedias que se celebrarán el 6 de junio de 2021. Cuando ello no se pudo, demandó que fuera antes de la elección intermedia. Eso tampoco lo consiguió. AMLO sólo obtuvo su reforma concediendo que no fuera convocada por el Ejecutivo y que fuera hasta el primer trimestre de 2022. En todas las otras reformas ha logrado imponer su voluntad, con algunos cambios menores en algunos casos, como veremos a continuación.

En aras de la exposición, las reformas estarán agrupadas bajo las siguientes categorías: 1) combate a la inseguridad y al crimen organizado; 2) cambios en las relaciones de poder; 3) provisión de bienes y servicios públicos; 4) reconocimiento de nuevos derechos, y 5) cambios en el régimen político.

A lo largo de este trabajo sostendré dos tesis. La primera es que las reformas agrupadas en los grupos 2) y 5) tienen la pretensión de centralizar el poder en la figura de López Obrador, con el propósito ulterior de llevar a cabo la “transformación de la vida pública nacional”. Son reformas pensadas para un presidente con la legitimidad de AMLO y para quien, como es su caso, controla el Poder Legislativo. Estas reformas seguramente tendrían un impacto distinto con un presidente sin mayoría en el Congreso, dado que en algunos casos éste tendría más instrumentos contra el jefe del Ejecutivo.

La segunda es que las reformas agrupadas bajo la tercera categoría, y en especial la pretensión de llevar a la Constitución ciertos derechos so-

ciales, obedece a la muy particular tradición mexicana constitucionalista, sobre todo en la era priista cuando el presidente tenía todo el poder, de plasmar en la Constitución su proyecto de país. AMLO abreva de esa tradición. Quiere dejar su sello. Que esos derechos sociales estipulados en el texto constitucional queden asociados con él.

## II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE AMLO

En aras de la exposición, agruparemos las reformas constitucionales de AMLO, como ya dijimos, según los siguientes criterios.

Primero están las que centralizan el poder con la justificación de combatir al crimen organizado, pero que en la práctica le dan al Ejecutivo un gran poder contra los presuntos criminales, estén organizados o no.<sup>12</sup> Éstas son las siguientes.

### 1. *Extinción de dominio*

#### *Artículos constitucionales modificados: 22 y 73*

Puntos clave: se definió en la nueva ley como “la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes a que se refiere la presente ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario”. La extinción la solicita el Ministerio Público (MP). El proceso lo lleva a cabo un juez por la vía civil.

Su objetivo es fortalecer el combate al crimen organizado y a la corrupción. Una vez al año, la Fiscalía General de la República (FGR) y las fiscalías estatales entregarán un informe a los congresos sobre el uso que le dieron a este recurso. Su aplicación es nacional (antes no era así: había algunas leyes locales con procesos distintos) y abarca once delitos: corrupción, robo de hidrocarburos, delincuencia organizada, secuestro, delitos contra la salud, trata de personas, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, robo de vehículos, lavado de dinero y extorsión.

---

<sup>12</sup> Como se verá, la concepción de “crimen organizado” que tiene el gobierno de López Obrador es sumamente amplia, tanto que resulta ser sumamente vaga.

Se puede aplicar sobre inmuebles, terrenos, ejidos y otros objetos que estén relacionados con estos once delitos. También se puede aplicar sobre recursos económicos, estén en efectivo o en cuentas bancarias. En la primera fase del proceso (preparatoria), el MP reunirá sus elementos de prueba y notificará al acusado (a través de un edicto en el *Diario Oficial de la Federación [DOF]*, en el periódico de mayor circulación de su localidad, o a través de Internet, en la página de la fiscalía que corresponda). Después, en la fase judicial, se presenta la solicitud de extinción de dominio a un juez. El proceso será oral y público. Para que los bienes no se vean afectados, el MP podrá asegurar propiedades o cuentas bancarias de manera preventiva, incluso sin la petición formal del inicio del juicio. El MP tiene cuatro meses para iniciar el juicio, de lo contrario, se retira el decomiso preventivo. Los bienes confiscados podrán ser utilizados “para el servicio público o como auxilio en la aplicación de políticas públicas”. También podrán venderse, subastarse o donarse.

Para los propósitos de este artículo, el principal problema de esta reforma es, como señalan Sergio López *et al.* (2020: 87), que, si bien “puede ser un buen instrumento para combatir al crimen organizado... ¿cómo operar esta figura de manera eficaz cuando hay una contradicción patente entre la manera como se entiende en el texto constitucional y en la ley que la regula?”. En la práctica se verá si esta tensión se puede resolver sin violar los principios generales de la Constitución.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 474 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 99 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2019.

## 2. Prisión preventiva oficiosa

### *Artículo constitucional modificado: el 19*

Puntos clave: el MP ya no tiene que pedir prisión preventiva justificada, basta con que solicite prisión preventiva automática para los siguientes delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos violentos cometidos con armas, uso de programas sociales con fines electorales, enriquecimiento ilícito, ejercicio abusivo de funciones, delitos en materia de hidrocarburos, abuso y violencia sexual



contra menores, feminicidio, robo a casa habitación, robo a transporte de carga, desaparición forzada, delitos contra la Ley de Armas de Fuego.

Todos estos delitos pasan a estar contemplados en la Constitución, ya no en los códigos de procedimientos penales. A los cinco años de entrada en vigor de esta reforma se evaluará su pertinencia y su eficacia. Los criterios para decidir tal pertinencia y eficacia son: 1) desempeño eficaz de las unidades estatales de supervisión a medidas cautelares; 2) eficacia de las medidas cautelares aplicadas; 3) creación y desempeño de instancias de atención integral a víctimas; 4) implementación de sistemas de información criminal y de judicialización, y 5) avances en la capacitación de los poderes judiciales, fiscales, policías y peritos.

La propuesta original de AMLO sólo contemplaba la adición de tres delitos: robo de combustible, delitos electorales y enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Fue la propia oposición la que demandó la inclusión de otros crímenes, con lo cual le dieron más instrumentos de poder al Ejecutivo. Muy extraña su falta de visión respecto a las implicaciones de hacerlo, pero en México es popular la mano dura con los delincuentes. Para el presidente, lo importante es que con esto se termina con la corrupción y el fraude electoral. En sus palabras (Oficina de la Presidencia, 2020):

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.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 377 votos a favor, 96 en contra y 5 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 91 votos a favor, 18 en contra, y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 2019.

A través de un cambio legal de dudosa constitucionalidad, el gobierno argumentó que el fraude fiscal es cuestión de seguridad nacional y de ahí su castigo con prisión preventiva oficiosa. Hay varios amparos al respecto, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no se ha pronunciado sobre ellos.

### 3. *Guardia Nacional*

*Artículos constitucionales modificados: 10, 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76, 78 y 89*

Puntos clave: la Guardia Nacional estará integrada por elementos de las policías Militar, Naval y Federal. Tiene el carácter de policía nacional y de órgano desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana. Consta de un secretario, comandantes, coordinadores territoriales, coordinadores estatales y coordinadores de unidad. Entre sus facultades están: 1) salvaguardar la integridad de las personas y de su patrimonio. Garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz social; 2) prevenir la comisión de delitos en todo el país, así como realizar investigaciones para cumplir con este objetivo; 3) efectuar tareas de verificación para la prevención de infracciones administrativas; 4) recibir denuncias, comprobar su veracidad y hacerlas del conocimiento del Ministerio Público; 5) realizar operaciones de inteligencia, encubiertas y de usuario simulado en Internet; 6) intervenir las telecomunicaciones personales bajo autorización de un juez; 7) realizar, bajo la conducción del MP, la investigación de delitos cometidos; 8) dar cumplimiento a las órdenes de aprehensión y efectuar detenciones bajo lo establecido por el artículo 16 de la Constitución; 9) proporcionar atención a víctimas y testigos de algún delito; 10) colaborar con otras autoridades federales en funciones de vigilancia, verificación e inspección, y en operativos conjuntos; 11) vigilar vías de comunicación terrestre e imponer infracciones; 12) vigilar aduanas, puertos, aeropuertos y garitas; 13) vigilar prisiones y centros de detención a solicitud de la autoridad competente; 14) colaborar con el Instituto Nacional de Migración (INM) en la inspección de documentos migratorios y en el resguardo de sus instalaciones.

Entre lo originalmente propuesto y lo aprobado con el visto bueno de la oposición, hay un cambio fundamental. Originalmente, se propuso que la Guardia Nacional tuviera un mando único militar; al final, se aprobó que el mando caería en la Secretaría de Seguridad Pública. Digo que “caería” porque lo que se ha creado es un régimen transitorio en el que se establece que, durante sus primeros cinco años de operación, la Guardia Nacional está adscrita a la Secretaría de la Defensa Nacional. En entrevista, así lo expuso Mario Delgado, coordinador de los diputados de Morena (Ángel, 2018):

En el diseño constitucional, el mando de la Guardia Nacional va a quedar bajo la Secretaría de Seguridad Pública; y todo el régimen interno, de ascensos, de disciplina y organización será a cargo de la Defensa Nacional. De tal manera que vamos a tener una institución híbrida, que va a tener disciplina y organización militar, pero una actuación 100 por ciento en el ámbito civil y bajo el mando de la Secretaría de Seguridad Pública.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 362 votos a favor, 119 en contra y 4 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 127 votos a favor, 0 en contra, y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019.

El gobierno ha incumplido con el supuesto constitucional de que el control de la Guardia Nacional sería civil. El informe “Militarización en la 4T (2018-2020)”, publicado por el Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia (López Portillo *et al.*, 2020), da cuenta de dos marcadas características del gobierno de López Obrador con respecto a la militarización: primero, que, en la práctica, su gobierno ha continuado e incluso profundizado “la dinámica expansiva de transferencia de la responsabilidad de la seguridad pública a las fuerzas armadas”; segundo, que ha impulsado “nuevas vías de influencia militar en funciones públicas que van más allá de la seguridad, desbordando más y más los parámetros del rol militar fijados en el marco constitucional y convencional” (López Portillo, 2020). El informe detalla cómo es que el acuerdo presidencial del 11 de mayo de 2020, que autorizaba al Ejecutivo el hacer uso de las fuerzas armadas permanentes para realizar tareas relativas a la seguridad pública, carece de los mecanismos que, según la propia Constitución (y según denunció en su momento la Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH]), deben estipular tales tareas militares: ser extraordinarias y complementarias, estar subordinadas al poder civil, y estar fiscalizadas.

El informe “Militarización en la 4T (2018-2020)” cuestiona la estrategia de militarización de la vida pública llevada a cabo por la 4T en tres frentes: 1) *empíricamente*, la militarización de la vida civil no ha dado, en el mejor de los casos, los resultados esperados, y, en el peor, ha dado resultados sumamente adversos a los inicialmente esperados (sobre esto hay abundante evidencia en América Latina); 2) *normativamente*, la intervención militar en la seguridad pública entra en conflicto directo con ciertos derechos humanos consagrados en la Constitución; 3) *políticamente*, dicha

intervención creciente subvierte la lógica de la relación entre el poder civil y el poder militar.

El segundo grupo de reformas se refiere a: 1) cambios en la relación de poder entre las cámaras, y entre las cámaras y el Ejecutivo; 2) manejo y control presupuestal; 3) salario de los funcionarios públicos.

#### 4. *Prohibición de partida secreta en el Presupuesto*

*Artículo constitucional modificado: el 74*

Puntos clave: se pretende evitar que haya “previsiones de gasto con carácter secreto”. De nuevo, la reforma sigue la lógica de fortalecer

...las atribuciones constitucionales exclusivas de la Cámara de Diputados en materia presupuestaria, lo que se enmarca en el principio de control y fiscalización de los recursos de la Federación, y refrenda de decidir el objeto y cuantía del gasto público al eliminar recursos discrecionales a través de las partidas secretas en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Esta reforma fue aprobada por unanimidad el 25 de abril de 2019 en la Cámara de Diputados, con 437 votos a favor.<sup>13</sup>

#### 5. *Prohibición de condonación de impuestos*

*Artículo constitucional modificado: el 28*

Puntos clave: solamente habrá condonación de impuestos cuando los sectores productivos se vean perjudicados por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias. Solamente en casos extraordinarios, la federación, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, establecerán las exenciones y los estímulos fiscales que consideren necesarios para fomentar el desarrollo económico. Esto siempre teniendo en cuenta la rectoría del Estado en la actividad económica según los principios de igualdad, generalidad, temporalidad, máxima publicidad y no afectación de las finanzas públicas.

<sup>13</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 421 votos a favor, 0 en contra y 25 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 76 votos a favor, 0 en contra y 18 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 2020.

Parecía mandada a hacer para darles respiro a los causantes como respuesta a los altos costos de la pandemia en muchos sectores de la economía. No se ha utilizado para ese fin.

## 6. Ampliación de los periodos ordinarios del Congreso

### *Artículo constitucional modificado: el 66*

Puntos clave: se amplía el segundo periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, quitándoles a senadores y diputados 31 días de receso legislativo. El segundo periodo comienza el 1o. de febrero (como antes), pero ahora termina el 31 de mayo, y no el 30 de abril, como antes. Esto fortalece a quien tenga la mayoría en el Congreso, dado que para los periodos extraordinarios se requieren las dos terceras partes de los votos de la Comisión Permanente, y se tiene que definir la agenda para la que es convocado.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados el 2 de octubre de 2019, con 364 votos a favor y 3 abstenciones.<sup>14</sup>

## 7. Remuneración de servidores públicos

### *Artículos constitucionales modificados: 116 y 127*

Puntos clave: ningún funcionario federal, estatal o municipal tendrá una remuneración mayor a la que recibe el presidente (108 mil pesos mensuales). En sus proyectos presupuestales, los poderes deberán incluir tabuladores desglosados de las remuneraciones de los funcionarios.

Esta reforma constitucional fue aprobada en la Cámara de Diputados el 10 de octubre de 2019, con 318 votos a favor, 12 en contra y 99 abstenciones.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

<sup>15</sup> No fue posible encontrar cómo fue aprobada en el Senado.

El siguiente grupo de reformas tiene que ver con una visión distinta de la provisión de bienes públicos. En salud, su provisión se centraliza en la federación. En educación, se le regresa poder a los sindicatos. Esta última es la única reforma que revierte una de las reformas estructurales de Peña Nieto.

## 8. *Derecho a la salud preventiva*

### *Artículos constitucionales modificados: 4o. y 23*

Puntos clave: Desaparece el Seguro Popular y se crea el Instituto Nacional de Salud para el Bienestar (INSABI). Éste brindará servicios de salud y medicamentos a cualquier persona que esté en territorio nacional, independientemente de su nacionalidad. El INSABI quitará la rectoría de los servicios de salud a los estados, aunque los estados podrán continuar administrando sus sistemas de salud si no firman un convenio con la federación. Para aquellos estados con fuertes gastos en salud se crearán un Compendio Nacional de Insumos para la Salud y un Fondo de Salud. Dicha centralización pretende evitar los que, según Morena, eran los vicios del Seguro Popular: la subrogación y el copago.

Los estados que en su momento no se adhirieron al INSABI, ni contaban con IMSS-Bienestar (Aguascalientes, Baja California Sur, Guanajuato, Jalisco y Nuevo León), tendrán que garantizar ellos mismos la atención médica y los medicamentos gratuitos, según informó el subsecretario de Salud, Hugo López-Gatell, el 4 de febrero de 2020. Otros cuatro estados —Chihuahua, Coahuila, Michoacán y Tamaulipas— tampoco se adhirieron al INSABI, pero en ellos sí opera el programa IMSS-Bienestar, de modo que, según los lineamientos de la reformas, estos estados sí seguirían recibiendo recursos de la Federación (al igual que las otras 23 entidades federativas que, independientemente de si en ellas opera o no el programa IMSS-Bienestar, decidieron adherirse al INSABI).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 385 votos a favor, 49 en contra y 18 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 91 votos a favor, 1 en contra, y 1 abstención. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2019.

## 9. *Reforma educativa*

Se incluye en esta sección, aunque el eje de esta reforma es eliminar los objetivos de la reforma educativa de Peña Nieto: hacer competitivo y abierto a cualquier profesionista el ingreso de los maestros a las aulas, así como quitar del control sindical todo lo relativo a la promoción y permanencia de los maestros en las mismas.

### *Artículos constitucionales modificados: 3o., 31 y 73*

Puntos clave: 1) Sustitución del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) por el Centro Nacional para la Revalorización del Magisterio y la Mejora Continua de la Educación, que tendrá funciones más amplias que las que tenía el INEE, como expedir lineamientos para evaluar al sistema educativo y a las autoridades educativas, aunque no será autónomo de la Secretaría de Educación Pública; 2) el nuevo Centro pretende sustituir supuestas evaluaciones punitivas por evaluaciones no punitivas (al hacer participar a todos los actores educativos en las evaluaciones), las cuales, por tanto, no tendrán consecuencias para quienes las reprueben; 3) se incluye la gratuidad de la educación hasta el nivel superior; 4) se agregan en la Constitución los principios de “interés supremo” de la educación, “integralidad”, “equidad” y “excelencia”; 5) la reforma dice que se pondrá atención prioritaria en las escuelas normales y en las instituciones de educación superior dedicadas a formar docentes; 6) se incluyen materias obligatorias relacionadas con el civismo, los valores, la cultura, el arte, la música, el deporte y el respeto al medio ambiente; 7) los contenidos educativos estarán diferenciados por región; 8) se crea el sistema de becas “Benito Juárez” para evitar la deserción escolar, y 9) los sindicatos tendrán libertad y autonomía al momento de elegir a sus dirigentes.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 381 votos a favor, 77 en contra y 2 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 97 votos a favor, 20 en contra y 3 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 2019.

## 10. *Reforma en materia de movilidad y seguridad vial*

[Esta reforma] eleva a rango constitucional el derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad, [y] faculta al Congreso para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de las entidades federativas, de los municipios y, en su caso, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en materia de asentamientos humanos (Senado de la República, 2020).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 351 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; en la Cámara de Senadores, con 88 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de diciembre de 2020.

El siguiente conjunto versa sobre el reconocimiento igualitario de los derechos civiles de las mujeres y sobre el reconocimiento de los derechos político-sociales de una minoría: los afroamericanos.

## 11. *Paridad de género*

*Artículos constitucionales modificados: 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115*

Puntos clave: se obliga al Poder Judicial, a los cabildos municipales, a los órganos autónomos y a los gabinetes de los gobiernos federal y estatales, a establecer la paridad de género. Refuerza una tendencia mundial de buscar la paridad en el sector público.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 445 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 120 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2019.

## 12. *Reconocimiento de los pueblos afroamericanos*

*Artículo constitucional modificado: el 2o.*

Puntos clave: se reconoce constitucionalmente a los pueblos afrodescendientes de México. “Esta Constitución reconoce a los pueblos y comu-



nidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos... a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social”.

Esto significa, según Avendaño (2019), que: 1) el reconocimiento de tales pueblos implica su “visibilización normativa” como sujetos colectivos; 2) nominalmente, los pueblos y las comunidades afrodescendientes pueden adoptar como propia cualquier otra denominación; 3) se reconoce que tales comunidades forman parte de la nación, lo que contribuye, según Avendaño Villafuente, “a marcar una ruta para identificar las acciones que se requieren para que el Estado mexicano afronte su deuda histórica con ellos”; 4) al igual que sucede con las comunidades indígenas, las comunidades afromexicanas podrán invocar cualesquiera derechos (civiles, políticos, sociales, etcétera) cuando así lo crean conveniente; 5) se obliga al Estado mexicano a garantizar la libre determinación, la autonomía, el desarrollo y la inclusión social de las comunidades afrodescendientes.

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 374 votos a favor, 0 en contra y 1 abstención; y en la Cámara de Senadores con 95 votos a favor, 25 en contra y 2 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2019.

### 13. *Reforma en materia de nacionalidad*

Puntos clave: tendrán nacionalidad mexicana quienes hayan nacido en el extranjero y sean hijos de madre o de padre mexicano, incluso si, a su vez, también nacieron en el extranjero y adquirieron posteriormente la nacionalidad mexicana. Se elimina la otrora “limitación generacional para la adquisición de la nacionalidad” entre hijos de personas mexicanas nacidas en México o naturalizadas y entre hijos de personas mexicanas no nacidas en México.

Esta reforma, aún no publicada en el *DOF* al momento de escribir estas líneas, fue aprobada en la Cámara de Diputados con 396 votos a favor, 0 en contra y una abstención; en la Cámara de Senadores, con 92 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones.

#### 14. *Reforma en materia de juventud*

##### *Artículos constitucionales modificados: 4o. y 73*

Puntos clave: se obliga al Estado a promover el desarrollo integral de los jóvenes “a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país”, y se faculta al Congreso de la Unión para que expida una ley general “en materia de formación y desarrollo integral de la juventud” (Cámara de Diputados, 2020a).

Esta reforma fue aprobada en la Cámara de Diputados con 386 votos a favor, 0 en contra y 3 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 113 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 2020.

El último conjunto de reformas tiene que ver con ciertos cambios en el régimen político. Contra lo que se observa en reformas similares en otros países con gobernantes disruptivos, donde el eje de las reformas es la permanencia del Ejecutivo en el poder, el debilitamiento de los otros poderes y la sobrerrepresentación en el Legislativo del grupo en el poder, en este caso, hasta el momento de escribir este texto, son sólo tres los cambios en el régimen político.<sup>16</sup> El primero se refiere al acotamiento del fuero presidencial, que es, en la práctica, un potencial debilitamiento del Poder Ejecutivo. El segundo es el fallido intento de convertir la elección intermedia en un referéndum del presidente en turno, aunque sí se incorporan cambios importantes en materia de democracia directa (como la instauración de la revocación de mandato). Y el tercero es la reforma al Poder Judicial, que centraliza mucho poder en el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>16</sup> A diferencia, por ejemplo, de lo que en su momento planteó Hugo Chávez, a saber: 1) la reelección presidencial indefinida; 2) el reordenamiento de la división político-territorial de Venezuela; 3) la supresión de la autonomía del Banco Central; 4) la creación de nuevas formas de propiedad (cooperativas); 5) la distribución entre el campesinado de las tierras no productivas, y 6) la imposibilidad de privatizar los recursos naturales de Venezuela.

## 15. *Acotamiento del fuero presidencial*

### *Artículos constitucionales modificados: 108 y 111*

Puntos clave: se amplía el número de delitos por los que puede juzgarse a un presidente en funciones: 1) ilícito del servicio público; 2) abuso de autoridad; 3) coalición con servidores públicos para cometer un delito; 4) uso ilícito de atribuciones y facultades; 5) pago indebido o remuneración de servidores públicos; 6) intimidación; 7) ejercicio indebido de funciones; 8) tráfico de influencias; 9) cohecho; 10) cohecho a servidores públicos extranjeros; 11) peculado, y 12) enriquecimiento ilícito.

La reforma que elimina el fuero constitucional al presidente fue aprobada en el Senado el 26 de noviembre de 2020 con 89 votos a favor y 23 en contra. Se modificó el artículo 108 de la Constitución a fin de que, ahora, el presidente pueda ser “imputado y juzgado por traición a la patria, hechos de corrupción, delitos electorales y todos aquellos por los que podría ser enjuiciado cualquier ciudadano común” *durante su tiempo en el cargo* (Grupo Parlamentario de Morena en el Senado, 2020).

Se modificó el artículo 111 de la Constitución a fin de que, ahora, sólo bastará con acusar al presidente ante la Cámara de Senadores para que ésta, “con base en la legislación penal aplicable”, proceda penalmente en contra del Ejecutivo. Se requiere mayoría de dos tercios para proceder contra el presidente. Morena tiene amplia mayoría como para evitar que este instrumento sea usado en contra de AMLO.

## 16. *Revocación de mandato*

### *Artículos constitucionales modificados: 35, 36, 41, 81, 84, 99, 116 y 122*

Puntos clave: ni el Ejecutivo ni el Congreso podrán solicitar la revocación de mandato. Solamente pueden solicitarla los ciudadanos a través del Instituto Nacional Electoral (INE). Debe tener el respaldo del 3% de los electores en al menos 17 entidades federativas, y solamente se podrá solicitar una vez por cada administración (sexenio).

Sus resultados pueden ser impugnados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Para que la revocación tenga

validez, en ella deberá participar al menos el 40 por ciento de los electores inscritos en la lista nominal.

### 17. *Consulta popular*

En cuanto a la consulta popular, ésta se convocará por el Congreso federal a petición del presidente, por el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de ambas cámaras del Congreso federal, o por el equivalente a cuando menos el 2% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Una vez hecha la petición de consulta (cuyos temas son los actos de carácter legislativo del Congreso federal y los actos de carácter administrativo del Ejecutivo federal), ésta deberá ser aprobada por la mayoría simple de cada una de las cámaras del Congreso federal. Será la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que, por convocatoria del Congreso federal, decida sobre la constitucionalidad del tema de la consulta, y será el Instituto Nacional Electoral el encargado, si es aprobada, de llevarla a cabo. Si la participación total en la consulta equivale al menos a 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado de la consulta será vinculatorio (Gobierno de México, s/f).

No son objeto de consulta popular: 1) la restricción de derechos humanos; 2) la permanencia y continuidad en el cargo de servidores públicos elegidos popularmente; 3) asuntos electorales; 4) el sistema financiero; 5) ingreso, gasto, y presupuesto públicos; 5) obras de infraestructura en ejecución; 6) seguridad nacional, y 7) organización, funcionamiento y disciplina de las fuerzas armadas.

Estas reformas fueron aprobadas en la Cámara de Diputados con 329 votos a favor, 153 en contra y 2 abstenciones; y en la Cámara de Senadores con 98 votos a favor, 22 en contra y 1 abstención. Fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2019.

Tendremos la primera consulta el 1 de agosto de 2021. En un principio, AMLO descartó que fuera él quien promoviera la consulta popular (como lo contempla el artículo 35 constitucional), y pidió que fueran las Cámaras o la ciudadanía quienes iniciaran ese proceso. El 26 de agosto de 2020, AMLO señaló que votaría en contra del enjuiciamiento, en dado caso de que se llevara a cabo una consulta al respecto. Pero al ver que no se juntaban las firmas, y por la premura del tiempo, optó por presentar él la petición de consulta.

La SCJN recibió dicha solicitud al día siguiente, el 16 de septiembre. El 1o. de octubre de 2020, por mayoría de ocho votos, la Corte avaló la constitucionalidad de la consulta popular al respecto, aunque ahora bajo la pregunta:

¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos encaminadas a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?

La pregunta enviada originalmente por AMLO era:

¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los ex presidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?

## 18. *Reforma al Poder Judicial*

Esta reforma modifica los artículos 94, 97, 99, 100, 105 y 107 de la Constitución en el sentido de que (Cámara de Diputados, 2020b):

- a) La SCJN adopta: el sistema de precedentes judiciales; la depuración de controversias constitucionales; la ampliación de su facultad para promover controversias constitucionales por parte de órganos constitucionales autónomos locales; la restricción de la procedencia del recurso de revisión en amparo directo, y la eliminación de la posibilidad de impugnar los acuerdos presidenciales cuando determine desechar un recurso de este tipo;
- b) Se sustituyen los tribunales unitarios de circuito por tribunales colegiados de apelación; se sustituyen los plenos de circuito por plenos regionales; la SCJN, el Consejo de la Judicatura Federal y el TEPJF adquieren facultad autoreguladora;

- c) Se le quita a la SCJN la facultad de revocar los acuerdos del Consejo de la Judicatura; se le da al Consejo de la Judicatura la facultad de designar órganos jurisdiccionales especiales que decidirán sobre violaciones graves a derechos humanos; se eleva a rango constitucional al Instituto Federal de Defensoría Pública, que depende del Consejo de la Judicatura;
- d) El cumplimiento de la sentencia de amparo pasará a estar a cargo del órgano que lo concedió; se modifican los mecanismos de inmovilidad judicial; se amplía la aplicación de la carrera judicial y se adopta la paridad de género como principio rector de la misma y, por último, el Instituto de la Judicatura Federal pasa a nombrarse Escuela Federal de Formación Jurídica.

Esta reforma, aún no publicada en el *DOF* al momento de escribir estas líneas, fue aprobada en la Cámara de Diputados con 319 votos a favor, 88 en contra y 0 abstenciones; en la Cámara de Senadores con 84 votos a favor, 13 en contra y 3 abstenciones.

Es una reforma propuesta por el presidente de la Corte y cuyo objetivo central es darle todo el poder a él. En palabras de Martínez (2020):

El ministro presidente [Arturo Zaldívar] intenta reducir la interpretación de la Constitución a una sola voz: la suya. La gravedad de este intento es cancelar el libre desarrollo del debate dentro del poder judicial y anular (acusando de corruptos a los disidentes) el pluralismo de enfoques legales, que precisamente vive en la capacidad intelectual de encontrar nuevas formas de convivencia armónica y en paz.

Martínez (2020) señala cuatro herramientas con las que Zaldívar conseguiría “reducir la interpretación de la Constitución a una sola voz: la suya”. La primera, mediante la no impugnabilidad de las designaciones de nuevos jueces; la segunda, mediante la imposición de un dique a la admisión de recursos de revisión en amparos directos; la tercera, mediante la creación de plenos regionales sin ninguna certeza constitucional, lo que, prosigue Martínez (2020), llevaría a que “los acuerdos generales que los organicen serán la voz suprema interna de la justicia de la unión”, y la cuarta, mediante el cambio de criterio sobre la idoneidad al momento de dirimir las reglas de turno y la competencia para la designación de jueces, que ahora será en función del “interés social y el orden público”.

### III. CONCLUSIONES

El presidente ha celebrado que, para efectos prácticos, ya tenemos una nueva Constitución sobre la cual se sentarán las bases de su transformación. En su primera legislatura, con todo el poder, sin embargo, no llevó a cabo un cambio de fondo en la naturaleza de nuestro régimen político y no tocó las reglas electorales; sólo se han incorporado la revocación de mandato y la consulta popular. Esto constituye una gran diferencia respecto de gobiernos como el de Chávez, que destruyen el régimen electoral con el que llegaron.

Los cambios han sido muchos, pero en otros ámbitos. Una buena parte son más simbólicos que reales, como es la tradicional ampliación de derechos, sin tener las capacidades institucionales para hacerlos cumplir. Otros cambian el peso relativo del poder presidencial, como prohibir las condonaciones de impuestos. Otros son simbólicos cuando se tiene el control de ambas cámaras, como los nuevos delitos por los que un presidente puede ser juzgado. Otros son retrocesos claros, como la contrarreforma educativa o la militarización de la seguridad pública.

Pero no estamos ante una nueva Constitución genuinamente transformadora. Se trata más bien de la vieja tradición priísta de darle un sello propio a cada presidencia dentro de las reglas del juego del marco constitucional heredado. Hasta ahora, AMLO ha mantenido la esencia de nuestro régimen democrático.

De esta circunstancia surge lo que López *et al.* (2020) identifican, a la vez, como un riesgo al orden democrático y como una suerte de paradoja en la propia dinámica de la cuarta transformación: si, en efecto, ésta supone (o al menos aspira a ser) un cambio de régimen, y si, por otro lado, surgió de una elección democrática y un mandato de cambio, ¿por qué no, a partir de lo primero, “relajar ciertos límites y controles en aras de concretar tal transformación” y, por el otro lado, no es un mandato de cambio “suficiente para subvertir el orden establecido por el mandato popular, encarnado en la figura presidencial” (López *et al.*, 2020: 91)?

A este riesgo, concluyen los autores, sólo puede responder la revitalización democrática. Pero la democracia representativa, no la democracia directa, donde un líder habla en nombre del pueblo.

Los resultados de las elecciones del 6 de junio de 2021 apuntan a un fortalecimiento de la democracia representativa. El partido en el gobierno

no alcanzó ni siquiera una mayoría simple en el Congreso de Diputados federal. Esto dificultará que el gobierno lleve a cabo reformas constitucionales en la segunda mitad del sexenio, como pretendía AMLO en 2018 y como ya señalamos en la introducción. El 17 de mayo de ese año, en una reunión con la Coparmex, AMLO dijo que, de ganar la presidencia, “no queremos iniciar con reformas, con el marco legal actual podríamos iniciar los cambios... Vamos a dejar las reformas para mediados del sexenio”.

Esto no significa que la fiebre reformista haya terminado. Recién pasadas las elecciones del 6 de junio de 2021, el 15 de ese mes AMLO anunció que promovería tres reformas de gran calado. La primera, que espera alcanzar antes de que acabe 2021, consiste en reformar la Constitución a fin de que a la Comisión Federal de Electricidad le corresponda el 54% de la participación en el sector eléctrico y el 46% a los privados. La segunda, que espera alcanzar en 2022, pretende eliminar los 200 diputados plurinominales y los 32 senadores plurinominales que hoy en día son elegidos vía representación proporcional, y reformar al INE a fin de que deje de ser un órgano autónomo y que las elecciones cuesten menos dinero. La tercera, que espera alcanzar en 2023, pretende que la Guardia Nacional, hoy parte de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, forme parte de la Secretaría de la Defensa Nacional.

Pero ya no tiene la fuerza para imponerlas. Deberá tener el apoyo de alguno de los partidos de oposición. AMLO ha señalado que este podría ser el PRI. Está por verse si lo logran.

La más disruptiva, en términos del sistema político, es la de desaparecer a los diputados y senadores de representación proporcional. No parece probable que tenga el apoyo ni siquiera de los partidos pequeños de su alianza, el PT y el PVEM. Las modificaciones al INE no han sido especificadas.

Falta, por supuesto, un tema central. Si la SCJN validará leyes presuntamente inconstitucionales o no. Esto lo iremos viendo en los siguientes años, aunque es cierto que los resultados electorales del 6 de junio dan cierto margen de maniobra a la propia SCJN en su trato con la autodenominada cuarta transformación.



IV. APÉNDICE: REFORMAS CONSTITUCIONALES  
 APROBADAS DURANTE LA 4T<sup>17</sup>

<i>Reforma constitucional (denominación)</i>	<i>Cámara de Diputados (votación)</i>	<i>Cámara de Senadores (votación)</i>	<i>Publicación en el DOF</i>
Que reforma el artículo 22 y la fracción XXX del artículo 73 de la CPEUM en materia de extinción de dominio.	A favor: 474 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 99 En contra: 0 Abstenciones: 0	14/03/2019
Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la CPEUM en materia de Guardia Nacional.	A favor: 362 En contra: 119 Abstenciones: 4	A favor: 127 En contra: 0 Abstenciones: 0	26/03/2019
Que reforma el artículo 19 de la CPEUM en materia de prisión preventiva oficiosa.	A favor: 377 En contra: 96 Abstenciones: 5	A favor: 91 En contra: 18 Abstenciones: 0	12/04/2019
Que reforma los artículos 3o., 31 y 73 de la CPEUM en materia educativa.	A favor: 381 En contra: 77 Abstenciones: 2	A favor: 97 En contra: 20 Abstenciones: 3	15/05/2019
Con proyecto de decreto que reforma los artículos 2o., 4o., 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la CPEUM en materia de paridad de género.	A favor: 445 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 120 En contra: 0 Abstenciones: 0	06/06/2019
Al proyecto de decreto que adiciona un apartado C al artículo 2o. de la CPEUM en materia de personas, pueblos y comunidades afro mexicanas.	A favor: 374 En contra: 0 Abstenciones: 1	A favor: 95 En contra: 25 Abstenciones: 2	09/08/2019
Del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM en materia de consulta popular y revocación de mandato.	A favor: 329 En contra: 153 Abstenciones: 2	A favor: 98 En contra: 22 Abstenciones: 1	20/12/2019
Con proyecto de decreto por el que reforma el primer párrafo del artículo 28 de la CPEUM en materia de prohibición en la condonación de impuestos.	A favor: 421 En contra: 0 Abstenciones: 25	A favor: 76 En contra: 0 Abstenciones: 18	06/03/2020

<sup>17</sup> Información suministrada, vía comunicación personal (correo electrónico), por Sergio Bárcena Juárez, director de Buró Parlamentario, cuyo sitio *web* es: <https://buro-parlamentario.org/>. Al momento de escribir estas líneas, las últimas dos reformas aún no habían sido publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.

<i>Reforma constitucional (denominación)</i>	<i>Cámara de Diputados (votación)</i>	<i>Cámara de Senadores (votación)</i>	<i>Publicación en el DOF</i>
Del proyecto de decreto que reforma el artículo 4o. de la CPEUM en materia de bienestar.	A favor: 385 En contra: 49 Abstenciones: 18	A favor: 91 En contra: 1 Abstenciones: 1	08/05/2020
Con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la CPEUM en materia de movilidad y seguridad vial.	A favor: 351 En contra: 0 Abstenciones: 0	A favor: 88 En contra: 0 Abstenciones: 0	18/12/2020
Con proyecto de decreto que reforma los artículos 4o. y 73 de la CPEUM en materia de juventud.	A favor: 386 En contra: 0 Abstenciones: 3	A favor: 113 En contra: 0 Abstenciones: 0	24/12/2020
Con proyecto de decreto por el que reforma y adiciona diversas disposiciones de la CPEUM relativos al Poder Judicial de la Federación.	A favor: 319 En contra: 88 Abstenciones: 0	A favor: 84 En contra: 13 Abstenciones: 3	
Con proyecto de decreto por el que reforma el artículo 30 de la CPEUM en materia de nacionalidad.	A favor: 396 En contra: 0 Abstenciones: 1	A favor: 92 En contra: 0 Abstenciones: 0	

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALMANZA, Lucero (2020). “Programas de bienestar deben subir a rango constitucional, insiste López Obrador”. *El Financiero*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/programas-de-bienestar-deben-subir-a-rango-constitucional-insiste-lopez-obrador/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

ALTERIO, Ana Micaela (2016). “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”. En GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

“AMLO: sin base social, ninguna transformación se lleva a cabo” (2020). *La Jornada*. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/09/07/politica/002n1pol#:~:text=Madero%3A%20Era%20un%20hombre%20bueno,llevarse%20a%20cabo%20ninguna%20transformaci%C3%B3n%E2%80%9D> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

- ANGEL, Arturo (2018). “Los cambios clave en la propuesta de Guardia Nacional que fue aprobada en comisiones”. *Animal Político*. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2018/12/morena-propuesta-guardia-nacional-mando-civil-ejercito/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- APS (2018). “AMLO no hará reformas constitucionales en tres primeros años, de ganar la elección”. *El Economista*. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/AMLOno-hara-reformas-constitucionales-en-tres-primeros-anos-de-ganar-eleccion-20180517-0093.html> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- ARENAS, Nelly (2007). “Poder reconcentrado: el populismo autoritario de Hugo Chávez”. *Politeia*. 30(39).
- ARENAS, Nelly (2010). “La Venezuela de Hugo Chávez: rentismo, populismo y democracia”. *Nueva Sociedad*. 229.
- ARKONADA, Katu (2019). “El México de López Obrador: reformismo, ruptura y construcción de hegemonía”. En CACIABUE, Matías y ARKONADA, Katu (coords.). *Más allá de los monstruos. Entre lo viejo que no termina de morir y lo nuevo que no termina de nacer*. Argentina: UniRío Editora, Universidad Nacional de Río Cuarto.
- AVENDAÑO, Elia (2019). “Implicaciones jurídicas de la inclusión de los pueblos y comunidades afromexicanas en la Constitución federal”. *Cultura y Política*. Disponible en: [http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura\\_politica/elia\\_avendano\\_20190905.html](http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura_politica/elia_avendano_20190905.html) (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIV Legislatura (2020a). Boletín no. 6027.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIV Legislatura (2020b). Nota no. 8152.
- CRESPO, José Antonio (2020). *AMLO en la balanza. De la esperanza a la incertidumbre*, México, Grijalbo.
- ELIZONDO, Carlos (2007). “El derecho a la protección de la salud”. *Salud Pública de México*. 49(2).
- ELIZONDO, Carlos (2014). “¿Una nueva Constitución en 2013? El capítulo económico”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 13.
- ESTRADA MICHEL, Rafael y NÚÑEZ TORRES, Michael (2005). “Una asamblea constituyente para México (consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con

- especial referencia al caso de la transición mexicana)". En CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A. (coords.). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GILES NAVARRO, César A. (2018). *Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Instituto Belisario Domínguez. Disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/4193>.
- GOBIERNO DE MÉXICO. Voz "consulta popular". Sistema de Información Legislativa (s. f.). Disponible en: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=252> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA EN EL SENADO, LXIV Legislatura (2020). "Aprueba Senado reforma que suprime fuero constitucional al presidente de la República". Boletín.
- JIMÉNEZ MONSALVE, Ingrid (2011). "El debilitamiento del principio de representación proporcional en Venezuela o autoritarismo electoral: dos caras de la misma moneda". *Politeia*. 34(46).
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio *et al.* (2020). "Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben). La tensión entre Constitución, reformas y gobierno". En BECERRA, Ricardo y WOLDENBERG, José (coords.). *Balance temprano*. México: Granos de Sal.
- LÓPEZ PORTILLO, Ernesto (2020). "Militarización en la 4T, el informe que viene". *Animal Político*. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/ruta-critica/militarizacion-en-la-4t-el-informe-que-viene/> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- LÓPEZ PORTILLO, Ernesto y STORR, Samuel (2020). "Militarización en la 4T (2018-2020)". Informe del Programa de Seguridad Ciudadana de la Universidad Iberoamericana. México. Disponible en: <https://www.casade.org/index.php/biblioteca-casade-2-0/defensa-y-fuerzas-armadas/relaciones-civico-militares/559-militarizacion-en-la-4t-2018-2020/file> (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).
- LÓPEZ, Margarita (2008). "Venezuela: Hugo Chávez y el Bolivarianismo". *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. 14(3).
- MARTÍNEZ, Germán (2020). "La reforma judicial: mascarada sobre la toga". *Nexos*. Disponible en: <https://eljujodelacorte.nexos.com.mx/>

*reforma-judicial-mascarada-sobre-la-toga/* (fecha de consulta: 13 de abril de 2021).

MAYORGA, Fernando (2006). “El gobierno de Evo Morales: entre nacionalismo e indigenismo”. *Nueva Sociedad*. 206.

MUDDE, Cas (2013). “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”. *Jay Heritage Center*. Ryle.

MURAYAMA, Ciro (2019). “La captura del Congreso por Morena”. *Nexos*. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=43100> (fecha de consulta: 12 de junio de 2021).

POPPE, Annika E. *et al.* (2018). “Democracy Promotion in the 21<sup>st</sup> Century”. En PRIF REPORT. *Democracy Promotion in Times of Uncertainty. Trends and Challenges*. Frankfurt: Peace Research Institute Frankfurt-Leibniz Institut Hessische Stiftung Friedensund Konfliktforschung.

PRZEWORSKI, Adam (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.

RAMÍREZ, S. (2019). “Un año de reformas constitucionales en México”. *Altavoz*. Fecha de consulta: 13 de abril de 2021.

RINCÓN, Javier (2006). “Las democracias andinas, entre «populismo constitucional» y «constitucionalismo popular»”. *Visages d'Amérique Latine*. 3.

SENADO DE LA REPÚBLICA (2020). “Declaran aprobada la reforma de movilidad y seguridad vial, con el aval de 23 congresos”. *Boletines*. Disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/49864-declaran-aprobada-la-reforma-de-movilidad-y-seguridad-vial-con-el-aval-de-23-congresos.html>.

TRUJILLO HOLGUÍN, Jesús Adolfo (2019). “Las reformas al artículo 3o. constitucional de 2013 y 2019, ¿continuidad o cambio de rumbo educativo?”. En TRUJILLO HOLGUÍN, Jesús Adolfo *et al.* (coords.). *Desarrollo profesional docente: reflexiones de maestros en servicio en el escenario de la Nueva Escuela Mexicana*. México: Escuela Normal Superior Prof. José E. Medrano R.

TUSHNET, Mark (2013): “Popular Constitutionalism and Political Organization”. *Roger Williams University Law Review*. 18(1).

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país\*

*Protection of nature from the ecocentric paradigm: analysis of sentences of the Constitutional Court of Colombia and other courts of this country*

Recepción: 24 de junio de 2021

Aceptación: 3 de septiembre de 2021

Viridiana MOLINARES HASSAN\*\*

Daniela DÍAZ MARRIAGA\*\*\*

**RESUMEN:** Presentamos un análisis de sentencias, expedidas desde 1991 hasta 2020, sobre protección a la naturaleza en Colombia, que forma parte de los países del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, para identificar la aplicación del paradigma ecocéntrico. La originalidad de nuestro aporte se encuentra en que ubicamos en los discursos de los accionantes y de los órganos judiciales, la aplicación de las categorías de ecojusticia y ecodemocracia, como integrantes del paradigma ecocéntrico para la protección a la

**ABSTRACT:** We present an analysis of sentences, issued from 1991 to 2020, on the protection of nature in Colombia, which is part of the countries of the constitutionalism of biodiversity or new andean constitutionalism, to identify the application of the ecocentric paradigm. The originality of our contribution lies in the fact that we place the application of the categories of ecojustice and ecodemocracy as members of the ecocentric paradigm for the protection of nature in the discourses of the actors and of the judicial bodies. In the conclusions, we

\* Artículo derivado de la investigación “Constitucionalismo de la biodiversidad: estado del arte en derecho comparado”, dirigida por la profesora investigadora Viridiana Molinares Hassan. Es parte de la línea de Asuntos públicos y administración de justicia del Grupo de investigación en derecho y ciencia política de la Universidad del Norte.

\*\* Doctora en derecho público y filosofía jurídico-política de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora investigadora de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3138-7805>; [vmolinar@uinorte.edu.co](mailto:vmolinar@uinorte.edu.co).

\*\*\* Abogada egresada de la Universidad del Norte y estudiante de la especialización en Derechos Humanos por la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4186-7930>; [damarriaga@uinorte.edu.co](mailto:damarriaga@uinorte.edu.co).

naturaleza. En las conclusiones destacamos la ausencia de una acción directa de protección a la naturaleza, además, aunque en este país se cuenta con decisiones judiciales relevantes, éstas se sustentan en un paradigma antropocéntrico y no ecocéntrico, lo que motiva a un cambio necesario para la efectiva protección de la naturaleza.

**Palabras clave:** nuevo constitucionalismo andino, constitucionalismo de la biodiversidad, antropocentrismo, ecocentrismo, biocentrismo, ecodemocracia, ecojusticia.

*highlight the absence of a direct action to protect nature, in addition, although there are relevant judicial decisions in this country, these are based on an anthropocentric and non-ecocentric paradigm, which motivates a necessary change for the effective protection of nature.*

**Keywords:** *new andean constitutionalism, biodiversity constitutionalism, antropocentrism, ecocentrism, biocentrism, ecodemocracy, ecojustice.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Paradigma ecocéntrico: ecodemocracia y ecojusticia.* III. *Colombia como país del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino.* IV. *Análisis de sentencias expedidas en Colombia sobre protección a la naturaleza.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El impacto del ser humano sobre la tierra es cada vez más evidente, por ello, gran parte de la comunidad científica ha denominado la era geológica actual como “Antropoceno” (Crutzen y Stoermer, 2000), que se caracteriza, precisamente, por cambios en los ecosistemas terrestres provocados por la actividad humana.

Existen distintas teorías sobre el punto de partida de esta época, entre los más mencionadas se encuentran: “el desarrollo de la agricultura; la revolución industrial; el descubrimiento, conquista y expansión sobre América, y la primera detonación nuclear” (Anzoátegui, 2000: 5).

A pesar de no existir consenso sobre el inicio exacto del Antropoceno, sí lo hay respecto a la “huella” que la actividad humana ha estado dejando en el planeta. Muestras de ello son: el fenómeno del cambio climático, la contaminación de los océanos, bosques deforestados, incendios forestales, desplazamientos climáticos, y otros eventos que han provocado cambios significativos en los ecosistemas y sus procesos, hasta el punto de llegar a

hablarse de una probable “sexta extinción masiva de especies” (Anzoátegui, 2000: 8).

Para enfrentar la crisis actual en la que nos encontramos, desde la academia se han formulado diferentes propuestas, una de ellas consiste en la necesidad de un cambio de paradigma, del antropocéntrico a uno *ecocéntrico*, desde el que se considere a la naturaleza (no humana) como portadora de un valor intrínseco y no uno instrumental para el beneficio de la especie humana. A partir de esta propuesta se han desarrollado categorías como las de *ecodemocracia*—democracia ecocéntrica— (Gray y Curry, 2016) y de *ecojusticia*—justicia ecológica— (Washington *et al.*, 2018: 367-374), que acogen el enfoque *ecocéntrico* para la protección de la naturaleza.

Por ejemplo, Carducci y Castillo (2016) han destacado avances en las Constituciones expedidas al final del siglo XX e inicios del siglo XXI en países como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Colombia, en el sentido de que en éstas se incluyó el carácter biocéntrico/ecocéntrico para la protección a la naturaleza. En consecuencia, denominan a este grupo como los países del “constitucionalismo de la biodiversidad” o “nuevo constitucionalismo andino”.

Estos autores resaltan que en las Constituciones de estos países la naturaleza ya no es vista como objeto de apropiación, explotación o conservación, sino que se convierte en “sujeto” de derechos y, por tanto, de protección: “La naturaleza ya no se identifica más común “objeto” de apropiación, explotación, o conservación: se convierte en el “sujeto” que alimenta y nutre a los seres humanos y por lo tanto a la sociedad.” Así mismo, acogen la fórmula de la “hipótesis de Gaia”, según la cual “todos los componentes del planeta tierra «viven» en constante interacción con todos los comportamientos y las acciones de los organismos vivos, vegetales o animales.” (p. 260).

Este cambio de perspectiva ha sido atribuido por los autores al carácter diverso y plural de las Constituciones de países andinos que, entre varios aspectos, han dado especial importancia a una *racionalidad indígena* que comprende paradigmas como el *sumak kawsay*,<sup>1</sup> presente en la Constitución ecuatoriana, o el *suma qamaña*<sup>2</sup> en la boliviana.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En el preámbulo de la Constitución de Ecuador se define como: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

<sup>2</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), artículo 8o.

<sup>3</sup> El alcance de estas categorías puede entenderse a partir de que: “Estas categorías



Teniendo en cuenta la necesidad de cambio del paradigma antropocéntrico al ecocéntrico, y la protección a la naturaleza establecida en las Constituciones del constitucionalismo de la biodiversidad, en este artículo nos planteamos como problema de investigación: ¿Desde qué paradigma —antropocéntrico o ecocéntrico— se está solicitando y otorgando protección judicial a la naturaleza en Colombia?

Nuestra hipótesis se orienta a afirmar que la protección, vía judicial, a la naturaleza como sujeto de derechos sigue solicitándose y otorgándose (por parte de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país) desde una posición instrumental de la naturaleza en beneficio de la especie humana, y no por su valor intrínseco, afianzando el paradigma antropocéntrico.

Por lo anterior, el objetivo de realizar este artículo consiste en analizar si en los discursos de los accionantes y de los órganos judiciales se desarrollan las categorías de ecojusticia y ecodeмокracia, como integrantes del paradigma ecocéntrico para la protección a la naturaleza.

Metodológicamente se analizarán en las sentencias, los discursos utilizados por los accionantes, por la Corte Constitucional de Colombia y otros tribunales de este país, destacando el enfoque de protección otorgado bajo las líneas de pensamiento de la ética ambiental, a saber, antropocentristas (antropocentrismo) o no antropocentristas (biocentrismo, ecocentrismo). Junto a lo anterior, analizamos la aplicabilidad de las categorías de ecodeмокracia y ecojusticia para determinar, en consecuencia, si se evidencia o no una protección ecocentrista de la naturaleza.

Para la selección de las sentencias objeto de análisis se tuvo en cuenta un criterio temporal, incluyendo casos relevantes de protección fallados desde la fecha de expedición, en 1991, de la actual Constitución de Colombia, hasta 2020. Así mismo, se utilizó el criterio material, seleccionando casos sobre protección a la naturaleza, entendida ésta como lo que conforma la naturaleza no humana (ecosistemas terrestres y acuáticos), encontrando casos de protección a bosques, páramos, ríos, etcétera.

---

encuentran su origen en la racionalidad «indígena» del *sumak kawsay* (Ecuador) y del *suma qamaña* (Bolivia): la subsistencia no es una condición al límite de la supervivencia. La subsistencia es, más bien, entendida como un «buen vivir» con respeto hacia la naturaleza y el rechazo a la acumulación material del individuo egoísta: se trata de una idea emancipadora que considera a la subyugación de la naturaleza por parte del hombre como responsable de la desigualdad y la injusticia social”. En Carducci, M. y Castillo, Lidia (2016: 263).

## II. PARADIGMA ECOCÉNTRICO: ECODEMOCRACIA Y ECOJUSTICIA

Para identificar el enfoque de protección aplicado en las sentencias objeto de análisis es necesario acudir a las categorías de pensamiento de la ética ambiental, pues éstas explican la relación hombre-naturaleza. Estas categorías son principalmente el antropocentrismo, biocentrismo y el novedoso ecocentrismo.

El antropocentrismo es una corriente que predomina en el mundo:

...se centra en la creencia de que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al ser humano legítimo dueño de aquella y, como consecuencia, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales (Ochoa, 2014: 260).

Por otra parte, con el biocentrismo se le concede importancia moral a todos los seres vivos presentes y de generaciones futuras, a diferencia del ecocentrismo, el cual extiende esa consideración no solo a los seres vivientes, sino a otras entidades como los ecosistemas, el agua, el aire, etcétera, de forma holística y no individual (Marcos, 1999).

Como se observa, el ecocentrismo se destaca por otorgar valor intrínseco a la naturaleza no humana como un todo. A partir de este paradigma se han desarrollado distintos conceptos que lo respaldan, como la ecodeocracia y la ecojusticia, categorías que sirven para identificar en mayor medida la aplicación de un enfoque de protección ecocéntrico de la naturaleza.

### 1. *Ecodeocracia*

La ecodeocracia, o democracia ecocéntrica, fue definida por Jan Lundberg como la “reestructuración de nuestra sociedad para la máxima conservación e igualdad de derechos para todas las especies” (1992: 226).

Así mismo, Gray y Curry la definieron como:

Grupos y comunidades usando sistemas de toma de decisiones que respetan los principios de la democracia humana mientras que explícitamente amplían la valoración para incluir el valor intrínseco de la naturaleza no humana, con

el objetivo final de evaluar las necesidades humanas al igual que las de otras especies y de los sistemas vivientes que conforman la ecosfera (2016: 21).

Además, formularon las siguientes propuestas prácticas para el desarrollo de la ecodemocracia:

*Ecodemocracia deliberativa.* Creación de figuras como el “consejo de todos los seres”, en donde quienes lo conforman se aparten de su identidad humana y hablen en nombre de otras formas de vida.

*Apoderados humanos con derecho a voto.* Se trata de asignarles la calidad de *stakeholder* o parte interesada a lo no humano y, así mismo, el derecho al voto, que estaría representado por un ser humano.<sup>4</sup>

*Jurado de ciudadanos.* Se encargaría de deliberar, desde un punto de vista ecocéntrico, sobre diferencias presentadas entre los grupos de paneles en sus recomendaciones y propuestas. El primer panel estaría conformado por un grupo de expertos en ecología, ciencia ambiental y ética, para formular recomendaciones que beneficiarían a la vida no humana, y, por otro lado, estaría un grupo de políticos, representantes de la especie humana elegidos de forma democrática, para formular propuestas orientadas a la conservación de la especie humana.

*Ecodemocracia mediante leyes.* Proponen el reconocimiento jurídico de derechos intrínsecos a lo no humano como método de ecodemocracia (Gray y Curry, 2016: 21).

Como conclusión, la ecodemocracia es una categoría que propone medidas enfocadas en el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza no humana, considerándola como par a lo humano e integrándola en la toma de decisiones que la afectan.

## 2. Ecojusticia

Al igual que la ecodemocracia, la ecojusticia o justicia ecocéntrica, tiene un enfoque ecocéntrico. Se sustenta en el reconocimiento al valor

---

<sup>4</sup> Un ejemplo aplicable a esta propuesta se registra en Colombia: en 2019, con la presentación de un recurso de *habeas corpus* en nombre de un oso de anteojos en cautiverio, llamado Chucho, luego de ser trasladado desde el lugar donde creció en cautiverio hasta a un zoológico en otra ciudad. Con el recurso se solicitó que Chucho, el oso, fuera regresado a su hábitat de acutiverio. Véase la Sentencia STL12651-2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral n° T 47924, del 16 de agosto de 2017; Sentencia SU016/20 de la Corte Constitucional.

intrínseco de la naturaleza no humana, apartándose del valor instrumental para los humanos. Washington, Haydn *et al.* la han definido como la “justicia para la naturaleza” (2018: 369).

Este concepto difiere de la llamada “justicia ambiental” (*environmental justice*) que se desprende de la justicia social (justicia para los humanos), aplicada en cuestiones ambientales sobre la distribución de los recursos ambientales y que, en esencia, no es una justicia para el medio ambiente, sino que se trata de una justicia para el ser humano sobre cuestiones ambientales (Washington *et al.*, 2018: 369).

Al contrario de la ecojusticia, la justicia ambiental se desarrolla desde el paradigma antropocéntrico. Consiste en:

...el trato justo y la participación significativa de todas las personas, independientemente de su raza, color, nacionalidad o ingresos, con respecto al desarrollo, implementación y cumplimiento de las leyes, regulaciones y políticas ambientales... [para que todas las personas] disfruten del mismo grado de protección contra los peligros ambientales y de salud, e igual acceso en el proceso de toma de decisiones, para tener un ambiente saludable en el que vivir, aprender y trabajar (Washington *et al.*, 2018: 370).

Como conclusión, la justicia ambiental se propone mejorar la calidad de vida de los seres humanos, desconociendo la protección para la naturaleza no humana.

Cuando se articulan las categorías de ecodemocracia y de ecojusticia, se encuentra que éstas representan un cambio respecto a la relación hombre-naturaleza que ha regido históricamente. A partir de ellas se constituye un paradigma ecocéntrico, el cual se reconoce el valor intrínseco de la naturaleza no humana y busca protección y justicia para todo lo no humano.

### III. COLOMBIA COMO PAÍS DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA BIODIVERSIDAD O NUEVO CONSTITUCIONALISMO ANDINO

En este acápite presentamos, de manera breve, una descripción del contenido sobre protección a la naturaleza en la Constituciones de los países que, Carducci y Castillo (2016) afirman, forman parte del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, con el propósito de ilustrar que, a nivel constitucional, se ha acogido el paradigma

ecocéntrico. En este sentido, incluimos a Colombia para, en el acápite posterior, analizar en las sentencias expedidas en este país, si la protección a la naturaleza responde a este paradigma o no.

A finales del siglo XX e inicios del siglo XXI se desarrollaron nuevos procesos constituyentes en países latinoamericanos, producto de la necesidad de superar desigualdades sociales estructurales. Estos procesos se iniciaron con manifestaciones de protesta orientadas a provocar cambios institucionales a través de los cuales se valorara, de manera material y no solo formal, la dignidad humana; se reconocieran las naciones indígenas y se reivindicaran sus derechos; se materializaran derechos de carácter social, y se protegiera a la naturaleza como sujeto de derechos.

De acuerdo a Viciano y Martínez (2011: 7), estos procesos buscaron la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la legitimidad democrática de la Constitución, y dieron lugar al cambio de una Constitución formal a una sustancial, estructura del Estado constitucional.

Estas transformaciones constitucionales se iniciaron en Colombia a principios de la década de 1990 con la convocatoria, por parte de un movimiento estudiantil a una Asamblea Constituyente, que culminó con la expedición de la Constitución de 1991. Luego, siguió con la aprobación, mediante referendos, de nuevas Constituciones en 1999 en Venezuela; en Ecuador, en 2008, con un texto constitucional que se caracterizó por la expresa referencia al Estado constitucional, y, por último, en Bolivia, en 2009, con la expedición de una carta magna que avanzó al reconocimiento de un Estado plurinacional.

Entre los cambios constitucionales realizados en estos países andinos sobre el tema de protección a la naturaleza, encontramos, por ejemplo, cómo en la Constitución de Venezuela se consagran, en el artículo 127, principios, derechos y deberes ambientales y “transgeneracionales”, revelando, según lo explica Luzardo (2011: 238) un replanteamiento de la cosmovisión antropocéntrica a una “transepistemología ambiental”.

El artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente, refiriéndose a los derechos y deberes ambientales y transgeneracionales:

Es un derecho y un deber de cada generación, proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diver-

sidad biológica. Los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica... Es una obligación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Al respecto, Luzardo observa cómo se consagran los derechos transgeneracionales en relación al medio ambiente desde tres perspectivas: 1) derecho individual; 2) derecho colectivo, y 3) derecho de las generaciones futuras o transgeneracionales (2011: 191). Además, sigue explicando, este artículo no solamente se refiere a los derechos de las actuales y futuras generaciones, sino también al equilibrio que debe establecer la especie humana con las otras especies vivas del planeta y la biosfera, y al deber del Estado de asumir el desarrollo de una política ambiental integral (p. 198).

Por otro lado, encontramos que, en la Constitución de Ecuador, considerada como un referente en materia ambiental, se reconoce de manera expresa a la naturaleza como sujeto de derechos, esto debido a la inclusión de la cosmovisión indígena representada en el *sumak kawsay* o buen vivir, y el respeto hacia la Pacha Mama (Madre Tierra), como se observa en el preámbulo: “Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia... Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

Respecto a la filosofía del buen vivir, Boff (2012: 66) sostiene que:

...el “buen vivir” apunta a una ética de lo suficiente para toda la comunidad, y no solamente para el individuo. El “buen vivir” supone una visión holística e integradora del ser humano, inmerso en la gran comunidad terrenal, que incluye además de al ser humano, al aire, el agua, los suelos, las montañas, los árboles y los animales; es estar en profunda comunión con la Pacha Mama (Tierra), con las energías del Universo, y con Dios.

Se observa entonces, cómo la Constitución ecuatoriana contempla derechos tanto para el buen vivir como para la Pacha Mama, siendo los seres humanos titulares de los primeros y la naturaleza ostentando la titularidad de los segundos.

Los derechos del buen vivir son: el derecho humano al agua; a los alimentos saludables y nutritivos; al ambiente saludable; la prohibición de producción, comercialización e importación de productos genéticamente modificados por ser perjudiciales para la salud humana y atentar contra la soberanía alimentaria y los ecosistemas (Constitución de la República del Ecuador, 2008: artículo 13).

Por otro lado, los derechos de la naturaleza son: a reproducirse; a realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales; a la restauración; a la restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas y alteración de ciclos naturales; a la prohibición de introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que pueda alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (Constitución de la República del Ecuador, 2008: artículos 71 y 72).

De igual manera, la Constitución de Bolivia está fundada en una cosmovisión indígena, y se reconoce el carácter plurinacional del Estado, fundado también desde la filosofía del buen vivir, o en este caso del *suma qumaña*, que de acuerdo con Moura (2012) se puede entender como:

La noción de *suma qumaña* de los Aymaras de Bolivia significa la complementariedad social, rechazando la exclusión y la discriminación, y buscando la armonía de la humanidad con la Madre Tierra, respetando las leyes de la naturaleza. Todo esto constituye una cultura de vida, que se opone a una vida de muerte. Todavía, el *suma qumaña* puede ser visto como convivir bien, resaltando así la necesaria convivencia de los hombres entre sí y la naturaleza” (citado en Maluf *et al.*, 2018: 162).

El contenido ambiental de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia está plasmado en los artículos 33, 34, 342-347, 348-358 y 373, que hacen referencia al derecho de las personas a una calidad de vida y a un medio ambiente saludable. En su artículo 10 expresa que “la naturaleza será titular de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”; sin embargo, en el texto constitucional no aparece plasmado de forma explícita cuáles son esos derechos. A pesar de ello, los derechos de la naturaleza son introducidos mediante legislación infraconstitucional a través de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien de 2012, que reconoce los siguientes derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, a la restauración, al aire limpio, al equilibrio, y a vivir libre de contaminación.

Así mismo, el texto constitucional boliviano, en su artículo 33, dispone que “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, *además de otros seres vivos*, desarrollarse de manera normal y permanente” (cursiva propias para añadir énfasis).

Iniciando el análisis del caso de Colombia, encontramos que su Constitución ha sido catalogada como *ecológica*.<sup>5</sup>

De manera específica, el carácter ecológico y la protección a la naturaleza se consagra en los siguientes artículos de la Constitución de Colombia:

Artículo	Contenido
58	Función ecológica de la propiedad
66	Créditos agropecuarios por calamidad ambiental
67	Educación para la protección del ambiente
79	Derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales
80	Planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales
82	Deber de proteger los recursos culturales y naturales del país
226	Internacionalización de las relaciones ecológicas
268.7	Fiscalización de los recursos naturales y del ambiente
294 y 317	Contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales
330.5	Consejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales
331	Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente
332	Dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables
333	Limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente
334	Intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano
339	Política ambiental en el plan nacional de desarrollo

<sup>5</sup> Entre decisiones de la Corte Constitucional colombiana en las que se refuerza el carácter ecológico de su Constitución pueden citarse: Sentencia T-411-92 (disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>) y la Sentencia C-048-2018 (disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-048-18.htm>).



Artículo	Contenido
340	Representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación
366	Solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado

Por otra parte, atendiendo la importancia de los precedentes constitucionales de carácter obligatorio, que en Colombia se integran por sentencias de revisión de constitucionalidad (SC) expedidas por la Corte Constitucional, presentamos algunos de ellos en los que la Corte advierte la importancia de elementos que integran la naturaleza y la especial protección que debe otorgársele:

Sentencia T-411-92	“La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento —en la medida que regula la creación jurídica—, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto, en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una <i>Constitución ecológica</i> y una Constitución cultural”.
Sentencia C-644-17	Respecto al valor que tiene la naturaleza, la Corte Constitucional ha dicho que “Existe una necesidad imperiosa de propender por una defensa cada vez más rigurosa de la naturaleza y su entorno, por cuanto, la naturaleza, en sí misma, tiene un valor intrínseco”.
Sentencia C-048-2018	De acuerdo a la Corte: “La Constitución ecológica contiene un conjunto de disposiciones que reconocen la importancia del ambiente sano, e imponen una serie de obligaciones al Estado para su conservación... El ambiente sano tiene una triple dimensión: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección”.

Como conclusión de este acápite encontramos, de acuerdo al contenido de las Constituciones de los países del constitucionalismo de la biodiversidad o nuevo constitucionalismo andino, que en las de Ecuador y Bolivia se reconoce el valor intrínseco de la naturaleza no humana, resaltando el

valor de la tierra o Pacha Mana, por lo que puede afirmarse que acogen el paradigma ecocéntrico. Por otra parte, los textos constitucionales de Colombia y Venezuela, a pesar de tener un alto contenido en protección ambiental, no le otorgan tal reconocimiento de manera expresa a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico, pero avanzan de manera sustancial en el otorgamiento de protección al ambiente, a los seres vivos y a los ecosistemas, señalando, como en el caso de Venezuela, el deber transgeneracional de la protección a la naturaleza, de lo cual se puede concluir que de manera implícita derivan en una protección ecocéntrica a la naturaleza.

#### IV. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EXPEDIDAS EN COLOMBIA SOBRE PROTECCIÓN A LA NATURALEZA

A continuación, presentamos el análisis de sentencias sobre protección de la naturaleza en Colombia, realizado de acuerdo con los criterios descritos en la introducción, con el fin de identificar si acogen el paradigma antropocéntrico o ecocéntrico, haciendo especial análisis sobre la aplicación de la categoría de ecojusticia. Analizamos tanto decisiones de la Corte Constitucional como de otros tribunales, abarcando todas las decisiones expedidas desde 1991 hasta 2020.

##### 1. *Río Atrato. Sentencia T-622-16 del 10 de noviembre de 2016, Corte Constitucional de Colombia*

La Corte Constitucional revisa una acción de tutela<sup>6</sup> instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) y otros, contra la Presidencia de la República y otros.

Los accionantes (comunidades étnicas indígenas y afrocolombianas) habitan en la cuenca del río Atrato, ellos solicitaron la emisión de órdenes para detener el uso intensivo y a gran escala de métodos de extracción minera y explotación forestal ilegal, que incluyen maquinaria pesada y vertimiento de sustancias tóxicas en el río Atrato, sus cuencas, ciénagas,

<sup>6</sup> Acción judicial encaminada a la protección y garantía de los derechos constitucionales fundamentales.

humedales y afluentes, teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente.

Los accionantes solicitan que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura, y al territorio de las comunidades étnicas. En sus argumentos exponen los efectos nocivos de estas prácticas en el río Atrato y sus afluentes, como la destrucción del cauce del río, la contaminación de las aguas por sustancias tóxicas, la erosión, la acumulación de basuras, el vertimiento de residuos sólidos y líquidos al río, y la pérdida de especies, entre otros más.

Así mismo, afirman que estos efectos representan un riesgo para las comunidades y resaltan la importancia del río Atrato, argumentando su utilidad para el consumo directo del agua, para sus actividades de agricultura, la pesca y demás actividades cotidianas, incluso las culturales. De igual manera, explican las consecuencias negativas que ha ocasionado la afectación del río en sus vidas y cómo la contaminación del río atenta contra la supervivencia de la población, resaltando situaciones como muertes por intoxicación y contracción de enfermedades.

La Corte Constitucional, en sus consideraciones, emplea el concepto de “derechos bioculturales” de las comunidades étnicas, que hacen referencia al derecho a “administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios —de acuerdo con sus propias leyes, costumbres— y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad”, ligando la naturaleza a un factor cultural, por la relación entre aquellas comunidades y el medio ambiente.

En su decisión, la Corte declara al río Atrato como sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y de las comunidades étnicas, y ordena medidas para garantizar esos derechos y para el restablecimiento de los derechos de las comunidades étnicas afectadas.

Analizando los principales argumentos, tanto de los accionantes como de la Corte, encontramos que la solicitud y otorgamiento de protección al río Atrato están fundamentados en la crisis social ocasionada por el deterioro del río y sus afluentes, sin hacer mención alguna sobre la importancia del río en sí mismo y su interrelación con los ecosistemas, cuya vida tiene génesis, se desarrolla y dependen de él.

Como consecuencia, es evidente la relación que establecen tanto los accionantes como la Corte, entre la naturaleza y los seres humanos (en este caso enfocado en comunidades étnicas), otorgándole un valor cultural. Sin embargo, consideramos que asumir la naturaleza como parte de la cultura es una postura antropocéntrica, y niega la realidad evolutiva de que los humanos y su cultura hacen parte de la naturaleza, integran un todo. Además, la decisión de declarar al río como sujeto de derechos, especialmente por la relación existente entre las comunidades con la naturaleza (derechos bioculturales) y los efectos nocivos que ocasionaron la vulneración de sus derechos fundamentales, da cuenta de la protección a naturaleza por la utilidad que representa para el ser humano y no por su valor intrínseco, que es lo que promueve el paradigma ecocéntrico.

Por otra parte, observamos, junto al enfoque antropocéntrico, la aplicación de una justicia ambiental, que definimos anteriormente, como una justicia social con carácter ambiental, que pretende proteger en primera medida al ser humano debido a los problemas ambientales que le afectan y no desde la categoría de ecojusticia.

## 2. *Amazonía. Sentencia STC4360-2018 del 5 de abril de 2018, Corte Suprema de Justicia de Colombia*

En este caso, la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la impugnación de un fallo de tutela instaurada por un grupo de personas en contra de la Presidencia de la República, los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, por el “incremento de la deforestación en la Amazonía”.

Los accionantes, veinticinco personas —entre ellas, niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos entre 7 y 25 años de edad—, afirmaron vivir en lugares que hacen parte de la lista de ciudades con mayor riesgo por cambio climático y solicitaron la protección de sus derechos al goce de un ambiente sano, a la vida y a la salud.

Argumentaron que la deforestación en la Amazonía se debe a diversas actividades como el acaparamiento de tierras, cultivos de uso ilícito, extracción ilícita de yacimientos minerales, la infraestructura, los cultivos agroindustriales y la extracción ilegal de madera, que contribuyen a la

emisión de gases de efecto invernadero, los cuales ocasionan el cambio climático. Sostuvieron, además, que la deforestación afecta “la alteración negativa del ciclo del agua; ...la alteración de los suelos de captar y absorber agua cuando llueve (y las consecuentes inundaciones que esto genera); ...los cambios en los suministros de agua que llegan a los páramos y que a su vez proveen agua para las ciudades donde viven los accionantes...”. Lo anterior tiene implicaciones nocivas para los lugares de su residencia, afectando su derecho al ambiente sano, que impacta, en consecuencia, sus derechos fundamentales y de las generaciones futuras, de las que ellos hacen parte y quienes enfrentarán los efectos del cambio climático. Por estas razones, solicitaron que se expidieran medidas tendientes a la reducción de la deforestación.

De lo anterior, se destaca el carácter biocéntrico de los argumentos de los accionantes, toda vez que otorgan especial importancia en su reclamación a las afectaciones a las generaciones futuras, centrándose en las consecuencias de la deforestación; sin embargo, no se refieren al valor de los ecosistemas que se ven afectados por dicha problemática.

Por otra parte, encontramos que la Corte en sus consideraciones se refirió a los derechos ambientales de las futuras generaciones, que se fundan en el “(i) deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la naturaleza.” Así mismo, hace alusión a la importancia en la protección de la Amazonía, ligadas a su valor intrínseco, es decir, acoge el paradigma ecocéntrico.

Esto lo hace la Corte para otorgar la protección solicitada, por la obligación de solidaridad humana con la naturaleza (que parte de los derechos ambientales de las futuras generaciones), reconociendo al ser humano como “parte de la naturaleza”, y considerando la importancia intrínseca de lo que la Amazonía representa en el curso de la naturaleza como un todo.

El otorgamiento de la calidad de sujeto de derechos a la Amazonía fue realizada bajo una premisa dualista, que integra tanto el paradigma biocéntrico por parte de los accionantes que recurrieron a la justicia ambiental, como desde el paradigma ecocéntrico, acogido por parte de la Corte.

### 3. *Páramo de Pisba. Sentencia del 9 de agosto de 2018, Tribunal Administrativo de Boyacá, Colombia*

El Tribunal conoció de la impugnación interpuesta por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, contra la sentencia de tutela que resol-

vió amparar los derechos fundamentales a la participación ciudadana y al debido proceso de los accionantes.

El caso se trató de un grupo de trabajadores de la empresa C. I. Bulk Trading Sur América Ltda, titular y operadora de un contrato de concesión minera para la explotación de carbón en Vereda Mortiño, Municipio de Socha, que solicitaron participación en el proceso de delimitación del páramo de Pisba, argumentando que el Ministerio omitió socializar con aquellos el trámite de delimitación, privándolos de evaluar el conflicto de tipo social y económico que se generaría. Obsérvese que se centran en una postura totalmente antropocéntrica, en razón a que pretenden la inclusión en el proceso de delimitación del páramo, a partir de las problemáticas personales de naturaleza social que se derivan de dicha delimitación.

Su solicitud también tiene sustento en que la actividad minera está prohibida en los páramos y esto trae como consecuencia la terminación de los contratos laborales de los accionantes.

El Tribunal, en sus argumentos, reiteró la falta de regulación en materia de protección de páramos y resaltó la importancia de tomar medidas que garanticen una eficaz protección en el caso concreto; como consecuencia, decidió declarar al páramo de Pisba sujeto de derechos. Motivó su decisión, entre otros aspectos, por la importancia que representan estos ecosistemas como productores de agua y sumideros de carbono, afirmando que “Los páramos son entidades de especial importancia por una doble función jurisprudencialmente reconocida como principal, no así las únicas, cuales son la producción de agua y la absorción de carbono de la atmósfera” (p. 28).

El Tribunal, además de la calidad de sujeto de derechos otorgada al páramo, ordena una serie de medidas para garantizar dicha protección y para compensar a las personas afectadas, también, resaltó la importancia de la protección del páramo como ecosistema y fuente hídrica, y a su vez de los derechos de las generaciones presentes y futuras al agua, a la vida, a la salud y a la integridad personal. Así, encontramos que el Tribunal acoge el paradigma biocéntrico, que reconoce el valor moral de la entidad natural, pero en razón del beneficio para las especies vivientes (humanas y no humanas) y no en razón de un valor intrínseco del páramo.

En conclusión, el presente caso se desarrolló integrando argumentos antropocéntricos por parte de los accionantes, que también aplican el concepto de “justicia ambiental”, pero biocéntricos por parte del Tribunal.

4. *Río Cauca. Sentencia de segunda instancia*  
*No. 038 del 17 de junio de 2019, Sala Cuarta Civil*  
*de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, Colombia*

El Tribunal conoce de un recurso de apelación y decide negar el amparo de los derechos invocados en una acción de tutela instaurada contra la Empresa Pública de Medellín (EPM E. S. P.), la Gobernación de Antioquia, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros.

Con la acción de tutela se solicitó la protección de los derechos a la salud, al agua, al medioambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en la zona de influencia del río Cauca, y que se reconociera la calidad de sujeto de derechos del río, junto a la expedición de una serie de medidas para su recuperación y conservación.

Lo anterior, en virtud de las afectaciones causadas por intervenciones de orden infraestructural del proyecto Hidroituango (ubicado sobre el cauce del río Cauca), que, de acuerdo a los accionantes, ocasionaron la disminución del caudal y con ello la afectación de fauna y flora que dependía del buen estado del río.

Los accionantes también argumentaron que tuvieron afectaciones en la economía de los municipios donde el río tiene influencia, específicamente en sus actividades de pesca, turismo y transporte.

El tribunal, en sus consideraciones, resaltó que el ecosistema debe preservarse en beneficio de las futuras generaciones, considerándolas como sujeto de derechos en sí misma, y que estas, al igual que las generaciones presentes, tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano, en virtud de la equidad intergeneracional y del principio de solidaridad.

Así mismo, adujo que el río es un sujeto de derechos y merece una protección especial “como fuente de alimento, medio ambiente y diversidad, pero especialmente del derecho al agua como fuente hídrica de conservar su valor futuro...” (p. 39).

En este caso, se evidenció una perspectiva antropocéntrica por parte de los accionantes, pues aducen la protección del río no en pro de una justicia ecológica, sino de una justicia ambiental, que busca proteger los derechos de los seres humanos afectados por la crisis ambiental, y no tiene como principal objetivo la preservación del medio ambiente por su valor intrínseco.

Por otro lado, el tribunal acoge una perspectiva biocéntrica, pues reconoce el valor moral de la naturaleza, pero haciendo especial énfasis en los derechos de las generaciones futuras.

De lo anterior, se concluye que este caso fue resuelto bajo una justicia ambiental, que busca principalmente el bienestar del ser humano, y no de la naturaleza como un todo.

5. *Río Magdalena. Sentencia de primera instancia No. 071 del 24 de octubre de 2019, Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva–Huila, Colombia*

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva conoció de una acción de tutela instaurada por dos ciudadanos contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, al agua, al medio ambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en las zonas de influencia del río Magdalena, quienes solicitaron que se declarara al río Magdalena como sujeto de derechos y se ordenaran medidas para garantizar su protección.

En sus argumentos, los accionantes, mencionan que el río y sus afluentes han venido presentando afectaciones ambientales a raíz de la construcción del proyecto hidroeléctrico El Quimbo, el cual generó contaminación por el llenado del embalse y la biomasa inmersa; y por la contaminación por vertimientos directos de aguas servidas originadas en los municipios ribereños, situación que ha generado afectaciones en sus principales actividades económicas: la pesca y el turismo.

El juzgado reconoce la calidad de sujeto de derechos de las generaciones futuras y tutela sus derechos al agua, a la salud, a la vida digna y al medio ambiente sano, así mismo, reconoce la calidad de sujeto de derechos del río Magdalena a su protección, conservación, mantenimiento y restauración. En la sentencia se pone de manifiesto que las generaciones futuras son sujetos de derecho por cuanto pueden verse afectadas por los sucesos ambientales que aquejan en la actualidad, y por ende decide tutelar los derechos en favor de aquellas.

En el presente caso se evidencia que el reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos del río Magdalena se realiza desde un punto de vista biocéntrico, toda vez que se tiene como argumento principal para



su protección la supervivencia del ser humano en el tiempo, y se omite en gran parte la importancia de la protección del río como parte integral de la naturaleza y lo que representa en sí mismo, desconociendo el paradigma ecocéntrico. Se pretende materializar una justicia ambiental, que busca la protección de la naturaleza, pero en beneficio de la supervivencia del ser humano.

#### 6. *Vía Parque Isla Salamanca. Sentencia STC3872-2020 del 18 de junio de 2020, Corte Suprema de Justicia de Colombia*

La Corte conoce de la impugnación de un fallo de tutela proferido por la sala civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la que un ciudadano solicita el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna, al agua y al medio ambiente sano de los niños y niñas del distrito, y así mismo solicita el reconocimiento de sujeto de derechos para la Vía Parque Isla Salamanca. Entre sus solicitudes se encuentra que se ordene la formulación de un “plan de corto, mediano y largo plazo que contrarreste la tasa de deforestación de bosques de manglar, [y el empleo de] acciones estratégicas encaminadas al estudio y recuperación de las zonas afectadas por los incendios forestales” (pp. 1 y 2) que ocurrieron en los recientes años.

En sus argumentos, el accionante sostiene que la Vía Parque Isla de Salamanca “está en riesgo de colapsar debido a la pasividad de las accionadas (entidades estatales) porque no han hecho frente a la problemática ambiental que enfrenta esta área protegida”. Así mismo pone de presente las “quemadas indiscriminadas”, que ponen en peligro las especies de manglar del país, y además “cambian el régimen hidrológico y modifica las propiedades físicas, químicas y biológicas del suelo” (p. 2).

Por otro lado, también destacó la afectación causada a los niños y niñas de Barranquilla derivada de la humareda que se presenta con los incendios forestales, que daña la salud de aquellos.

La Corte se pronunció con relación al otorgamiento de calidad de sujeto de derechos a la naturaleza, señalando que

... esos beneficios no derivan de la racionalidad, sino del mero hecho de existir, esto es, de hacer parte integrante de la Tierra... el ser humano no es superior a la Naturaleza ni, por tanto, está legitimado para usarla indiscriminadamente como un objeto, sino que ambos conforman en igualdad de condiciones la

plurinación, es decir, la Pacha Mama... entre ellos [ser humano y naturaleza] existe una relación interdependiente que supone su disfrute mutuo en términos razonables, equitativos, no abusivos y ponderados (p. 21).

Refiriéndose a la relación interdependiente entre el ser humano y la naturaleza no humana, la Corte afirmó que

...el concepto de interdependencia lleva incita la ideología de que el verdadero titular de derechos es el planeta mirado como un todo y que sus especies integrantes deben cohesionarse para mantenerlo con vida, sin que ninguna de ellas tenga mayores alcances que las otras, porque al fin y al cabo cada una es indispensable para la supervivencia dentro del todo (p. 25).

Así mismo, resalta el carácter especial de la reserva natural por “constituir un valioso patrimonio ecológico y cultural de la nación y de la humanidad entera, dada su riqueza ecosistémica” (p. 25).

La Corte otorga el amparo a favor de la Vía Parque Isla de Salamanca y le da la calidad de sujeto de derechos, así mismo, ordena a los accionados el despliegue de medidas para su protección.

Se puede observar que el accionante en sus argumentos no tiene como foco la afectación del ser humano, sino que integra en la problemática ecológica los riesgos que tiene para el hombre, en este caso los niños, que son sujetos de especial protección y que en últimas también hacen parte de la naturaleza, sin dejar de lado las consecuencias nocivas para el ecosistema como un todo.

Por su parte, la Corte emplea un discurso ecocéntrico, sin apartar a la naturaleza (no humana) de la especie humana, considerando al planeta como el verdadero titular de derechos. En sus argumentos se evidencian corrientes de pensamiento como la *ecología profunda* que, según Martínez y Porcelli:

...promueve lo que se ha denominado perspectiva ecocéntrica, centrada en la tierra. Es una visión del mundo holística... compartida por muchas tradiciones espirituales de Oriente y Occidente, que reconoce el valor inherente de la vida no humana. No separa a los humanos —ni a ninguna otra cosa— del entorno natural, partiendo del hecho que, como individuos y sociedades, estamos inmersos y finalmente dependientes de los procesos cíclicos de la naturaleza (2017: 402).

Este caso, parte de una perspectiva ecocéntrica, y se pretende una justicia ecológica que busca la protección de la entidad natural debido a su valor intrínseco, y no en especial beneficio del ser humano.

## V. CONCLUSIONES

A pesar de encontrar en las sentencias analizadas, expedidas en Colombia, casos de declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos desde el paradigma ecocéntrico, esta no es la constante, ya que, en la mayoría de los casos, la protección a la naturaleza no humana es otorgada bajo el argumento de su necesaria protección para favorecer los intereses de la especie humana, como se observa en los discursos utilizados por los accionantes y los órganos judiciales, en su mayoría acogen los paradigmas antropocéntrico y biocéntrico.

Lo anterior, puede derivarse, de una falta de mecanismos efectivos para solicitar la protección de la naturaleza en Colombia, ya que la naturaleza no humana no ostenta la titularidad de derechos en su totalidad, sino que esta calidad se ha venido otorgando a ecosistemas específicos para garantizar la protección en casos concretos. Por esto, se evidencia el empleo de la acción de tutela como el mecanismo mayormente utilizado para solicitar protección a la naturaleza.

Al carecer de mecanismos directos para la protección de derechos de la naturaleza y, como consecuencia, se tiene que acudir a acciones constitucionales como la de tutela, que tiene como principal requisito para su procedencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas. Se hace difícil la presentación de pretensiones para la defensa de la naturaleza desde un paradigma ecocéntrico con enfoque de justicia ecológica.

Con el análisis de los casos descritos se evidencia que han primado los paradigmas antropocéntrico y biocéntrico en el desarrollo de las acciones encaminadas a la protección de la naturaleza en Colombia. Sin embargo, se destaca la decisión más reciente que otorga la calidad de sujeto de derechos a la Vía Parque Isla Salamanca, en donde se utiliza un paradigma ecocéntrico, tanto por el accionante como por la Corte Suprema de Justicia. Esta, utilizando un enfoque ecocéntrico, reconoció a las personas como parte de la naturaleza y le dio especial importancia a la afectación causada en el ecosistema. Lo que representa un gran avance en materia de protección a la naturaleza en Colombia.

Finalmente, se destaca que en Colombia mayoritariamente se aplica una justicia ambiental, que se traduce en justicia social en problemáticas ambientales, ya que en las acciones analizadas se pretende en su mayoría el beneficio de las personas y el amparo de derechos frente a crisis sociales, y no pretende específicamente una justicia para la naturaleza entendida con valor intrínseco, sino instrumental para el ser humano. Es decir, no se puede afirmar que Colombia esté dando una gran aplicación al concepto de “ecojusticia”, pues sólo se encontró aplicación al mismo en la reciente decisión sobre protección a la naturaleza, que otorga la protección del ecosistema manglar de la Vía Parque Isla Salamanca.

## VI. REFERENCIAS

- ANZOÁTEGUI, Micaela (2020). “Antropocentrismo, Antropoceno, evolución: una nueva epistemología del riesgo”. *Das Questões*. 8(1). Disponible en: [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.11607/pr.11607.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.11607/pr.11607.pdf).
- BOFF, Leonardo (2012). “¿Vivir mejor o «el buen vivir»?”. *Agenda Latinoamericana*.
- CARDUCCI, Michele y CASTILLO, Lidia (2016). “Nuevo constitucionalismo de la biodiversidad vs. neoconstitucionalismo del riesgo”. *Sequência*. 37(73). Disponible en: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p255>.
- CRUTZEN, Paul y STOERMER, Eugene (2000). “The Anthropocene”. *Global Change*. 41.
- GRAY, Joe y CURRY, Patrick (2016). “Ecodemocracy: Helping Wildlife’s Right to Survive”. *ECOS*. 37(1). Disponible en: <https://deepgreen.earth/publications/ecodemocracy-helping-wildlife-right-survive.pdf>.
- LUNDBERG, Jan (1992). “America Needs Restructuring”. *Population and Environment*. 13(3).
- LUZARDO, Alexander (2011). “Los derechos ambientales y transgeneracionales en la Constitución venezolana de 1999: un enfoque transepistemológico”. *Mundo Nuevo*. 1(6). Disponible en: <https://xdoc.mx/preview/mundo-nuevo-n-6indd-instituto-de-altos-estudios-de-america-latina-5e8a40699900e>.

- MALUF, Fabiano *et al.* (2018). “La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia”. *Revista Latinoamericana de Bioética*. 18(34). Disponible en: <https://doi.org/10.18359/rlbi.3030>.
- MARCOS, Alfredo (1999). “Ética ambiental”. *Universitas Philosophica*. 16(33). Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vni-philosophica/article/view/11396>.
- MARTÍNEZ, Adriana Norma y PORCELLI, Adriana Margarita (2017). “Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte)”. *LEX. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. 15(20). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1450>.
- MARTÍNEZ, José Francisco (2009). “El ambiente como bien jurídico constitucional y sus mecanismos de protección. El caso Venezuela”. *Revista Derecho y Reforma Agraria Ambiente y Sociedad*. 35.
- MOURA, Luiza Diamantino (2012). “O novo constitucionalismo latinoamericano e o meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao direito ambiental internacional”. Disponible en: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fcde14913c766cf3).
- OCHOA FIGUEROA, A. (2014). “Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3(11).
- VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rúben (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General De Derecho Público Comparado*. 9. Disponible en: [https://www.academia.edu/6339900/El\\_nuevo\\_constitucionalismo\\_latinoamericano\\_fundamentos\\_para\\_una\\_construcci%C3%B3n\\_doctrinal](https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal).
- WASHINGTON, Haydn *et al.* (2018). “Foregrounding Ecojustice in Conservation”. *Biological Conservation*. 228. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.biocon.2018.09.011>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Desalación de agua y justicia energética. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

### *Water desalination and energy justice. The 2030 Agenda for Sustainable Development*

Recepción: 23 de marzo de 2021

Aceptación: 31 de mayo de 2021

César NAVA ESCUDERO\*

**RESUMEN:** Este trabajo explica la importancia de desalar agua de mar ante la escasez de agua en el mundo. Ya que los métodos para obtener agua desalada normalmente consumen energías convencionales, se plantea que dicha actividad sea con energía justa, es decir, energía asequible, eficiente, sostenible, y renovable. Lo anterior, para cumplir con las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible según el objetivo 6: “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, y el objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Al efecto, se revisan experiencias de desalación en el mundo y contenidos del concepto de “justicia energética”. Se concluye que desalar agua a cualquier costo energético y consumir energía convencional o renovable a cual-

**ABSTRACT:** *This paper explains the importance of water desalination as an option to worldwide water scarcity. Since those methods used to obtain desalinated water normally consume conventional energies, it proposes that this activity must be realized with energy justice, i mean, energy that is affordable, efficient, sustainable, and renewable. The foregoing to observe the 2030 Agenda for Sustainable Development targets related to goal 6: “Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all”, as well as to goal 7: “Ensure access to affordable, reliable, sustainable, and modern energy for all”. A review is made of both the experiences of water desalination and the concept of “energy justice”. It concludes noting that desalination at any energy cost and conventional or renewable energy consumption*

---

\* Doctor (PhD) por The London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Investigador titular “C” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. ORCID: 0000-003-0506-2078; [cenavae@unam.mx](mailto:cenavae@unam.mx).

quier costo socioambiental no son alternativas sostenibles.

*at any socio-environmental cost are not sustainable alternatives.*

**Palabras clave:** desalación de agua, justicia energética, energía renovable, sostenibilidad, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

**Keywords:** *water desalination, energy justice, renewable energy, sustainability, Agenda 2030 for Sustainable Development.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desalación de agua y justicia energética: conceptos y vínculo.* III. *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* IV. *Reflexión final.* V. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto explicar la importancia que en la actualidad reviste la desalación de agua de mar como una alternativa para enfrentar el problema de escasez de agua que padecen millones de personas en diversos países, regiones y ciudades del mundo (se calcula que 40% de la población total se encuentra en dicha situación). Debido a que los métodos que comúnmente se utilizan para desalar agua, como la ósmosis inversa y la destilación por evaporación térmica, demandan un alto consumo de energía que proviene regularmente del uso de combustibles fósiles, este trabajo plantea que dicha actividad debe realizarse con energía justa, esto es, a través de energía que sea asequible, eficiente, sostenible y, en su caso, renovable. En este sentido, y a la luz de lo que establecen las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible — documento aprobado en 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas—, en relación con los objetivos de garantizar tanto la disponibilidad y la gestión sostenible del agua (objetivo 6), como el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos (objetivo 7), este trabajo examina la relevancia de desalar agua de mar según la esencia de algunos de los elementos definitorios del concepto de “justicia energética” para cumplir de esta manera con las metas y objetivos plasmados en dicha agenda.

## II. DESALACIÓN DE AGUA Y JUSTICIA ENERGÉTICA: CONCEPTOS Y VÍNCULO

### 1. *Desalación de agua*

Quitar o eliminar la sal del agua de mar o del agua salobre es lo que coloquialmente se entiende por desalar o desalinizar. En nuestro idioma, el *Diccionario de la Lengua Española* atribuye elementos definitorios distintos a cada uno de estos dos vocablos. Así, por un lado, desalar es “quitar la sal a algo, como a la cecina, al pescado salado, etc.”, y, por el otro, desalinizar es “quitar la sal del agua del mar o de las aguas salobres, para hacerlas potables o útiles para otros fines” (RAE, 2014). En inglés, este segundo término se traduce de la voz “*desalination*”, según el *Oxford Advanced Learner’s Dictionary* (OUP, 2010).

Es importante subrayar que tanto en textos universitarios y académicos, como en documentos técnicos nacionales e internacionales, ambas palabras, “desalación” y “desalinización”, se utilizan indistintamente para referirse a la actividad de quitar la sal del agua de mar o salobre (véase de la Cruz, 2006: 12; Dévora-Isiordia *et al.*, 2013; Soto, 2013: 7; Silva, 2019: 13). Algo similar ocurre también con los estudios (no muy abundantes, por cierto) que sobre este tema se han elaborado desde la perspectiva jurídica, aunque conviene acotar que para este caso existe cierta inclinación hacia el uso de los vocablos “desalar” o “desalación”, tal y como puede apreciarse en Giménez (2005), González (2018), Jiménez (2003), Nava (2007) y Rojas y Delpiano (2016). De cualquier modo, no hay una tendencia dogmática, como tampoco técnica o programática, en este sentido.

En el plano normativo, de igual manera, existen usos indistintos en las legislaciones de aquellos países de habla hispana que abordan este tema para su debida regulación. Por ejemplo, mientras que en España la Ley de Aguas (2001) hace referencia en su texto al término de “desalación” en relación con los bienes que integran el dominio público hidráulico del Estado (se trata de las aguas procedentes de la desalación de agua de mar);<sup>1</sup> en México, la Ley de Aguas Nacionales (1992) alude al de “desalinización” cuando establece que serán objeto de concesión la extracción de aguas

<sup>1</sup> Esta disposición jurídica se encuentra en el artículo 2o., apartado e, ubicada dentro del título I “Del dominio público hidráulico del Estado” de la ley mencionada.



marinas interiores y del mar territorial, cuyo fin sea, precisamente, el de dicha actividad.<sup>2</sup>

Incluso, el uso arbitrario de una noción u otra también se puede manifestar dentro de un mismo ordenamiento jurídico en lo particular. Como muestra, en nuestro país, si bien la Ley de Aguas utiliza la palabra “desalinización” para los efectos ya señalados, el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental (2000) hace uso del otro término, al prescribir que las obras o actividades hidráulicas relativas a las plantas desaladoras requieren previamente de una autorización de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en materia de impacto ambiental.<sup>3</sup>

Ahora bien, es común que los conceptos que se han elaborado sobre desalación o desalinización, particularmente en el ámbito académico, compartan entre sí elementos definitorios semejantes. Entre estos, de manera singular, se encuentran aquellos que se refieren tanto a los fines para los que se realiza dicha actividad como a los métodos o procesos que utilizan las plantas desaladoras.

Por ejemplo, para Gómez, la desalación es “acción y efecto de quitar la sal del agua del mar o de las aguas salobres, para hacerlas potables o útiles para otros fines” (2009: 167). En sentido un tanto similar, Jiménez enfatiza que “la desalación consiste en un proceso industrial para el tratamiento del agua de mar, que consiste en eliminar su contenido en sal, transformándola en agua apta para usos como el abastecimiento de poblaciones, o los riegos...” (2003: 29). Por su lado, Nebel y Wright entienden por desalinización la “purificación del agua de mar por destilación o microfiltración para hacerla potable” (1999: 670). Por otra parte, Arenas define la desalinización como la “eliminación del exceso de sales presentes en suelos y aguas”, y explica en lo particular que “en las aguas salobres o aguas marinas se emplean determinados métodos (ósmosis inversa, por ejemplo) para eliminar el exceso de sales y convertirlas en aguas útiles para el riego o el consumo humano” (2000: 277). En un sentido amplio y, si se quiere,

---

<sup>2</sup> La norma jurídica se ubica en el segundo párrafo del artículo 17, dentro del título cuarto “Derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales” de la referida ley.

<sup>3</sup> Tal disposición normativa se encuentra en el artículo 5o., inciso A, fracción XII, dentro del capítulo II “De las obras o actividades que requieren autorización en materia de impacto ambiental y de las excepciones” de dicho Reglamento.

más preciso, Rojas y Delpiano han definido y descrito este concepto de la siguiente manera:

*La desalinización o desalación es un proceso mediante el cual se elimina el contenido de sales del agua de mar obteniendo como producto agua dulce. Para ello existen esencialmente dos tipos de tecnologías: la ósmosis reversa y la evaporación térmica, siendo la gran barrera que estas deben superar el consumo de energía, y en ese sentido la ósmosis reversa es la que resulta más atractiva hasta ahora, ya que consume un 60% menos de energía que la evaporación térmica. (2016: 108).*

A partir de estas definiciones, e independientemente de sus contenidos, es importante tomar nota de que, alrededor del tema de la desalación, giran un conjunto de factores que son de consideración primordial tanto para la instalación de una planta de este tipo como para la eventual regulación de semejante actividad.

El primero de ellos está relacionado con el bien jurídico o recurso natural que se utiliza para desalar, esto es, tanto el agua de mar que es de donde se obtiene la mayor cantidad de agua desalada a nivel mundial, como las aguas salobres. La legislación aplicable para cada una de ellas corresponde, según sea el caso, a normas sobre derecho del mar, derecho de las aguas, derecho ambiental y derecho energético, entre otras ramas jurídicas.

Las cuestiones jurídicas que deben abordarse incluyen, invariablemente, las siguientes: *i)* la naturaleza jurídica del bien que se extrae desde su origen y para su destino final, esto es, si el agua desalada es de naturaleza pública y/o privada; *ii)* la regulación jurídica respecto al otorgamiento de autorizaciones o concesiones, según sea el caso, relativas al aprovechamiento y procesamiento del agua de mar, agua desalada y procesos energéticos, respectivamente; *iii)* la intervención según corresponda de las autoridades competentes, como es el caso de inspectores y verificadores ambientales por los impactos del desarrollo de la actividad de desalación, incluyendo las descargas de los residuos (salmueras) respectivos (Giménez, 2005: 49-53; Hiriart, 2008: 162; Navarro, 2018: 163 y 164).

El segundo factor alude a las tecnologías o procesos que se utilizan para llevar a cabo la desalación y el consumo de energía asociado a ellos. Aquí, los dos métodos más importantes han sido, por un lado, el de ósmosis inversa, a través del uso de membranas semipermeables, y, por el

otro, la destilación a través de la evaporación térmica. A nivel mundial, el que más se utiliza es el primero (ósmosis inversa), este proceso llega a contabilizar casi las tres cuartas partes de la producción total de agua desalada. Si bien ambos métodos consumen altas cantidades de energía, la desalación por ósmosis inversa, comparada con la desalación térmica, consume menor energía, requiere de menos espacio físico para su instalación y operación, y puede utilizar tanto agua de mar como agua salobre (Dévora-Isiordia *et al.*, 2013).

Por ejemplo, mientras que el proceso por membranas para la obtención de agua desalada generalmente requiere alrededor de 3 a 5 kilowatts por hora por metro cúbico de agua desalada (en adelante, KWh/m<sup>3</sup>), el proceso de destilación requiere para esos mismos fines de 60-70 KWh/m<sup>3</sup> en energía térmica y de 1.5-2 KWh/m<sup>3</sup> en energía eléctrica. Pero además de esto, es de hacerse notar que gracias al desarrollo, durante las últimas dos décadas, de una mejor tecnología para desalar agua a través de ósmosis inversa se ha logrado una reducción en el consumo de energía, de ese histórico 3 a 5 KWh/m<sup>3</sup> hacia un significativo 1.8 KWh/m<sup>3</sup> en la producción de agua (Ahmadi *et al.*, 2020: 13).

El tercer factor a considerar son los fines a los que está destinada el agua desalada, los cuales incluyen, principalmente, el consumo humano, el riego en el sector agrícola, y los diversos usos que se le puede dar en los sectores turístico, industrial y minero. En este rubro, no debe pasar por desapercibida la importancia socioeconómica que la desalación representa para algunos países que dependen, casi en su totalidad, de la obtención de agua por esta vía. Por ejemplo, es notable lo que ocurre en Kuwait, donde se calcula que 95% del agua proviene de la desalación, aproximadamente (Aquae Fundación, 2020a); y también lo que sucede en Arabia Saudita, donde se estima que 4 de cada 5 litros de agua que se consumen provienen de plantas desaladoras (Aquae Fundación, 2020b). Además, la dependencia de agua desalada en ciertas ciudades o regiones geográficas es igual de relevante y, de hecho, esencial para la supervivencia hídrica de sus poblaciones y el desarrollo de sus actividades económicas, turísticas y culturales, entre otras.

El cuarto factor es de tipo ambiental. Esto se encuentra asociado fundamentalmente a tres cuestiones claramente identificadas desde hace algunos años: *i*) los impactos ambientales por la construcción, instalación y operación de las plantas desaladoras, entre otros, por afectaciones paisajís-

ticas en zonas costeras y por la contaminación por ruido (Jiménez, 2002: 463, 464 y 471); *ii*) los residuos que se generan por la desalación, en concreto, la salmuera, que es agua con alta concentración salina y cuyo vertimiento se realiza generalmente hacia el mar. En este punto, aún existe la discusión no solo sobre la magnitud de los efectos que se producen en el océano y en la vida marina, con especial énfasis en aquellos lugares cercanos a áreas naturales protegidas o bancos de coral, sino sobre factores como la rapidez con la que se disuelve o no la salmuera en el mar, si la zona en el que se realiza el vertimiento es cerrada o limitada, o si un tratamiento con dilución previa mediante agua marina evitaría algún impacto (de la Fuente *et al.*, 2008: 1128; Mendieta y Morales, 2021: 42; Nava, 2008: 73 y 74; Torres, 2004: 30 y 31), y *iii*) los efectos atmosféricos —particularmente los climáticos— vinculados al tipo de energía que se utilice para desalar: en la desalación por el método de destilación (por evaporación térmica) se consume energía asociada a la generación de gases de efecto invernadero, en el proceso de desalación por ósmosis inversa se consume energía eléctrica que es producida generalmente a través de energías convencionales o no renovables, es decir, por medio de combustibles fósiles, lo que en su conjunto se contrapone a la idea primigenia del desarrollo sostenible (Jiménez, 2003: 62-64).

De hecho, se estima que 99% del agua desalada en el mundo es obtenida a partir de energías fósiles que dañan el ambiente (Kettani y Bandelier, 2020: 2). Dicho de otra manera, sólo 1% de ese total corresponde a energías renovables, particularmente la eólica y la solar (Cruz, 2021).

Sobre esta última cuestión, debemos tener por cierto que los dos métodos antes referidos (tanto el de ósmosis inversa como el de destilación) son en la actualidad poco sostenibles desde un punto de vista ambiental. Aunque las propias plantas desaladoras no generan en sí mismas emisiones a la atmósfera, las emisiones que generan las plantas de energía asociadas a ellas se consideran como un concepto ambiental indirecto (Correa, 2008: 11). En relación con esto, Jiménez habría advertido desde hace algún tiempo lo que hoy en día seguimos experimentando en este rubro:

Por lo que se refiere a la contaminación atmosférica hay que señalar que el proceso de desalación en sí mismo, no la produce, pero dado que todas las plantas desaladoras consumen energía de una forma u otra, es la producción de esta energía la que provoca normalmente este tipo de contaminación y especialmente las plantas desaladoras ligadas a una central

térmica que emplee combustibles fósiles, pues producen emisiones que contribuyen al efecto invernadero.

Así pues, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, las investigaciones se centran de una parte, en conseguir que la desalación consuma la menor cantidad de energía, y de otro lado, en que la energía se produzca de la forma menos contaminante posible (2003: 462).

El quinto factor corresponde al costo o precio del agua desalada incluyendo, desde luego, lo relativo al tipo de energía que se consume. En este sentido, se ha sostenido que el método de ósmosis inversa es “el más eficiente, y por lo mismo este proceso provee de agua a un costo menor en comparación [con] los procesos de desalación por destilación” (Correa, 2008: 111). De hecho, este método es el más utilizado en aquellos países o regiones en donde los combustibles fósiles son escasos o más costosos y, en cambio, el de evaporación térmica se prefiere en los lugares donde la energía fósil es abundante o subsidiada (Ghaffour *et al.*, 2014: 1155). Debe advertirse que, entre 30% y más de 50% del costo del agua producida por procesos de desalación está relacionada con la energía (Ahmadi *et al.*, 2020: 13 y 14) y, por tanto, la energía que se utilice, bien sea eléctrica o térmica, definirá al final del día el costo de la propia desalación.

Aunque existen estimaciones financieras sobre esto, la realidad es que el cálculo del costo depende de diversos factores, por ejemplo, el que corresponde a la capacidad que tiene la planta misma para desalar, y de aquí lo difícil de realizar estudios comparados entre ellas (Kettani y Bandelier, 2020: 2).

Ante este escenario, se ha estado señalando desde hace tiempo sobre la posibilidad de transitar hacia energías más limpias o renovables, como una “opción sustentable ante la opción no sustentable de emplear energías convencionales basadas en la utilización de combustibles fósiles”, particularmente por lo oneroso que resulta un proceso que depende del petróleo, el cual está sujeto, entre otras cuestiones, a la volatilidad de precios en el ámbito internacional (Guevara y Stabridis, 2008: 2).

Esta propuesta, sin embargo, sigue representando un desafío en términos financieros, ya que todavía el costo del agua desalada proveniente de energías renovables es mayor al costo que proviene de energías obtenidas a través de combustibles fósiles, si bien las tecnologías renovables para estos fines están experimentando una rápida reducción en sus costos, y

bajo ciertos escenarios, podrían ser incluso más baratas que las fuentes energéticas convencionales (Ahmadi *et al.*, 2020: 13-15).

Por lo dicho con antelación, una cuestión que a lo largo de las últimas décadas ha adquirido mayor relevancia en la regulación y puesta en operación de las plantas desaladoras para la obtención de agua potable es la discusión sobre el tipo de energía que debería utilizarse para mejorar los costos económicos y los impactos ambientales asociados a esta actividad, lo que supone el uso de energías más eficientes y menos contaminantes, o, en su caso, renovables, esto es, energías que sean asequibles y sostenibles (Ahmadi *et al.*, 2020; Cruz, 2021; de la Cruz, 2006; Ghaffour *et al.*, 2014; Jiménez, 2003). Precisamente, esta discusión se inserta dentro de uno de los debates que están emergiendo en el marco de los grandes desafíos que tienen las naciones de todo el mundo frente a sus sistemas energéticos: lograr que la producción de energía sea justa.

## 2. Justicia energética

Utilizada por vez primera en la literatura académica hacia 2010, la expresión “justicia energética” o “energía justa” ha ido ganando terreno como concepto de análisis —aunque ciertamente todavía no como un constructo teórico— en el debate sobre los sistemas energéticos en el mundo y en la discusión sobre diversos temas relacionados con la protección ambiental (Villavicencio y Mauger, 2017: 8 y 9). Por ejemplo, se le ha vinculado con la problemática del cambio climático como parte de una nueva agenda transversal de investigación en las ciencias sociales (Jenkins *et al.*, 2016: 175), así como un elemento de discusión indispensable para lograr políticas públicas asociadas a la descarbonización de sistemas energéticos para alcanzar la mitigación climática (Allison, 2015: 124).

También, el precepto ha empezado a encontrar acomodo dogmático en el marco de la discusión de otros conceptos, tal y como ha sucedido con el de desarrollo sostenible y con disciplinas que utilizan enfoques y perspectivas diversas en la investigación energética (Heffron y McCauley, 2017: 658 y 659).

Sobre sus orígenes y expansión, pueden precisarse que existen tres fases por las que ha atravesado dicho concepto: la primera corresponde a su uso en la práctica por organizaciones no gubernamentales; la segunda, a su utilización dentro de la academia como una mera expresión sin que

hubiera sido definida como concepto, y la tercera, en la que comienza a definirse como concepto y se convierte en objeto de estudio (Heffron y McCauley, 2017: 659).

En el contexto de este breve caminar histórico, es menester preguntarse si acaso se ha conformado algún concepto de justicia energética que permita identificar con claridad sus elementos definitorios. No parece —habrá de responderse a dicha interrogante— que la mancebez de su aparición y desarrollo así lo sugieran, aunque se ha reconocido que es, ante todo, un marco conceptual que busca identificar cuándo y dónde ocurren injusticias en el ámbito energético, y cómo el derecho y la política pueden responder a ellas (Villavicencio y Mauger, 2017: 8). En efecto, apenas podría argumentarse que existen en la actualidad algunos componentes definitorios o descriptivos que apuntan a delinear lo que esta locución representa o pretende representar. En todo caso, semejante escenario es resultado de un desarrollo conceptual que ha tenido como base analítica tanto un enfoque pragmático orientado al activismo, como uno de tipo doctrinal a través de la investigación (Finley-Brook y Holloman, 2016: 2).

Así, por una parte, se registran desde las plataformas digitales algunas propuestas atractivas que al menos nos dan una idea práctica de cómo debe entenderse esta expresión, como es el caso de la plataforma *MetrópoliMid*. Bajo este enfoque, Patiño (2019) señala al respecto lo siguiente:

Una forma de valorar los recursos energéticos es haciéndonos responsables de su gestión. La descentralización del sistema energético, que es posible gracias al uso de fuentes alternativas, permite que los ciudadanos podamos participar de manera directa en la gestión de los recursos. Este esquema de descentralización nos permite a los ciudadanos contribuir de una manera más amplia en la toma de decisiones, lo que se conoce como democracia energética. La justicia climática, la justicia ambiental y la democracia energética forman parte de un concepto más amplio que se conoce como justicia energética.

En el marco de la justicia energética, los ciudadanos gestionamos los recursos disponibles a nivel local dentro de un proceso eficiente y en vías de descarbonización.

Por otra parte, los esfuerzos realizados desde la doctrina para darle forma a un posible concepto de “justicia energética” han logrado posicionar ciertos elementos o componentes definitorios que sirven como fundamento

—aunque todavía sean muy básicos— para su comprensión y eventual inserción en marcos normativos o de política pública. Como muestra, Hernández (2015: 154) ha señalado que la justicia energética convoca a reflexionar sobre la distribución equitativa de los beneficios y costos energéticos, a la vez que aumenta la conciencia sobre la relación que tienen los diversos grupos vulnerables con la energía, incluyendo su acceso y asequibilidad.

En el análisis que realiza de este concepto, Hernández (2015: 154 y 155) enfatiza que diversos doctrinarios han elaborado definiciones que van desde aquéllas que se fundamentan en los principios básicos de los movimientos de justicia social y de justicia ambiental, si bien con ciertas variaciones respecto al papel que juegan los consumidores y los mercados, hasta aquéllas que vinculan la justicia energética con el desarrollo sostenible, particularmente en el contexto de los países menos desarrollados (creando así la locución “energía sustentable”); o aquéllas que incluso consideran a la energía dentro de esta conceptualización como una necesidad básica. Sin embargo, una visión entera de lo que es la justicia energética, según lo aclara esta autora, debe tomar en cuenta desde la producción y distribución hasta el consumo ético y la regulación gubernamental.

En este sentido, vincula el concepto de “energía justa” a cuatro derechos: *i*) el derecho a una producción energética sustentable y saludable; *ii*) el derecho a la mejor infraestructura energética disponible; *iii*) el derecho a una energía asequible, y *iv*) el derecho al servicio ininterrumpido de energía. La actualización de estos cuatro derechos requiere, a nivel macro, del desarrollo y escalabilidad de las fuentes renovables de energía.

Doctrinarios como Goldthau y Sovacool (2012: 236) se han enfocado en la importancia que tiene la parte respectiva a la demanda de energía o servicios energéticos en el sentido de que millones de personas no tienen, por un lado, acceso a la electricidad y que, por el otro, continúan utilizando fuentes energéticas altamente contaminantes para su subsistencia, por ejemplo, para cocinar o calentar sus hogares. Al centro de toda preocupación en un sistema energético global que ha sido descrito como *increíblemente injusto*, se localizan —según estos autores— los impactos a la salud humana (particularmente en los países y/o comunidades más pobres del planeta) y la interconexión que la inequidad energética y la pobreza guardan con problemas como la equidad de género, la justicia social y la degradación ambiental.



Además, de la mano de la justicia energética se encuentra el asunto de la transición energética con bajas emisiones de carbono, la cual está vinculada, desde luego, al tema del cambio climático. En este contexto, la idea no sólo es hacer que los sistemas energéticos actuales basados en combustibles fósiles sean más limpios, eficientes o amigables con el ambiente, sino que se logre, según enfatizan dichos autores, una transición verdadera hacia las energías renovables.

Junto a los planteamientos anteriores, una de las propuestas conceptuales mejor estructuradas que existen sobre justicia energética en la literatura de nuestros días, y que comienza a configurarse como un punto de partida analítico esencial en este tema, es la realizada por Sovacool *et al.* Para estos autores, la justicia energética consiste en dos principios clave: *i)* el *prohibitive principle*, el cual establece que “los sistemas energéticos deben estar diseñados y construidos de tal manera que no interfieran indebidamente con la capacidad de las personas para adquirir aquellos bienes básicos a los que justamente tienen derecho”,<sup>4</sup> y *ii)* el *affirmative principle*, el cual determina que “si alguno de los bienes básicos a los que justamente tienen derecho las personas sólo se pueden garantizar por medio de servicios energéticos, entonces en ese caso también existe un derecho (derivado) a los servicios energéticos” (2014: 3).<sup>5</sup> Ambos principios se basan en la noción de que la energía sirve como un prerequisite material para muchos de los bienes básicos a los que las personas tienen derecho, y también reconocen que las externalidades asociadas con los sistemas energéticos comúnmente interfieren con el disfrute de dichos bienes, como son la seguridad y el bienestar.

En sus reflexiones, Sovacool *et al.* (2014: 201-203) señalan que el *prohibitive principle* exige, entre otras cuestiones, que los “reguladores” (debe entenderse por estos no solo los que crean las leyes y las implementan o ejecutan, sino también los que elaboran las políticas públicas) se enfoquen en los costos que resultan del sistema energético y en la manera en la que tales costos son distribuidos entre las generaciones presentes y futuras; de cualquier modo, los sistemas energéticos no deben imponerse o desarro-

---

<sup>4</sup> La cita textual en inglés es: “...energy systems must be designed and constructed in such a way that they do not unduly interfere with the ability of people to acquire those basic goods to which they are justly entitled”. La traducción es mía.

<sup>5</sup> La cita en inglés establece: “...if any of the basic goods to which people are justly entitled can only be secured by means of energy services, then in that case there is also a derivative entitlement to the energy services”. La traducción es mía.

llarse indebidamente en contra o sobre el ambiente y la salud humana. Por lo que respecta al *affirmative principle*, los doctrinarios enfatizan que dicho principio se enfoca en cómo los beneficios de los sistemas energéticos son distribuidos en las sociedades. Para este caso, los “reguladores” deben tomar en consideración la inequidad existente de acceso a la energía (y las consecuencias que de esto se deriva en los ámbitos económicos, sociales y políticos), y, por tanto, debe garantizarse que un sistema energético avance en los objetivos de justicia e igualdad, al tiempo de que no exacerbe, como es de advertirse, las desigualdades ya existentes.

Más allá de estas descripciones, debe tomarse por cierto el hecho de que el concepto de “justicia energética” descansa en la idea inobjetable de considerar o mirar a la energía como un derecho (Bertinat, 2016: 7), y en la medida en que éste se garantice, con otros derechos también se podrá. Así, la discusión actual sobre el sistema energético global y su transición hacia el uso de energías más limpias y renovables está vinculada a la discusión sobre la satisfacción de necesidades o bienes básicos, como es, entre otros, el agua, y ambas discusiones están, a su vez, vinculadas con el tema del desarrollo sostenible (Jenkins, Sovacool y McCualey, 2018, p. 70).

Dicho lo anterior, debe tomarse en cuenta que la energía y el agua, separadas a la vez que interrelacionadas, forman parte del nivel más alto de la agenda internacional, ya que son parte de los objetivos y metas que se han establecido en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, por lo que corresponde, respectivamente, a garantizar el acceso a una energía que sea, entre otras, asequible y sostenible (Munro *et al.*, 2017: 635; Siciliano *et al.*, 2018: 199), y a garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua, adoptando, entre otros, el método de desalación como una herramienta esencial para tales efectos (Jones *et al.*, 2018: 1344; Navarro, 2018: 153).

Independientemente del vínculo existente entre la justicia energética y la desalación de agua en los términos antes expuestos, es importante destacar y puntualizar dos cuestiones que explican aún con mayor claridad la interrelación entre ambas, así como la perspectiva jurídica que deberá tenerse en cuenta a partir del marco conceptual de la energía justa.

La primera se refiere al hecho de que cualquier sistema energético debe estar diseñado normativamente para asegurar que todas las personas puedan satisfacer sus necesidades básicas (como el agua) con el claro objetivo de alcanzar niveles óptimos de salud, bienestar y calidad de vida. Su regulación deberá tener como base el concepto de “desarrollo sostenible”,

el cual se estructura, en un sentido amplio, de dos principios: *i*) el principio de equidad intergeneracional, asociado comúnmente a la definición de “desarrollo sostenible”, que significa desarrollo que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, y *ii*) el principio de equidad intrageneracional, que alude sólo a las generaciones presentes según el derecho que tienen de beneficiarse de manera equitativa del aprovechamiento de los recursos naturales y del derecho a disfrutar o gozar de un ambiente sano o saludable.

Avanzar en la transición hacia un sistema energético sostenible que derive en el uso de energías renovables, demanda incluir los fundamentos de la justicia energética. Así, no sólo se trata de lograr que las energías convencionales sean más eficientes o limpias, sino la de transitar hacia economías bajas en carbono. Con esto último, debe evitarse que el establecimiento y expansión de las energías renovables genere, por un lado, efectos secundarios negativos en el ambiente, como puede ocurrir con el problema del tratamiento y disposición final de todos aquéllos paneles solares cuya utilidad y funcionamiento haya llegado a su fin, y, por el otro, los impactos socioeconómicos no deseables, como el desplazamiento de campesinos y de comunidades o pueblos indígenas por la falta de acceso a la electricidad producida, o el enriquecimiento ilícito o desmedido de inversionistas privados nacionales o extranjeros que provoca, por ende, inequidad, tal y como ha llegado a suceder no sólo con la misma energía solar, sino también con la instalación y operación de energías eólicas (Villavicencio y Mauger, 2017: 7-19).

La segunda cuestión atañe a la idea de que la energía justa exige que ésta sea accesible. Esto significa tres cosas a la vez: 1) que la energía y los servicios energéticos estén al alcance físico de todas las personas (nos referimos al suministro eléctrico); 2) que los costos de la energía y los servicios energéticos sean asequibles, es decir, que no generen un costo desmedido o gravoso de manera que no pueda ser cubierto por quienes así lo demandan o requieren, o que, en su caso, no se llegue a comprometer la satisfacción de otros bienes básicos en perjuicio del ejercicio de ciertos derechos de quienes son sus titulares o poseedores (como lo es el derecho al agua), y 3) que la energía y los servicios energéticos no sean discriminatorios o excluyentes de personas, grupos o comunidades en estado de marginación o vulnerabilidad (Hernández, 2015: 155 y 156).

De aquí que sea indispensable la existencia de un marco jurídico que desarrolle criterios de equidad social —en donde prevalezca siempre el interés público sobre el interés privado, incluso si esto signifique fortalecer la presencia y participación gubernamental— y con ello se conserven los recursos naturales y se proteja, *in genere*, el ambiente.

Esto no supone de manera alguna impedir la participación de los sectores social y privado de la economía, como tampoco dejar de impulsar las inversiones privadas o público-privadas en un determinado país, pero siempre habrá de tenerse en cuenta el interés público y el beneficio social en aras de incrementar o mejorar la salud, el bienestar y la calidad de vida de todas las personas que integran la sociedad en su conjunto (la rural, la urbana, la campesina, la indígena, etcétera). Aquí es donde debe prevalecer y fortalecerse un sistema energético más equitativo y menos contaminante, donde se recupere “la idea de la energía como una herramienta para satisfacer necesidades en un contexto de finitud de recursos e inequidad bajo una lógica de derechos” (Bertinat, 2016: 15).

### III. LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

En muchos sentidos, el punto de contacto o de interrelación que guarda la obtención de agua mediante la desalación, a través de un sistema energético que incorpore los elementos definitorios de lo que es la justicia energética, se aprecia en el documento internacional sobre desarrollo sostenible más importante de la actualidad, el cual fue aprobado el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), según la Resolución 70/1: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

Este instrumento no vinculante consta de 17 objetivos y 169 metas que son “de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal”, y surge como un “plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad” (AGNU, 2015). De estos 17 objetivos, dos de ellos abordan de manera específica los temas de agua y energía, los cuales corresponden, respectivamente, al objetivo 6: “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, y al objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Por lo que atañe al 6, se incluye a la desalación como una de las diversas actividades y programas relacionados con el agua, y

por lo que toca al 7, si bien no se hace mención explícita a la justicia energética, sí se contemplan en dicho objetivo algunos de los componentes definitorios más importantes que caracterizan a dicho concepto. Analicemos a continuación cada uno de ellos.

### 1. Agua y desalación

Son escalofriantes las estadísticas que se reportan en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre el estado que guarda el agua a nivel mundial. Como muestra, se pueden mencionar tan solo cuatro de los datos más destacables sobre esta materia en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, tal y como a continuación se describen según el objetivo 6:

- Se calcula que 3 de cada 10 personas carecen de acceso a servicios de agua potable seguros, es decir, más de 2,000 millones de personas carecen de acceso a servicios de agua potable que sean gestionados de manera segura.
- Se estima que 6 de cada 10 personas carecen de acceso a instalaciones de saneamiento seguras, es decir, alrededor de 4,500 millones de personas carecen de servicios de saneamiento que sean gestionados de manera segura.
- Cada día mueren alrededor de 1,000 niños debido a enfermedades diarreicas asociadas a la falta de higiene.
- La escasez de agua afecta a 4 de cada 10 personas en el mundo, es decir, 40% de la población mundial sufre de escasez de agua y se prevé que este porcentaje aumente en los próximos años.

En este objetivo se establecen una serie de metas que están relacionadas con el tema del agua y la desalación, según lo explicado en apartados anteriores. Las metas más relevantes sobre la cuestión del agua en este sentido son:

[Que de 2015 a 2030 se habrá de] lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos[;] mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos[; asegurar] el abas-

tecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua[;] implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda[, y] apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua (AGNU, 2015).

Central para el presente trabajo en relación con la desalación, es la meta 6.a, la cual establece textualmente “ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización” (AGNU, 2015).

Ante los grandes retos que enfrenta la comunidad internacional para lograr el acceso global del agua para toda la humanidad en el marco de las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la desalación de agua representa una opción para todos aquellos países que sufren de escasez de agua o de estrés hídrico con el objeto de diversificar sus fuentes de obtención de agua (Kettani y Bandelier, 2020: 1). El agua desalada es una alternativa no convencional a otras formas de resolver la demanda de agua que puede contribuir de manera determinante no sólo a mejorar el acceso a dicho bien o necesidad básica (Ahmadi *et al.*, 2020: 1 y 2), sino a enfrentar el conflicto de que las fuentes convencionales de agua (por ejemplo, ríos, lagos, acuíferos) no son suficientes para cumplir con lo establecido en el objetivo 6 de la Agenda 2030 —garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras (Jones *et al.*, 2018: 1344).

Al tenor de lo dicho con antelación, puede sostenerse que la desalación, en los hechos, ha estado contribuyendo, y de manera creciente, a enfrentar este dilema de diversas maneras. En efecto, si bien el agua desalada representa apenas poco más de 1% del agua potable a nivel mundial, se calcula que existen en la actualidad más de 150 países que ya utilizan diversas tecnologías para la desalación (Ahmadi *et al.*, 2020: 2).

Las experiencias reales con las que se cuenta en nuestros días demuestran lo importante que es esta actividad para la obtención de agua, sobre todo si se atiende al ámbito regional. Este es el caso de la región de Medio Oriente y África del Norte, la cual totaliza en su conjunto 48% de la capa-

ciudad global instalada (casi la mitad) de la desalación en el mundo. Otras regiones, si bien con porcentajes menores, son ejemplo de la forma en la que la desalación se ha extendido en todo el planeta. Así, aunque las cifras pudieran variar según la fuente, apenas hace un par de años la región geográfica de Asia del Este y el Pacífico abarcaba el 18.4% de esa capacidad instalada; otras regiones como América del Norte contribuían con 11.9%, Europa Occidental con 9.2%, y América Latina y el Caribe con 5.7% (Jones *et al.*, 2018: 1348 y 1349). Estos porcentajes pueden variar año con año, pero la tendencia es hacia un incremento en lo general.

Sin embargo, la importancia y contribución de la desalación de agua en el sentido de lo dicho en el párrafo anterior, y en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible, es mucho más visible si nos enfocamos a revisar las experiencias que ha tenido cada país y, sobre todo, si atendemos en lo particular a una determinada ciudad, una región geográfica, o incluso, a una isla o conjunto de islas dentro de la jurisdicción de una misma nación, independientemente de que cuente con mucha o poca población. En este escenario existen casos en donde las plantas desaladoras abastecen hasta en 90% (o más) de agua a un país o localidad en específico.

Como muestra, destaca el caso de Kuwait, en Medio Oriente, que, con una población de más de 4 millones de habitantes, el agua que consume proveniente de la desalación ha alcanzado desde hace algún tiempo hasta un total de 95%, aproximadamente (Hiriart, 2008: 163). Una ciudad que llama la atención el caso de Dubai, en Emiratos Árabes Unidos, que, con una población de más de 3 millones de habitantes, abastece de agua potable a partir de la desalación con más de 98% (Aquaefundación, 2020a). Otro ejemplo en sentido similar, lo constituyen las ciudades de Antofagasta, que tiene una población de más de 300 mil habitantes, y de Mejillones, que cuenta con una población de más de 13 mil habitantes, ambas en Chile, las cuales son abastecidas con agua desalada en 90% y 100%, respectivamente. Y respecto a islas, destacan, por un lado, la de Lanzarote, con una población de más de 150,000 habitantes y, por el otro, la isla Fuenteventura, con más de 120,000 habitantes, ambas pertenecientes al archipiélago canario en España, cuyo suministro de agua potable se realiza 100% a través de agua desalada (Aimone, 2020).

En este contexto, es de tomarse en cuenta que la desalación como ahora la conocemos (a escala industrial, pero con diversas capacidades de producción en metros cúbicos por día) ha ido incrementándose de ma-

nera constante desde que comenzó a utilizarse y hasta nuestros días. Las primeras plantas desaladoras de este tipo con métodos modernos (por ósmosis inversa y destilación) empezaron a construirse poco después de mediados del siglo pasado en países como España, donde la primera planta desaladora se construyó en 1964, en la Isla de Lanzarote. En nuestro continente, la primera planta de desalación por ósmosis inversa fue para agua salobre, y se construyó en 1965, en el estado de California, en Estados Unidos; la primera para agua de mar por éste mismo método fue en Bermuda, y se construyó en 1974 (Buenaventura, 2015).

Se calcula que en la actualidad operan alrededor de 15,000 plantas desaladoras, con una producción de agua desalada de más de 95 millones de metros cúbicos por día, y se estima que en este rubro los países con la mayor producción son: Arabia Saudita (con 17%), Emiratos Árabes Unidos (con 13.4%) y Estados Unidos (con 13% del total mundial) (Aquaefundación, 2020a).

Las plantas desaladoras más grandes del mundo se encuentran en Emiratos Árabes Unidos, Israel, Argelia y Arabia Saudita. Este último cuenta con varias plantas, pero la más grande de ellas, y que también lo es a nivel mundial, es la de Ras Al-Khair, con una producción de más de 1 millón de metros cúbicos por día (Iagua, 2020). En Emiratos Árabes Unidos, la planta más grande es la de Taweelah, con una producción de 900,000 metros cúbicos por día. Las plantas de mayor producción de agua de mar por ósmosis inversa se encuentran en Israel, con el proyecto Sorek, con una capacidad de más de 620,000 metros cúbicos por día; y en Argelia, con la planta de Magtaa, cuya capacidad es de 500,000 metros cúbicos por día (Aquaefundación, 2020c; Cosín, 2019).

En Europa, la planta desaladora más grande se encuentra en Torre Vieja, Alicante, España, con una capacidad de producción aproximada, también por ósmosis inversa, de 240,000 metros cúbicos por día (Aquaefundación, 2020c).

En México, las primeras plantas desaladoras comenzaron a operar en la década de 1970, en particular en Baja California, la cual contó con una capacidad de producción de más de 28,000 metros cúbicos por día (Correa, 2008: 104). Aunque el número de desaladoras ha ido incrementándose con el paso del tiempo, nuestro país no ha logrado aumentar su capacidad de producción de manera significativa tal y como podría esperarse ante los crecientes problemas de disponibilidad de agua por habitante al año (agua renovable per cápita) que se padecen en todo el territorio. En efecto, los



datos ampliamente conocidos y difundidos en este sentido son alarmantes, ya que en 1970 la disponibilidad natural media de agua era de 9,880 metros cúbicos por habitante por año, y para el año 2000 dicha disponibilidad bajó a 4,708 metros cúbicos por habitante por año (Conagua, 2005). El agua renovable per cápita para 2016 fue de 3,687 metros cúbicos por habitante por año, y se calcula que para el año 2030 sea de 3,279 metros cúbicos por habitante por año (Conagua, 2017).

Según explican Arreguín y López (2015), para comienzos de este siglo, en concreto en 2001, existían en México 171 plantas en donde más de 60% se encontraba en Baja California y Quintana Roo, pero sólo operaban 120 en total. En ese año se contaba con una capacidad máxima instalada de 67,487 metros cúbicos por día, aunque la operación llegó sólo a 52,455 metros cúbicos. En 2007 se contabilizaron 435 plantas desaladoras de las cuales operaban 282, se alcanzó una capacidad de producción instalada de 311,376 metros cúbicos por día a nivel nacional. Para ese entonces, destaca la instalación de una planta de gran importancia, la de Los Cabos, en Cabo San Lucas, Baja California Sur, la cual comenzó sus operaciones en 2007, con una capacidad de producción de más de 20,000 metros cúbicos por día.

Si bien la actividad de la desalación continúa en nuestro país (se calcula que 76% de las desaladoras opera a través del método de ósmosis inversa), se han dejado escapar oportunidades para instalar plantas de enorme trascendencia. Lo anterior, no precisamente por impactos sociales negativos, por factores económicos insuperables o por daños ambientales irreversibles, sino por decisiones políticas equivocadas, tal y como sucedió con la fallida experiencia a finales del siglo pasado y principios del presente, en la cual se hubiera tenido una planta desaladora, con una eventual capacidad instalada de más de 200,000 metros cúbicos por día para suministrar agua potable a la ciudad de Hermosillo, Sonora (Sánchez, 2008: 224-227).

No sorprende que la concreción y puesta en operación de plantas desaladoras hayan estado en nuestro país sujetas a vaivenes políticos, por ejemplo, el gobierno de Baja California decidió cancelar recientemente una planta desaladora en el municipio de Playas de Rosarito, que abastecería agua a esa zona y a la ciudad de Tijuana, argumentando problemas económicos. Por otro lado, la planta desaladora para abastecer agua desalada, en una primera etapa, a los municipios de Guaymas y de Empalme, en Sonora, con una capacidad de producción de poco más de 17,000

metros cúbicos por día, continúa su construcción y se espera comience a operar en julio de 2021 (más información del programa en el sitio *web* de Proyectos México, disponible en: [https://www.proyectosmexico.gob.mx/proyecto\\_inversion/010-planta-desalinizadora-de-guaymas-y-empalme-sonora/](https://www.proyectosmexico.gob.mx/proyecto_inversion/010-planta-desalinizadora-de-guaymas-y-empalme-sonora/)).

## 2. *Energía (justa)*

Como hemos señalado al comienzo de este apartado, el tema de la energía es abordado por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el objetivo 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”. Entre los datos más llamativos para esta materia, en el marco de dicho instrumento internacional, y para los propósitos del presente artículo, se pueden mencionar los siguientes:

- De toda la población mundial, 13% aún no tiene acceso a servicios modernos de electricidad.
- Para cocinar y calentar la comida, 3,000 millones de personas dependen de la madera, el carbón, el carbón vegetal o los desechos de origen animal.
- La energía es el factor que contribuye principalmente al cambio climático y representa alrededor de 60% de todas las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero.
- En 2015, el 17.5% del consumo final de energía fue de energías renovables.

En este objetivo se establecen un determinado número de metas que están relacionadas con la justicia energética, las cuales, a su vez, empatan con cuestiones asociadas a la desalación de agua de mar, así se ha explicado en apartados anteriores. En este sentido, las metas más relevantes en el tema energético son:

[De 2015 a 2030, se habrá de] “garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos[;] aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas[;] duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética[;] aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativas a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables,

la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias[, y por último, relevante para países como México,] ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados (AGNU, 2015).

Es muy importante precisar que el texto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible no se refiere expresamente al concepto de “justicia energética”, como tampoco al de “energía justa” por lo que concierne a la energía y a los servicios energéticos. En tal sentido, la ausencia de una mención explícita a temas de justicia en dicho documento ha sido ya analizada y criticada por diversos especialistas en la materia (Munro *et al.*, 2017: 735) y, de hecho, algunos doctrinarios han subrayado la relevancia de incluir las cuestiones relativas a la justicia energética para, de esa manera, lograr el cumplimiento de la meta establecida de aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas (Villavicencio y Mauger, 2017: 2).

Por lo anterior, es de enorme relevancia observar que el contenido y alcance de la mayoría de las metas establecidas en el objetivo 7 de la Agenda 2030, coincidan con la esencia misma de algunos de los elementos definitorios del concepto de “justicia energética”. En efecto, es posible identificar al menos tres casos que claramente muestran que algunos enunciados en dichas metas guardan gran similitud de contenido con lo que en este artículo se ha discutido sobre la energía justa.

En primer lugar, la Agenda 2030 se refiere a que el acceso a los servicios energéticos sea accesible, cuestión que es central en el marco conceptual de la justicia energética como principio de análisis en los sistemas energéticos (Hernández, 2015: 154; Siciliano *et al.*, 2018: 201).

En segundo lugar, ese instrumento internacional alude a una eficiencia energética, es decir, al aumento considerable de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas, situación vinculada a la energía justa en el marco de la discusión relativa a la transición energética baja en carbono (esto en el sentido de que los sistemas energéticos de nuestros días, basados en el uso de energías convencionales, sean más limpios o eficientes y que, al mismo tiempo, avancen hacia una transición en el uso cada vez mayor de energías renovables) (Bertinat, 2016: 9-11; Goldthau y Sovacool, 2012: 236).

En tercer lugar, dicho documento no vinculante hace mención que todo sistema energético, tanto su infraestructura como los servicios que ofrece, tenga como base el desarrollo sostenible, con particular atención a países en vías de desarrollo, lo que se traduce en lograr una transición hacia un futuro energético sostenible, incorporando las preocupaciones sobre la energía justa, incluyendo los principios de equidad intergeneracional y de equidad intrageneracional, que son parte del concepto mismo de “justicia energética” (Heffron y McCauley, 2017: 659; Villavicencio y Mauger, 2017: 10).

Ahora, retomando lo anterior, para la obtención de agua potable en el marco de la justicia energética, se advierte que existe en los hechos un contraste respecto a lo establecido en las metas de la propia Agenda 2030, en los objetivos 6 (agua) y 7 (energía), esto porque la energía que se utiliza para poner en operación las plantas desaladoras sigue siendo fundamentalmente convencional en 99% (Kettani y Bandelier, 2020: 2), y esto precisamente deriva en un aumento en la contaminación y en la emisión de gases de efecto invernadero, así como en costos económicos que pueden ser elevados para ciertos países. Esto por sí solo se traduce en un escenario energético insostenible, representando un desincentivo económico para impulsar la instalación de este tipo de plantas.

Debe quedar claro que la ausencia de una transición energética, que sea justa para desalar agua de mar, compromete el cumplimiento de metas como la de lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos, así como la de garantizar el abastecimiento de agua dulce para enfrentar la escasez de agua y con ello reducir el número de personas que sufren —muchas veces de manera injusta— por esta preocupante situación. Aún más, en términos de las definiciones elaboradas por Sovacool *et al.* (2014: 3) sobre los dos principios del concepto de “energía justa” (*prohibitive* y *affirmative principles*), puede afirmarse que, por un lado, ningún sistema energético debería interferir con la capacidad de las personas para acceder a una necesidad básica como el agua, que es, y se reconoce, como un derecho del que éstas son sus poseedoras o titulares (esto es lo que representa el *prohibitive principle*); y por el otro, el hecho de que el derecho de acceso al agua en el contexto de la desalación para ciertos países, regiones o islas, sólo pueda garantizarse mediante el uso de energía, entonces también existe un derecho a ésta última y a los servicios energéticos que de ésta se deriven (esto es lo que representa el *affirmative principle*).

Por todo lo anterior, no debe soslayarse que, si bien la energía se constituye en el prerequisite material indispensable para la obtención de bienes o necesidades básicas, como es el caso del agua a través de la desalación, aquélla deberá ser asequible, eficiente, limpia y renovable si se pretende desarrollarla en el cumplimiento de lo que al efecto se ha establecido en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Claro está que en ciertos países y bajo ciertas condiciones, el costo de producción para desalar agua con energías más limpias o renovables pudiera, eventualmente, reducirse hasta en 50% y con ello evitar la emisión de miles de toneladas de bióxido de carbono al año (Santos, 2020), pero esto no es previsible que suceda de manera extendida en un futuro inmediato. El ideal de mejorar el acceso a agua potable a partir de la desalación, utilizando energías renovables, traería consigo una reducción en el costo total de producción, y eso aún está lejos de materializarse. El cambio significativo de sustituir una desalación con energías convencionales por una con renovables, que se traduzca en un acceso global, equitativo, asequible y sostenible al agua, podría convertirse en toda una realidad sólo hasta el año 2050 (Ahmadi *et al.*, 2020: 15).

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Es innegable la trascendencia que la desalación de agua de mar ha ido adquiriendo a lo largo de las últimas décadas para lidiar con el problema de escasez de agua para consumo humano y otros fines en diferentes partes del mundo. Si bien es previsible el incremento en el número de plantas desaladoras y, por ende, el aumento en la producción de agua desalada hacia el futuro (situación que es enteramente necesaria y deseable), mientras no se transite hacia energías con tecnologías más limpias o hacia energías renovables, no se podrá cumplir con las metas que al respecto se han establecido en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, por lo que corresponde a sus objetivos 6 (agua) y 7 (energía).

Garantizar el acceso universal a servicios energéticos que sean asequibles, fiables y modernos, y al mismo tiempo avanzar en la producción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas para desalar agua de mar, es para ciertas naciones un escenario posible, pero aún distante. Como sea, una transición energética vinculada a la desalación de agua requiere tomar en consideración algunos principios básicos del concepto de

“justicia energética”, lo que significa no sólo dejar de apostar por el uso de energías convencionales, sino lograr que la misma energía sea asequible, eficiente, sostenible y renovable.

De esta manera, toda posible propuesta de solución a los dilemas aquí planteados exige un claro entendimiento de lo que significa la obtención de agua a través de los procesos de desalación con las tecnologías actuales (poco sostenibles), pero de trascendencia mayúscula para enfrentar la escasez de agua. A la par, no puede obviarse la importancia que para las próximas décadas tendrán energías renovables como la solar y la eólica para estos fines, por su idoneidad y factibilidad ambientales.

Cualquier ordenamiento jurídico enfocado a regular la desalación de agua de mar debe incorporar como objetivo central, tanto en su legislación como en el conjunto de sus políticas públicas, incentivos de todo tipo para que las plantas desaladoras mejoren sus tecnologías, y con ello hagan más eficientes sus procesos para reducir su consumo energético. Al mismo tiempo, debe impulsarse, en la normatividad respectiva, un sistema energético que sea justo.

Por todo lo dicho, hay que concluir sosteniendo que desalar agua de mar a cualquier costo energético, por un lado, y que consumir energía (sea convencional o renovable) a cualquier costo socioambiental, por el otro, no son alternativas para alcanzar el desarrollo sostenible; sin embargo, es necesario lograr, como siempre ocurre en el marco de la sostenibilidad, un equilibrio entre los aspectos ecológico-ambientales, los socioculturales y los económico-financieros.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AHMADI, Esmail *et al.* (2020). “The Role of Renewable Energy Resources in Sustainability of Water Desalination as a potencial Fresh-Water Source: An Updated Review”. *Sustainability*. 12(13). Disponible en: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/52333>.

AIMONE ARREDONDO, Gustavo (2020). “Desalación del agua de mar, una alternativa de progreso para Chile”. *Revista de Marina*. 976. Disponible en: <https://revistamarina.cl/articulo/desalacion-del-agua-de-mar-una-alternativa-de-progreso-para-chile>.

ALLISON, Juliann E. (2015). “Energy Justice, Climate Change, and the Challenge of Global Energy Governance”. *Global Environmental Politics*.

- 15(1). Disponible en: <https://direct.mit.edu/glep/article/15/1/123/14791/Energy-Justice-Climate-Change-and-the-Challenge-of>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020a). “Cifras sobre la desalinización”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/cifras-sobre-la-desalinizacion/>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020b). “Desalinización en el mundo”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/desalinizacion-en-el-mundo/>.
- AQUAE FUNDACIÓN (2020c). “Las plantas desalinizadoras más grandes del mundo”. Disponible en: <https://www.fundacionaquae.org/desalinizacion-en-el-mundo/>.
- ARENAS MUÑOZ, José A. (2000). *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*. Madrid: McGraw-Hill.
- ARREGUÍN, Felipe I. y LÓPEZ, Mario (2015). “Baja California y Quintana Roo: pioneros de la desalación en México”. *iagua*. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/felipe-arreguin/baja-california-y-quintana-roo-pioneros-desalacion-mexico>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2015). “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Resolución aprobada por la Asamblea General A/70/L.1. Disponible en: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&LANG=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&LANG=S).
- BERTINAT, Pablo (2016). *Transición energética justa. Pensando la democratización energética*. Montevideo: Friederich Ebert Stiftung.
- BUENAVENTURA, Arturo (2015). Breve historia de la desalación. *Abengoa*. Disponible en: <http://www.laenergiadelcambio.com/breve-historia-de-la-desalacion/>.
- COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (2005). *Estadísticas del Agua en México*. México: SEMARNAT-Conagua.
- COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (2017). *Estadísticas del Agua en México*. México: SEMARNAT-Conagua.
- CORREA DÍAZ, Felipe (2008). “El impacto social y económico de la desalación de agua de mar”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- COSÍN, Carlos (2019). “La evolución de las tarifas en desalación (parte I)”. *iagua*. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/carlos-cosin/evolucion-tarifas-desalacion-parte-i>.
- CRUZ AGUIRRE, Roberto Ulises (2021). “¿Desalinización de agua de mar con energías renovables?”. *Todos@CICESE. Comunicamos ciencia*. Mé-

- xico. Disponible en: <https://todos.cicese.mx/sitio/noticia.php?t=texto&stat=Cf&n=1556>.
- CRUZ MOLINA, Carlos de la (2006). “La desalinización de agua de mar mediante el empleo de energías renovables”, *Laboratorio de Alternativas*. 88. Madrid.
- DÉVORA-ISIORDIA, Germán Eduardo *et al.* (2013). “Evaluación de procesos de desalinización y su desarrollo en México”. *Tecnología y ciencias del agua*. 4(3). Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-24222013000300002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-24222013000300002&lng=es&tlng=es).
- FINLEY-BROOK, Mary y HOLLOMAN, Erica L. (2016). “Empowering Energy Justice”. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. 13(9).
- FUENTE, Juan Antonio de la *et al.* (2008). “Gestión medioambiental de salmueras en plantas de desalación marina”. *Geo-Temas*. 10. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/228095228\\_Gestion\\_medioambiental\\_de\\_salmueras\\_en\\_plantas\\_de\\_desalacion\\_marina](https://www.researchgate.net/publication/228095228_Gestion_medioambiental_de_salmueras_en_plantas_de_desalacion_marina).
- GHAFFOUR, Noreddine *et al.* (2014). “Renewable Energy-Driven Innovative Energy-Efficient Desalination Technologies”. *Applied Energy*. 136. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2014.03.033>.
- GIMÉNEZ CASALDUERO, María (2005). “La desalación de las aguas marinas en la legislación de aguas española”. *I. T.* 72.
- GOLDTHAU, Andreas y SOVACOOOL, Benjamin K. (2012). “The Uniqueness of The Energy Security, Justice, and Governance Problem”. *Energy Policy*. 41. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421511008263>.
- GÓMEZ GARCÍA, Manuel (2009). *Diccionario de uso del medio ambiente*. Pamplona: EUNSA.
- GONZÁLEZ, A. L. (2018). “Régimen jurídico de la desalación del agua en México y sus afectaciones ambientales” (ponencia). II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos “Los Derechos Humanos y los Objetivos del Desarrollo Sostenible”. Valencia: Fundación Mainel.
- GUEVARA, Alejandro y STABRIDIS, Omar (2008). “Desalación mediante el uso de energías renovables: una reflexión desde la perspectiva economi-



- ca”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- HEFFRON, Raphael J. y MCCAULEY, Darren (2017). “The Concept of Energy Justice Across the Disciplines”. *Energy Policy*. 105. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421517301593>.
- HERNÁNDEZ, Diana (2015). “Sacrifice Along the Energy Continuum: A Call for Energy Justice”. *Environ Justice*. 8(4).
- HIRIART, Gerardo (2008). “Desalación de agua con energías renovables: interrogantes jurídicas”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- IAGUA (2020). “Arabia Saudí lidera la producción mundial de agua desalinizada”. *iagua*. Disponible en: <https://www.agua.es/noticias/icex-espana-exportacion-e-inversiones/arabia-saudi-lidera-produccion-mundial-agua>.
- JENKINS, K. *et al.* (2016). “Energy Justice: A Conceptual Review”. *Energy Research & Social Science*. 11.
- JENKINS, Kirsten *et al.* (2018). “Humanizing Sociotechnical Transitions through Energy Justice: An Ethical Framework for Global Transformative Change”. *Energy policy*. 117. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.02.036>.
- JIMÉNEZ SHAW, Concepción (2002). “Agua y desarrollo sostenible. Trascendencia ambiental de la desalación”. En PIÑAR, José Luis (dir.) y UTRERA CARO, Sebastián F. (coord.). *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- JIMÉNEZ SHAW, Concepción (2003). *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JONES, Edward *et al.* (2018). “The State of Desalination and Brine Production: A global Outlook”. *Science of the Total Environment*. 657. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2018.12.076>.
- KETTANI, Maryème y BANDELIER, Philippe (2020). “Techno-Economic Assessment of Solar Energy Coupling with Large-Scale Desalination Plant: The Case of Morocco”. *Desalination*. 494. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7442029/>.
- MENDIETA, Alonso *et al.* (2021). “Los Efts en el financiamiento de las plantas desaladoras de agua”. *Yachana. Revista científica*. 10(1).

Disponible en: <http://revistas.ulvr.edu.ec/index.php/yachana/article/view/699>.

- MUNRO, Paul *et al.* (2017). “Energy Justice for All? Rethinking Sustainable Development Goal 7 through Struggles over Traditional Energy Practices in Sierra Leone”. *Energy Policy*. 105. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.enpol.2017.01.038>.
- NAVA ESCUDERO, César (2007). “La regulación jurídica de la desalación de agua en México: lo bueno, lo malo y lo más malo del periodo 2001-2006”. En FERNÁNDEZ, J. y Santiago, J. (eds.). *Régimen jurídico del agua*. México: UNAM.
- NAVA ESCUDERO, César (2008). “Agua y desalación en México: del engaño al oscurantismo jurídico”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- NAVARRO, Teresa (2018). “Water Reuse and Desalination in Spain-Challenges and Opportunities”. *Journal of Water Reuse and Desalination*. Disponible en: <https://iwaponline.com/jwr/article/8/2/153/38035/Water-reuse-and-desalination-in-spain-challenges>.
- NEBEL, Bernard J. y WRIGHT, Richard T. (1999). *Ciencias ambientales. Ecología y desarrollo sostenible*. 6a. ed. México: Prentice Hall.
- PATIÑO DÍAZ, Rodrigo T. (2019). “Justicia energética como paradigma en tiempos de desarrollo sostenible”. *MetrópoliMID*. Disponible en: <https://metropolimid.com.mx/justicia-energetica/>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed. Madrid: Real Academia Española.
- ROJAS CALDERON, Christian y DELPIANO LIRA, Cristian (2016). “Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua marina. Caracterizaciones y problemas iniciales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. 23.
- SÁNCHEZ MEZA, Juan J. (2008). “Desalación de agua: dificultades y oportunidades”. En NAVA, César y HIRIART, Gerardo (coords.). *Desalación de agua con energías renovables*. México: UNAM.
- SANTOS, María (2020). “El éxito de la desalación de agua requiere más energías renovables”. *El Ágora*. Disponible en: <https://www.elagora-diario.com/agua/el-exito-de-la-desalacion-de-agua-requiere-mas-energias-renovables/>.

- SICILIANO, Giuseppina *et al.* (2018). “Large Dams, Energy Justice and the Divergence between International, National, and Local Developmental Needs and Priorities in the Global South”. *Energy Research & Social Science*. 41. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.erss.2018.03.029>.
- SILVA ALMARZA, Agustín (2019). *Desalinización de agua de mar: implicancias jurídicas en Chile*. Tesis de maestría. Chile: Universidad de Chile.
- SOTO ÁLVAREZ, Guido *et al.* (2013). *Desalación de agua de mar mediante osmosis inversa y energía fotovoltaica para provisión de agua potable en Isla Damas, región de Coquimbo*. Documento técnico núm. 33 del Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO para América Latina y el Caribe. Montevideo: UNESCO, Centro del Agua para Zonas Áridas y Semiáridas de América. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000230987>.
- SOVACOOOL, Benjamin K. *et al.* (2014). *Energy Security, Equality, and Justice*, Londres-Nueva York: Routledge.
- TORRES, Miguel (2004). “La desalación de agua de mar y el vertido de la salmuera”. *Ambienta*. Disponible en: [https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf\\_am/am\\_2004\\_35\\_27\\_31.pdf](https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_am/am_2004_35_27_31.pdf).
- TURNBULL, Joanna y LEA, Diana (2010). *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*. 8a. ed. Oxford: Oxford University Press.
- VILLAVICENCIO, Paola y MAUGER, Romain (2017). “The UN’s New Sustainable Development Agenda and Renewable Energy: The Challenge to Reach SDG7 While Achieving Energy Justice”. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02646811.2017.1377951>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Test del margen legislativo proporcionado.\*  
Entre la función y el contenido de la legislación  
dentro de los marcos constitucionales actuales

*Test of the proportionate legislative deference.  
Between the function and the content of legislation  
within the current constitutional frameworks*

Recepción: 15 de julio de 2021

Aceptación: 7 de septiembre de 2021

Marcela Inés PEREDO ROJAS\*\*

Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS\*\*\*

RESUMEN: El presente texto analiza el resurgimiento de la jurisprudencia y la controversia que implica a los límites del legislador como garante de la constitucionalidad de la ley. Con ese objeto, se estudia el margen legislativo en los contextos constitucionales actuales, partiendo de la noción histórica de la ley y la necesidad de reconocer que dicha creación debe supeditarse al objeto de su regulación, más allá de la simple subjetividad. En ese sentido, habiendo empleado una metodología exploratoria, propone y desarrolla el test del margen legislativo proporcionado, teniendo especial

ABSTRACT: This text analyzes the resurgence of legislation and the controversy that involves the limits of the legislator as guarantor of the constitutionality of the law. To this end, the legislative margin is studied in current constitutional contexts, starting from the historical notion of the law and the need to recognize that said creation must be subject to the object of its regulation, beyond simple subjectivity. In this sense, having used an exploratory methodology, it proposes and develops the test of the legislative margin provided, having special reference to the regulations in

\* Trabajo en colaboración derivado de los resultados de los autores, respectivamente, en relación con la investigación que adelantan en la Universidad de los Andes, Chile, y del proyecto de investigación posdoctoral adelantado en la Universidad de los Andes, Chile, bajo la dirección del profesor José Ignacio Martínez Estay.

\*\* Profesora de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile, y doctora en derecho por la misma universidad. ORCID: 0000-0002-6849-9632; [mperedo@uandes.cl](mailto:mperedo@uandes.cl).

\*\*\* Investigador posdoctoral de la Universidad de los Andes, Chile. ORCID: 0000-0002-1066-0999; [edgar.fuentes@miuandes.cl](mailto:edgar.fuentes@miuandes.cl) y [edherfucon@gmail.com](mailto:edherfucon@gmail.com).

referencia los ordenamientos vigentes en Chile y Colombia. Así, en cuatro acápite, además de la introducción y las conclusiones, construye una propuesta para el diálogo razonado del control judicial y de la labor legislativa.

**Palabras claves:** Calidad de la ley, control constitucional, ley, margen legislativo, proporcionalidad.

*force in Chile and Colombia. Thus, during four sections apart from the introduction and conclusions, it builds a proposal for the reasoned dialogue of judicial control and legislative work.*

**Keywords:** *Quality of Law, Constitutional Control, Law, Legislative Deference, Proportionality.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Construcción histórica de la ley: el paso de lo objetivo a lo subjetivo.* III. *Más allá de la subjetividad: el dualismo en la noción de ley.* IV. *Libertad legislativa y sus límites en los contextos contemporáneos.* V. *Control de proporcionalidad legislativa: el test del margen legislativo proporcionado.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una revisión sucinta de los modelos constitucionales actuales en Latinoamérica arroja un diagnóstico de desconfianza institucional hacia los órganos legislativos y ejecutivos. De allí que fenómenos como la constitucionalización y la internacionalización de los sistemas jurídicos han terminado por modificar no sólo las nociones clásicas del Estado, el derecho y la comunidad política, sino que, además, se ha dado relevancia a nuevos actores, orientaciones e, incluso, métodos de regulación.

En ese entorno, no ha sido extraño que se haya abogado por un activismo judicial (García Jaramillo, 2016; Lozada, 2018; Landau, 2011; Pisarello, 2000; Jiménez García, 2010; Molina Betancur y Silva Arroyave, 2020) que se encargue de llenar los vacíos que dejan la textura abierta de las normas constitucionales y los preceptos internacionales. Dicha visión permite que la efectividad de estas normativas quede en manos preferentemente del juez constitucional y/o convencional, y explica que “Los juristas y académicos solo se ocupan de jueces y tribunales” (Bar-Siman-Tov, 2019: 539).

Pese a que estas situaciones han promocionado la eliminación de un legislador ilimitado y soberano (Pereira Menaut, 2001), la adecuación y

determinación de aquello que es derecho no ha renunciado —ni puede hacerlo— a su vínculo con la ley. Por ende, en medio de la expansión constitucional y de la regulación internacional se ha buscado que exista un resurgimiento del interés por la legislación (Bar-Siman-Tov, 2011), donde el estudio y análisis de las leyes se preocupe por formular propuestas y técnicas que garanticen la calidad y reduzcan, por un lado, el incremento exponencial de las leyes —contaminación o inflación legislativa (Campos Ramos, 2018; Mackaay, 2018; Šulmane, 2011; Malavassi-Calvo, 2012; Prieto Sanchís, 2012)— y sea capaz, por el otro, de armonizar los sistemas jurídicos con el bien común. En este sentido, el esfuerzo de la *legisprudencia* “no ha provenido solo de entornos académicos, sino también de gobiernos, organizaciones internacionales... y organizaciones no gubernamentales, que han adoptado o promovido la adopción de programas de mejora legislativa y regulatoria” (Bar-Siman-Tov, 2019: 543); ante ello, se van configurando diferentes modelos que centran su interés en mecanismos de control tanto *ex ante* como *ex post* de la existencia de la ley, y cuya naturaleza puede ser externa o interna respecto a las propias legislaturas.<sup>1</sup>

No obstante la importancia que tendría la revisión de cada uno de estos modelos, tanto en lo general como en lo particular, la naturaleza de resultado parcial —y la etapa investigativa en la cual se encuentra el proyecto— ocasiona que se haya optado por una metodología analítica centrada en descomponer los aspectos de la función legislativa que permiten entender el concepto del margen del legislador. Por consiguiente, se parte de la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles han sido las nociones que se han construido históricamente para la comprensión de los límites que ostentaría el órgano legislativo en el desarrollo de su función?

Si bien el presente artículo da un énfasis a la libertad legislativa y a los límites en los contextos contemporáneos, marcados por la constitucionalidad y las normas internacionales, se tendrá como hipótesis general que los límites del órgano legislativo se encuentran mediados, especialmente, por el objeto de regulación. Así, con el objetivo general de analizar las nociones que se han construido históricamente para la comprensión de los

---

<sup>1</sup> Cfr. Celemín Caicedo y Fuentes-Contreras, 2020; Celemín Caicedo, 2016; Cormacain, 2017; Cruz Villalón, 2003; Aitken, 2013; Atienza, 2005; Carrillo García, 2012; Flores, 2005; Gascón Abellán, 2006; Tudela Aranda, 2000-2001; Wintengs, 2006; Caetano y Sarlo, 2010; Campuzano Montoya, 2016; Gallegos Moreno, 2014; Kristan, 2013; Orta Flores, 2017; Rangel Alvarez dos Santos y Coutinho Teles, 2017; Villota Cerna *et al.*, 2015.

límites que ostentaría el órgano legislativo en el desarrollo de su función, especialmente en los ordenamientos contemporáneos, se espera demostrar que, a efectos de conseguir una “calidad de la legislación”, la ley debe optar no sólo por una técnica de redacción, sino, al mismo tiempo, por garantizar la estabilidad normativa, la coherencia del sistema y, además, la proporcionalidad (Bar-Siman-Tov, 2015), reconociendo un margen de apreciación proporcionado del legislador. De ahí, entonces, que la función legislativa no sea una labor libre del todo, sino que, dentro de los diferentes mecanismos de evaluación de la calidad que se han reconocido, se puede hablar de la implementación de un *test de margen proporcionado*, tal como será propuesto.

Para ello, el artículo expondrá los resultados conseguidos en cuatro acápitales, previos a las conclusiones; así, en un primer momento se alude a la construcción histórica de la noción de ley, para seguir con las visiones modernas del dualismo de la ley, y, en un tercer momento, estudiar los límites que se han reconocido en los contextos contemporáneos para la función legislativa, y finalizar con el control de la proporcionalidad legislativa y el test del margen legislativo proporcionado.

## II. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA LEY: EL PASO DE LO OBJETIVO A LO SUBJETIVO

A pesar de que la voz castellana *ley* fue “documentada por primera vez en 1558” (Bogarín Díaz, 2001: 320), el origen de la expresión encuentra su lugar, etimológicamente, en los desarrollos de la Roma Antigua, donde *lĕx* se institucionalizó como elemento integrante, con el *mōres*, del *iūs* y, por lo tanto, carentes de sinonimia. Como lo señala el profesor Álvaro D’Ors (1982, 1973), la distancia entre *iūs* y *lĕx* proviene de la diferencia entre *auctoritas* y *potestas*; se entiende que “la autoridad es de los que «saben» y la potestad de los que «pueden»” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2016: 383); el derecho no queda subsumido en la ley, sino que, por el contrario, la trasciende. Es, en esa medida, que el *iūs* “se relacionaba directamente con el papel del jurisprudente” (Vanney, 2009: 283) y la *lĕx* como una de las fuentes generales del derecho escrito, que acompañaba, dentro de esa clasificación, a los senadoconsultos, las Constituciones imperiales, los edictos de los magistrados pretores y los dictámenes de los juriconsultos: Siendo la *lĕx* el acto emanado de las asambleas populares o comicios (Ar-

güello, 1998) y, con posterioridad, incluyendo a los actos de los cuerpos colegiados de plebeyos o *Concilia Plebis* (Medellín, 1982; Espitia Garzón, 2006).

Si bien, en un sentido práctico, la ley romana era ante todo una forma cívica de regulación, ésta no dependía en solitario de su origen, sino que implicaba una coherencia con el sentido de lo natural (Coulanges, 1982). Por esto, la prudencia construía el *iūs*, por lo menos en su dimensión primigenia, como la práctica de un arte, más que una técnica.<sup>2</sup> Sin embargo, ante el crecimiento poblacional y del territorio, la necesidad romana de regularizar las actividades —incluyendo las extranjeras— generó que tanto *lĕx* como *iūs* fueran modificados al punto de que “Ni *ius* pudo expresar en sus orígenes las complejas referencias que alcanzó después, ni su sustituto *directum* logró asumir todas las notas y matices del *ius* clásico” (García-Hernández, 2010: 43; Hervada, 1992). Dicha realidad llevó a que, hacia mediados del siglo III de la era cristiana (Rabinovich-Berkman, 2007), “La voz *directus* tomó el sentido de «justo» en sustitución del adjetivo clásico *iustus* (situación conservada en rumano: *drept* «justo», *dreptate* «derecho»), de manera que *directum* sustituyó al sustantivo clásico *ius*” (Bogarín Díaz: 304).

En efecto, para la concepción cristiana, procedente del mundo bíblico, el Derecho consiste en la «conducta recta», y no ya en una forma de actuar la violencia lícita, según era concebida en el mundo pagano la idea del *ius*. Así, en la tradición judea-cristiana, la idea de «rectitud» vino a producir la progresiva sustitución del concepto de *ius* por el de *directum*, como consecuencia de la propia visión teocéntrica del judaísmo, de la que derivaba la idea de que el «camino recto» era el trazado por Dios —por lo que se refiere al *directum*, en el ámbito de la justicia— como supremo legislador. Esta es la razón por la cual en el pensamiento judío se identificaba justicia y santidad (García Hervás, 1999: 61).

Con todo, la separación y posterior caída del Imperio dio inicio a la época medieval y permitió, también, la dispersión y fragmentación de las organizaciones sociales y, con ellas, las nociones y el alcance del derecho y de la ley. Ciertamente, el aumento de aquellos que ejercían la *iurisdic-*

---

<sup>2</sup> “...sabemos que originariamente *ius* no significó en ningún caso, norma o conjunto de normas, sino que «un acto no lesiona a otro hombre», a diferencia de *fas* que indicaba la no lesividad respecto de los dioses” (García Gallo, 1960: 29).



tio extendió el flujo de preceptos normativos, mientras ayudó a reforzar la prevalencia del derecho consuetudinario: “En efecto, las costumbres, incluso provenientes de la interacción histórica romana, fueron tomadas como molde para la producción y regulación de las conductas” (Fuentes-Contreras, 2018: 59).

En esa medida, la ley pasó a ser una obra integrante del *derecho regio*, mediada por la intención de codificar las normas consuetudinarias, que eran las disposiciones principales en la actividad jurídica. En consecuencia, la preocupación de las sociedades medievales no estaba derivada respecto a la contradicción entre ley y costumbres, sino en establecer, mediante la ley, la unificación de criterios,<sup>3</sup> “por eso no hay contradicción alguna en que los reyes, como Fernando III, recurriesen al expediente de legislar, como Derecho regio, el Derecho que la gente consideraba «su» Derecho Consuetudinario” (Hierro, 2010: 34). Sólo que el derecho emanado del monarca siguió compitiendo con las diferentes normativas tanto de tipo general como particular; verbigracia, los fueros y fazañas (Valle Videla, 2018). Así, en un universo jurídico donde abundaba la *iurisdictio*,<sup>4</sup> los dictámenes legales competían y se limitaban por la costumbre, el desuso, la opinión de los juristas y las normas del *ius commune* (Tomás y Valiente, 1993-1994; Fernández Barreiro, 2004; Castro-Camero, 2010; Pérez Martín, 1999):

La reiteración, en efecto, de los actos exteriores expresa de una manera muy eficaz la inclinación interior de voluntad y los conceptos de la razón, pues lo que se repite muchas veces demuestra proceder de un juicio racional deliberado. He aquí por qué la costumbre tiene fuerza de ley, deroga la ley e interpreta la ley... Por eso, aunque las personas particulares no pueden crear leyes, sí puede hacerlo todo el pueblo. Si, en cambio, el pueblo no tiene la libre facultad de darse leyes ni de anular las que le impone una autoridad

<sup>3</sup> “La verdadera contraposición no se producía, por tanto, entre la costumbre como norma no escrita y la ley como norma escrita, sino entre el derecho consuetudinario (como derecho propio y antiguo, las más de las veces escrito) y el derecho regio (como derecho de pretensiones generales, homogeneizador y, con frecuencia, nuevo). La contraposición bajomedieval entre costumbre y ley fue, sobre todo, la contraposición política entre el orden corporativo medieval y el incipiente Estado moderno” (Hierro, 2010: 29).

<sup>4</sup> “Y resulta evidente, en primer lugar, que la ley en general no pertenece a la categoría de consejo, sino a la de mandato; no un mandato de cualquier hombre a cualquier otro hombre, sino de un hombre cuyo mandato está dirigido a otro que está de antemano obligado a obedecerlo” (Hobbes, 1995: 215).

superior, aun entonces la costumbre que llega a prevalecer adquiere fuerza de ley al ser tolerada por quienes tienen el poder de legislar, pues con la simple tolerancia se entiende que aprueban lo que la costumbre introdujo (Tomas de Aquino, 1993: 758).

Así las cosas, la configuración de la ley medieval se establecía en consonancia con una dimensión objetiva-material (Vallet de Goytisoló, 1997): “lo relevante no es el sujeto del que emana sino su contenido objetivo, que se precisa doblemente: consiste en un ordenamiento, ordenamiento exclusivamente demandado por la razón” (Grossi, 2003: 28). Por ende, “la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Se concluye, pues, que toda ley se ordena al bien común” (Tomas de Aquino, 1993: 705).

Con el inicio de la modernidad y el fortalecimiento de nuevas formas de organización política, la ley se vinculó, en esencia, con la idea de soberanía:<sup>5</sup>

...quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (Bodin, 1997: 52-53).

Precisamente, el advenimiento del Estado produjo una nueva conceptualización de la ley basada en la centralización del ejercicio del poder soberano y vista como un producto racionalizador del bien común, donde la concepción objetiva medieval se alternó con una noción subjetiva de la ley. En dicha visión, entonces, se dio mayor valor a lo orgánico frente a la materia de regulación, bajo el condicionamiento de unos presupuestos de técnica

---

<sup>5</sup> “En todos los Estados, el legislador es únicamente el soberano, ya sea éste un hombre, como ocurre en una monarquía, o una asamblea de hombres, como es el caso en una democracia, o en una aristocracia. Pues el legislador es que hace la ley, y es solo el Estado el que prescribe y ordena la observancia de las normas a las que llamamos ley” (Hobbes, 1995: 216). “Aunque el poder legislativo (ya resida en uno o en varios, ya sea ejercido constantemente o sólo a intervalos) ha de ser considerado como el poder supremo dentro de cada Estado...” (Locke, 2006: 133).

normativa para su formulación y aplicación. Dicho enfoque tuvo reflejo en los modelos de supremacía parlamentaria inglesa y en el del imperio de la ley: el primero procuró eliminar la acumulación de poderes en el Ejecutivo y se garantizó la soberanía popular dando un carácter prevalente al órgano que la representaba (Varela Suanzes, 1998; Guillén López, 2001; Pereira Menaut, 1992, 1990).<sup>6</sup>

Pese a las inclusiones implícitas, el concepto de la supremacía parlamentaria no quedó señalada en un texto normativo; las alusiones permitieron que se reconociera como principio rector desde finales del siglo XVII a través de autores como William Blackstone y Albert V. Dicey, que a la postre se convertirían en *books of authority* (Pérez Triviño, 1998; Clavero, 1997).

El segundo, es decir, el *imperio de la ley* (Marcilla Córdoba, 2013-2014), a diferencia del *rule of law* inglés (Dicey, 1889), se construyó como un atributo del Estado y un principio de ruptura histórica respecto al *Ancien Régime*; configurando, por ende, las relaciones funcionales y orgánicas del Estado de derecho, a partir de la ley como primera norma jurídica del ordenamiento, que restringía las actividades ejecutoras del Estado y establecía la libertad propia de la ciudadanía.<sup>7</sup> Así quedará consignado, verbigracia, en el artículo 5o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

En ese contexto, la ley se instituyó como la norma suprema del ordenamiento jurídico, promoviendo la idea de que “todo derecho depende de las leyes” (Kant, 1999: 265) y que es ella “...el único instrumento no sólo de perfeccionamiento jurídico sino de transformación social” (Cabo Martín,

---

<sup>6</sup> Como quedó dispuesto en 1689 en la Bill of Rights: “I... Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal. II. Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal”.

<sup>7</sup> “La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y, dadas las débiles características normativas de la constitución, era la norma de superior jerarquía” (Laporta, 1999: 321).

“Cuando el poder supremo dicta leyes orientadas, ante todo, a la felicidad (al bienestar de los ciudadanos, la población, etc.), ocurre que no lo hace como fin del establecimiento de una constitución civil, sino como medio para asegurar el *estado de derecho*, principalmente frente a enemigos exteriores del pueblo” (Kant, 1999: 270).

2000: 19). En definitiva, estableciéndose la ley, esencialmente, como el elemento rector de la actuación estatal, como la obra del legislador, a la cual se le debe obediencia como *decisión normativa*<sup>8</sup> que: a) se encuentra contenida en una forma específica, b) ha sido elaborada a través de un trámite especial previamente establecido, c) por aquel que cuenta con la competencia legislativa, y d) goza de un contenido acorde con las normas superiores, lo que produce que se inserte al interior del sistema jurídico en el rango intermedio entre las normas constitucionales y la producción de los entes administrativos.

En esta versión conceptual, la ley es, por ende, un producto que implica el reconocimiento, por lo menos, de una función, la legislativa, y la de un órgano que cuenta con la obligación de ejercerla, el legislador; la ley sería, entonces, el resultado del ejercicio de la potestad o competencia legislativa por parte de aquella persona o conjunto de personas a quienes se les reconoce la función de elaborar las leyes, dentro de las pautas formales y materiales que se encuentran en el sistema jurídico.

Como se anticipaba, dicha función se observa como un ejercicio de la voluntad soberana, en ocasión a la delegación que hace el pueblo a sus representantes, de allí que, en 1853, por ejemplo, sir Thomas Smith afirmase que

And to be short, all that ever the people of Rome might do either in *Centuriatis comitijs* or *tributis*, the same may be doone by the parliament of Englande, which representeth and hath the power of the whole realme both the head and the bodie. For everie Englishman is entended to bee there present, either in person or by procuracy and attornies, of what preheminance, state, dignitie, or qualitie soever he be, from the Prince (be he King or Queene) to the lowest person of Englande. And the consent of the Parliament is taken to be everie mans consent (1906: 49).

A pesar de que el concepto de “representación” tampoco fue uniforme, su vínculo con la ley y el legislador concedió la posibilidad de sentar “las bases jurídico-dogmáticas para la consideración del parlamento como organización jurídica del pueblo, y de la voluntad del parlamento como voluntad

---

<sup>8</sup> “La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por *repetición* y por *decisión*... En la legislación nos hallamos ante un acto de voluntad de un sujeto, individual o colectivo, que está habilitado para innovar el ordenamiento jurídico, para introducir una norma en el mismo” (Otto, 2001: 20).

del pueblo mismo” (Criado de Diego, 2012: 91), que, en todo caso, generó la pregunta sobre los límites que podría tener dicha función dentro de un Estado de derecho.

### III. MÁS ALLÁ DE LA SUBJETIVIDAD: EL DUALISMO EN LA NOCIÓN DE LEY

Pese a la extensión de ideas de omnipotencia del legislador<sup>9</sup> y su catalogación como racional (Campos, 2006; Nino, 1989; Pérez Lasserre, 2020; Calvo García, 1986, 1986a; Ezquiaga, 1994; Núñez Vaquero, 2014), que facilitó la visión de que el poder de la ley se deriva del sujeto y no de su contenido, es decir, “su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador” (Grossi, 2003: 34), existió también una pretensión de que aquella voluntad del legislador no pudiera expresarse de cualquier manera. En ese sentido, una de las primeras exigencias estuvo en la necesidad de que la ley fuera una expresión general y abstracta: haciendo referencia, puntual, a los sujetos y a los casos, respectivamente.

Ahora, si bien la generalidad no resultó una exigencia propia de la modernidad,<sup>10</sup> lo cierto es que la pretensión de igualdad incentivó la necesidad de que las formulaciones legislativas fueran para toda la comunidad y no para un grupo, sector o estamento. Así quedó dispuesto, por ejemplo, en el artículo 60. de la Declaración de Derechos francesa de 1789, cuando dice que la ley “[d]ebe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar”.<sup>11</sup> Respecto a la abstracción, la cual se relaciona ya no con

---

<sup>9</sup> “Los autores ingleses insisten mucho sobre este carácter. Se trata sobre todo de la afirmación de un principio que se entiende en el terreno legislativo y se traduce en el adagio conocido: «El Parlamento inglés puede hacerlo todo, salvo convertir a un hombre en mujer»” (Manzanares, 1970: 60).

<sup>10</sup> “La generalidad como nota característica de la ley es posiblemente la de más amplia e ininterrumpida tradición: desde las Doce Tablas (la distinción entre «Leges» y «Privilegia» o normas individuales), la Escolástica (que la hace derivar de la concepción cristiana de comunidad) y el Barroco y la Ilustración que construyen el concepto de ley a imagen de las leyes de la naturaleza y, por tanto, la generalidad es su primer e inexcusable elemento” (Cabo Martín, 1994: 36).

<sup>11</sup> Dirá Rousseau: “De suerte que la ley puede muy bien establecer, que haya privilegios, pero no puede concederlos señaladamente a ninguno. La ley puede distinguir muchas clases de ciudadanos, y asignar las [c]ualidades, que han de dar derecho a estas clases; pero no puede nombrar a tales y a tales, para admitirlos a ellas” (2011: 71-72). Mientras Locke menciona: “tienen que gobernar guiándose por leyes promulgadas y es-

los destinatarios, sino con los supuestos de hecho que serán descritos en la regulación no contemple circunstancias precisas o concretas, que conviertan la ley de aplicación momentánea o de única vez, en otras palabras, que el caso contemplado afecte la permanencia y perdurabilidad al agotarse por su especificidad. En términos de Rousseau, “lo que manda el Soberano sobre un objeto particular, no es... una ley, sino un decreto; ni un acto de soberanía, sino de magistratura” (Rousseau, 2011: 72).

Dicha orientación será concluyente en autores posteriores como Duguit, quién, distinguiendo entre *actos-reglas*, *actos-condición* y *actos-subjetivos*, incluye a la ley dentro de los primeros (1924; Fraga, 2000) y advierte como incluso esas exigencias de generalidad y abstracción evitan que el legislador se pueda convertir en un órgano administrativo o de mera aplicación (Rubio Llorente, 1993). Más allá de la conveniencia de una técnica de producción, se terminó aludiendo a que cuando el legislador cae en formulaciones ajenas a la generalidad y abstracción, no existía una ley estrictamente hablando, sino a lo sumo a una “ley” formal, en razón de que la función legislativa se plasma “únicamente, pero absoluta y enteramente, ...[en] el carácter del acto legislativo material” (Duguit, 1926: 88), “de tal suerte que puede definirse la ley material *lato sensu*, diciendo que es todo acto emanado del Estado y que contiene una regla de derecho objetivo” (*ibidem*, 89).

Esta construcción dualista del significado de la ley, en todo caso, termina asumiendo una realidad: la generalidad y la abstracción no son atributos exclusivos de las normas que se generan a partir de la competencia legislativa, pudiendo estar presente en actuaciones de producción normativa de la administración.<sup>12</sup> Dirá sobre esto Georg Jellinek:

Las funciones materiales están, pues, distribuidas entre los distintos géneros de órganos relativamente independientes unos de otros, y la dirección de una gran parte de las cuestiones que corresponden a una función deter-

---

tablecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado” (2006: 141). En cuanto a Hobbes, éste reconoce la posibilidad de que existan leyes particulares y generales, poniendo el acento en la promulgación de la ley como determinante de su obligatoriedad (1995).

<sup>12</sup> “[L]a ley es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen: jefes de Estado, miembros del Parlamento. Fuera de esto, todo lo que se diga no es más que ficción... En cuanto a los reglamentos, lo veremos más tarde, en el fondo son verdaderas leyes, son la expresión de la voluntad del jefe del Estado o del funcionario, cualquiera que sea, que los dicte” (Duguit, 2008).

minada caen dentro de la actividad del órgano competente, de suerte que todos los órganos hallan en el supremo el punto de partida y el punto de unión. La separación de las funciones corresponde a la separación de los órganos, y ya hemos dicho que esta separación no es ni puede ser absoluta. De aquí se sigue la oposición entre las funciones formales, que son ejercidas por los órganos legislativo, administrativo y judicial. Según su aspecto formal, divídense las manifestaciones de las actividades del Estado en actos formales de legislación, de administración y de justicia.

Hallamos una unión de todas estas funciones materiales, especialmente en los órganos de la administración, la cual, en su sentido formal, tiene un poder reglamentario y de decisión. En vista del primero, participa de la legislación material, y por el segundo, de las decisiones judiciales (2002: 542).

Esto ocasionó que estos criterios no fuesen suficientes y que, además, se planteasen otras orientaciones para distinguir a la ley: entre ellas estuvo la doctrina donde “la ley es definida por su materia, es decir, por medio de una distinción entre materias que pertenecen al ámbito de la legislación y otras que pueden ser tratadas por decreto” (Carré de Malberg, 2011: 29).

En esa dirección, aunque no de forma exclusiva, destacó Paul Laband con su propuesta de ley formal y ley material:<sup>13</sup> cuando, en 1871, apostó por esa calificación como forma de resolver una discusión que tiene como referente el artículo 62 de la Constitución del Estado Prusiano del 31 de enero de 1850, la cual dictaba que “El poder legislativo reside en el Rey con las dos Cámaras, cuyo acuerdo es necesario para la promulgación de una ley”.<sup>14</sup> Dicho precepto reflejó, a diferencia de otras orientaciones constitucionales, que en el constitucionalismo alemán del siglo XIX no daba, necesariamente, una prevalencia al legislativo como órgano representativo, sino que articulaba a dicho órgano con el gobierno monárquico (Starck, 1979: 118). En este sentido, y ante la situación que se había presentado en 1862, cuando no se aprobó el presupuesto general del Estado, debido a las discrepancias entre el Parlamento y Otto von Bismarck, quién presentó el proyecto de ley para la modernización del ejército prusiano del rey Guillermo I, Laband expresó que el presupuesto no es una ley realmente, es

---

<sup>13</sup> “Los dos conceptos de ley no son idénticos, ni se hallan tampoco en una relación de respectiva supra y subordinación, sino que se entrecruzan” (Ross, 2007: 452).

<sup>14</sup> Por su parte, el artículo 45 anuncia que “pertenece solamente al rey el poder ejecutivo. Nombra y destituye a los ministros. Ordena la publicación de las leyes y expide los decretos necesarios para su ejecución”.

decir, en sentido material, sino un acto de administración contenido en una forma legal o ley formal. Por ello es que “no se puede dar el nombre de ley a una regla sino en el caso de que esta tenga un contenido jurídico, de que afecte en algún modo a la esfera jurídica del individuo o de la comunidad política” (Laband, 1979: 22).

Como consecuencia de la distinción, la teoría dualista sobre la ley se hizo expansiva y tuvo diferentes vertientes, pasando por autores alemanes como Gustav Seidler, Georg Jellinek, Hermann Schulze, R. Gneist, K. F. von Gerber, Otto Mayer; en Francia, Gaston Jèze, Edgard Allix, Adhémar Esmein, y en Italia con Vittorio Emanuele Orlando, Augusto Graziani, Oreste Ranelletti (Rodríguez Bereijo, 1970). En esos desarrollos terminó prevaleciendo la idea de que la calificación de la ley material se obtenía cuando la norma dictada por el legislador se enlazaba con la regulación de la libertad y la propiedad como derechos naturales (Jesch, 1978; Laporta, 2003), donde su técnica de redacción, generalidad y abstracción no era suficiente como tampoco su origen orgánico, provocando el reconocimiento que hasta el mismo legislador, siendo representante de la soberanía, estaría limitado a fines últimos que fueron incluyéndose en las normas constitucionales, a las cuales se les entregó supremacía, supralegalidad, fuerza vinculante y aplicación directa.

Así, los cambios que ha sufrido el Estado de derecho, pasando de un Estado legal a uno constitucional (Fuentes-Contreras, 2019), significaron una reinención de la ley, tanto en su relación con otros preceptos normativos como entre los órganos que se vinculan con ella, lo que ha permitido que los conceptos contemporáneos de la ley, en términos generales, se supediten y condicionen para hacer de la función legislativa una labor creativa pero no plenamente libre.

#### IV. LIBERTAD LEGISLATIVA Y SUS LÍMITES EN LOS CONTEXTOS CONTEMPORÁNEOS

A pesar del reconocimiento del valor jurídico de las normas constitucionales, la voluntad legislativa no quedó condicionada al punto de ser considerada equivalente a la función reglamentaria:<sup>15</sup> esto debido, en primer

---

<sup>15</sup> “...La ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el reglamento no puede pre-



momento, a la textura abierta de los preceptos constitucionales y al uso de conceptos indeterminados en ellas (Martínez Estay, 2021, 2019) y, en un segundo instante, por la naturaleza de la función misma, que debe ser considerada como una actividad creativa, aun en ausencia de habilitación directa de la Constitución (Medina Guerrero, 1998,1996; Silva García y Villeda Ayala, 2011).

[En principio,] Nada fuera de la Constitución puede limitar a la ley, porque ese algo que la limitase sería algo superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la ley está montada para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho; su carácter superior, supremo, es su propia esencia. Es la única norma originaria que decide desde sí misma y por sí misma. Su poder innovativo es completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores (eliminación de las cláusulas prohibitivas o cautelares de derogación propias del antiguo derecho, las *leges in perpetuam valiturae*); es, por ello, la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del derecho antiguo por un derecho nuevo (García de Enterría y Fernández, 2001: 114).

Por ende, la función legislativa concede aquello que se ha denominado como margen de apreciación, el cual, sucintamente, puede tomarse como "...una potestad de carácter discrecional, en la cual el operador jurídico se enfrenta a escoger distintas posibilidades para resolver un problema de derecho determinado. Los límites vienen dados por la razonabilidad de la actuación y el interés público que conlleva el acto" (Peredo Rojas, 2013: 50).

Ahora bien, lo cierto es que en la doctrina no existe una sola forma de entender el margen de apreciación; esta categoría se ha utilizado por algunos autores para describir la relación entre la actividad estatal y la inserción del derecho internacional de los derechos humanos (Gerards, 2011; Fuentes-Contreras y Cárdenas-Contreras, 2021; Martínez Estay, 2014; McGoldrick, 2016; García Roca, 2010; Contreras, 2014; Núñez Poblete y

---

sentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad...; en el reglamento no se expresa por ello una hipotética «voluntad general», sino que es una simple regla técnica, «ocurrencia de los funcionarios», a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva" (García de Enterría y Fernández, 2001: 114). "El Gobierno no es representante de los ciudadanos, sino agente de los mismos y, en consecuencia, solo puede actuar por y para ellos, esto es, de sus representantes" (Pérez Royo, 1998: 136).

Acosta Alvarado, 2012; Pascual Vives, 2013), mientras otros lo vinculan con el concepto de deferencia de los órganos estatales; algunos más lo incluyen en el control de razonabilidad y de proporcionalidad de las medidas legislativas (Fromont, 1995). Con todo, será este último concepto al cual se ha suscrito la presente investigación.

Por consiguiente, el margen de apreciación legislativo se ha comprendido como la legítima opción del legislador para elegir entre diversas medidas, dentro de los límites propios que le establece el sistema jurídico y el fin último del derecho.

De ese modo, pese a que en sus orígenes el margen se entendió como una prerrogativa de los modernos parlamentos que gozaban de legitimidad democrática (Godoy, 2001), en la actualidad, y aunque esa condición de legitimidad se mantiene —no sin ciertas críticas respecto de la forma en que opera la representatividad (Pereira Menaut, 2006)—, la intensidad de esa potestad se reconduce en términos especialmente constitucionales<sup>16</sup> y, además, sujetaría a todo aquel que ejerce la potestad y no solamente al legislador general, tal como acontece con el Poder Ejecutivo, en los casos de legislación delegada, legislación por prescripción y legislación de urgencia.

No obstante, el margen de apreciación no opera de una sola forma en todos los sistemas constitucionales (*cfr.* Tribunal Constitucional chileno, 2007); así, verbigracia, en la tradición angloamericana su construcción ha estado influenciada por los aportes políticos y jurídicos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la idea de un principio de

---

<sup>16</sup> El texto ha optado por comprender que las disposiciones de tipo constitucional serán aquellas que se incluyen dentro del texto de la Constitución y aquellas que, sin estar dentro del texto, se han integrado en el mismo rango o nivel; ello, reconociendo la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y su integración a los sistemas por vía y disposición constitucional, con lo cual se explica que se utilice, como se hará adelante, la categoría de “derecho supralegal” para hacer referencia a esta situación. De igual manera, se ha preferido la expresión “derecho supralegal” siguiendo a Otto Bachof (2010), quién lo entiende como un derecho preestatal, supraestatal o metapositivo, con respecto a los derechos humanos. Finalmente, sería importante aclarar que dicha expresión no interfiere necesariamente con la supraconstitucionalidad que ha sido empleada para resaltar el nivel superior, verbigracia, de ciertas normas internacionales en relación con el ordenamiento interno (Lucero Pantoja, 2021; Rey Cantor, 2021; Galván Bautista, 2021; Machado Cyrillo da Silva, 2013; Favoreu, 1994; Pacheco Gómez, 1993). Sobre el tema, véase, entre otros, Góngora Mera, 2016; Núñez Donald, 2015; Rodríguez Manzo *et al.*, 2013; Suelst-Cock, 2016; Maldonado Sánchez, 2019.

autocontrol o de *self restraint* de la actividad judicial que permita la discrecionalidad a favor del órgano legislativo (Arévalo Ramírez y García López, 2018; Figueroa Gutarra, 2017).<sup>17</sup>

Es a partir de este principio que surge la doctrina de las cuestiones políticas (Harrison, 2018; Mulhern, 1989; Silva Irrarázaval, 2016; Scharpf, 1966), el control de razonabilidad del legislador en materia de derechos y el control de proporcionalidad como balance, para limitar intervenciones bajo la orientación de la doctrina denominada *structural remedies* (Otálora Lozano, 2018; Quinche Ramírez y Rivera Rugeles, 2010; Cruz Rodríguez, 2019).

Por su parte, en el derecho administrativo inglés la categoría construida se ha enmarcado en la expresión *deference*, la cual permite estudiar y valorar las competencias constitucionales y el efecto del ejercicio de las mismas por parte de los poderes públicos (Daly, 2012; Zhu, 2019; Riker y Weingast, 1988; Schapiro, 2000; Oswald, 2012), no siendo, por consecuencia, una cortesía, como suele atribuírsele en ciertos contextos (Zapata, 2008).

En el ámbito de la tradición europea continental, es clave el aporte del derecho público francés, del cual proviene la expresión “margen” como un concepto diferenciado de los actos políticos. Así, el margen sería el poder de la Asamblea que no se entiende exento del control constitucional; es decir, que, a diferencia de los actos políticos, no supone la inmunidad de la jurisdicción que ejerce el Consejo Constitucional, sino un control con intensidad en relación con el objeto de regulación. Con ello se admite que el control de constitucionalidad de la ley envuelve el clásico problema entre jurisdicción constitucional y democracia (Ferrerres, 2011), ya que en las democracias constitucionales los parlamentos representan la voluntad del pueblo, y por eso tienen una legitimidad de la que en principio carece la justicia constitucional. De esta manera,

---

<sup>17</sup> “Si bien resumió la actitud de la Corre desde sus inicios, su formulación llegó al final del siglo diecinueve, con un escrito del profesor James Bradley Thayer titulado “The Otigin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” (“El origen y el ámbito de la doctrina americana del derecho constitucional”). Reconociendo el carácter antirrepublicano del control de constitucionalidad, el profesor afirmó que conduce el juez a desempeñar el papel del legislador, a ejercer el temido “gobierno de los jueces” y a inmiscuirse en la “administración política del gobierno”. A la postre, una concepción agresiva del control de constitucionalidad sería contraria a la democracia” (Martínez, 2005: 92).

...el *Conseil Constitutionnel* ha acuñado la expresión "*rapport de constitutionals*" para referirse a la intensidad del control. Se refiere a la relación de subordinación entre las reglas constitucionales y la legislación. La intensidad del control es definida por el grado de adecuación que se exige a la norma inferior para con la superior, esta adecuación definirá el tipo de control ejercido por el Consejo Constitucional que puede variar desde la estricta conformidad hasta la mera compatibilidad entre la primera y la segunda...

Así, el *rapport de conformité* es un escrutinio más exigente en el control de constitucionalidad de la ley. La exigencia se traduce en la estricta conformidad de la ley. El *rapport de compatibilité*, por su parte, se refiere a materias en que no existe un tratamiento tan pormenorizado en el texto constitucional (Peredo Rojas, 2013: 69-70).

En cuanto al derecho constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Federal ha entendido que el margen es sinónimo de libre configuración del legislador. En este contexto, el test de proporcionalidad surge como el mecanismo idóneo de control (1998). Sin embargo, resulta discutible que el legislador sea absolutamente libre para configurar derechos. Eso porque en un Estado constitucional democrático de derecho, el legislador sólo puede actuar dentro de los márgenes permitidos por la carta fundamental. Por ello, el concepto de libertad de configuración del legislador parece equívoco.

Esa expresión, libertad de configuración, ha sido empleada también por la Corte Constitucional de Colombia, que la ha definido especialmente en relación con diferentes áreas o temáticas de regulación, pasando por el derecho penal, el tributario, la seguridad social, el sancionatorio hasta lo procesal, entre otros (2020, 2019, 2019a, 2002). Visto, por ende, como un ejercicio de apreciación o valoración, al momento de ejercer la potestad creativa de la ley, "el margen de configuración del legislador debe circunscribirse a las definiciones dadas por la Constitución, so pena de contravenir la jerarquía del sistema de fuentes de derecho" (Corte Constitucional colombiana, 2011). Con todo, no siendo un simple proceso de reglamentación constitucional, el crear, interpretar, reformar y derogar las leyes, conforme a los artículos 114 y 150 de la Constitución de 1991, es una función donde, en principio, el Congreso de la República expresa la voluntad soberana que se perfecciona una vez que ha pasado por su procedimiento de creación y bajo el respeto a las formalidades básicas.

En ese sentido, se vuelve un ejercicio para determinar la textura abierta constitucional e, incluso, podrá tratar temáticas no expresamente aludidas en la Constitución,<sup>18</sup> siempre que sobre ellas no pese una reserva en favor de cualquier otro órgano. Basado en ello, la Corte Constitucional señala que la intensidad del control que ejerce<sup>19</sup> y la modulación de sus fallos se justifican en la “necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario” (Martínez Caballero, 2000: 17).<sup>20</sup>

En contraste, en la doctrina administrativista de Chile (Saavedra, 2011) se ha tratado el tópico del margen, pero los jueces constitucionales chilenos no han adoptado este concepto,<sup>21</sup> a diferencia de lo que ocurre, como se vio, en Alemania (Maurer, 2011) y Francia (Fortsakis, 1987). De modo que, como se esbozó, el margen se aborda como deferencia razonada o mecanismo de prudencia en manos de los jueces constitucionales. Sin duda, aquello es objetable y discutible, porque deja de lado que la deferencia razonada opera por la competencia que surge en el margen de apreciación del legislador, conforme a lo prescrito en la Constitución. Por eso, la deferencia razonada es insuficiente para evitar dos problemas: primero, que el juez constitucional invada los márgenes constitucionales del legislador, y, segundo, que el legislador regule razonadamente los derechos.

---

<sup>18</sup> “El silencio del constituyente no debe interpretarse indefectiblemente como una forma tácita de imponer prohibiciones o limitaciones a la libertad configurativa del legislador” (Corte Constitucional colombiana, 2000).

<sup>19</sup> “...además de que la libertad de configuración del legislador no es absoluta y tiene como medida los principios democráticos de la Constitución, aquella no se despliega con igual intensidad en todos los aspectos de la realidad jurídica. La Corte Constitucional ha dicho en su jurisprudencia que cuando se trata de regular aspectos relacionados con la restricción de los derechos y garantías públicas, la libertad configurativa del legislador se desenvuelve dentro de límites más estrechos...” (Corte Constitucional colombiana, 2001).

<sup>20</sup> “Quiere lo anterior decir que en las materias sujetas a desarrollo legislativo la Corte tiene un margen limitado de actuación, reduciéndose a la realización de un test leve de constitucionalidad, mientras que en aquellas materias donde la Constitución restringe la libertad de configuración legislativa del legislador la Corte estará facultada para realizar un escrutinio estricto” (Insignares-Cera y Molinares-Hassan, 2012: 96-97).

<sup>21</sup> Véase Tribunal Constitucional chileno, 2011. Sobre la influencia de la jurisprudencia constitucional extranjera en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, véase Galdámez, 2012.

Una muestra de lo anterior son los casos en que la justicia constitucional entiende que, en el ámbito del debido proceso, la creación de recursos judiciales es parte del margen de apreciación del legislador. En esos mismos casos, muchas veces se identifica la regulación legislativa con pesar derechos, que es lo propio del test de balance o proporcionalidad en sentido estricto (Sapag, 2008; Martínez Estay y Zuñiga Urbina, 2011; Estrada-Vélez, 2010; Riofrío Martínez-Villalba, 2016), lo que lleva a no considerar el contenido mínimo del derecho.<sup>22</sup>

A partir de lo señalado y de los problemas ya planteados sobre la dispersión del concepto que se investiga, surge la necesidad de definir lo que es el “margen”. Si bien preliminarmente se advirtió que el margen de apreciación es el espacio de discrecionalidad o libertad de configuración conferida por la Constitución a los órganos del Estado (Peredo Rojas, 2013), esa concepción requiere ser matizada y renovada a la luz de la presente investigación; principalmente porque ya no resulta válido entender al legislador como libre configurador, ya que, como se indicó, ningún poder es ilimitado en el derecho constitucional. Por ejemplo, piénsese en el margen para la reforma constitucional, que, inclusive, se encuentra limitada por los derechos y los principios constitucionales: una ley de reforma constitucional posee escaso margen para acabar con el Estado de derecho y tampoco podría establecer principios o reglas que atenten contra la dignidad humana como base de los derechos (Fondevila Marón, 2015; Tajadura Tejada, 2018; Higuera Jiménez, 2018).

Aclarado eso, es oportuno aseverar que el margen del legislador es la discrecionalidad por competencia legislativa que la Constitución, en sentido amplio, reconoce a quien hace las leyes, operando como un test de revisión judicial en el control de la intensidad de las medidas legislativas. Dicho margen posee esferas menos limitadas en la política, y es limitado, en esencia, por el contenido mínimo o núcleo esencial de los derechos.

De este modo, habrá de afirmarse, en un primer momento, que el margen no es autonomía del legislador. Esto debido a que la autonomía es una cualidad que poseen ciertos órganos o instituciones del Estado, dependiendo del sistema constitucional, tales como las entidades territo-

---

<sup>22</sup> El test de proporcionalidad como sinónimo de balanceo o ponderación ha sido la técnica preferida por varios tribunales constitucionales y autores. *Cfr.* Montealegre, 2008; Bernal Pulido, 2006, 2014, 2018.

riales<sup>23</sup> u otras entidades,<sup>24</sup> las cuales pueden regirse mediante normas y estructuras de gobierno propios (Ugalde Calderón, 2010). Si se piensa en esa cualidad, dicha característica es sólo una parte del margen posible que la Constitución reconoce al legislador, por ejemplo, para que genere sus reglamentos internos. Pero estas acepciones no comprenden el sentido del margen de apreciación del legislador como competencia legislativa global que recae en diversas materias.

Asimismo, el margen no es un mecanismo de concesión graciosa atribuible a la actitud de los jueces; es decir, no es deferencia, a menos que se entienda que la deferencia opera por competencia, porque sólo en ese caso son sinónimos. El margen no es, entonces, una regla de deferencia porque esta última es un elemento de aquél; es porque hay margen legislativo, que el juez debe ser deferente con la competencia del legislador. Siendo así, la deferencia judicial es consecuencia del reconocimiento del texto constitucional y de la *ratio* de la disposición constitucional a la que éste se encuentra directamente vinculado.

Finalmente, el margen no es sinónimo de libertad de configuración, porque el legislador depende de la Constitución a la que sirve. Ello porque es en esa norma donde se encuentran los acuerdos mínimos de la sociedad democrática que el legislador debe respetar si no quiere incurrir en un error manifiesto; la expresión “libertad de configuración” es un término equívoco, porque los límites al legislador son eminentemente constitucionales, y éste está limitado, sustancialmente, por el contenido mínimo de los derechos. De modo que sólo la expresión “margen” manifiesta la tensión natural entre las fuentes del derecho involucradas.

Conforme a lo anterior, el margen de apreciación del legislador cuenta con los siguientes elementos:

1) *Flexibilidad normativa*. Se refiere a la formulación de las normas constitucionales y de las normas legales que son examinadas en el control de constitucionalidad. A este respecto, las normas pueden ser abiertas, cerradas o mixtas; las primeras son las que permiten mediación del

---

<sup>23</sup> En Chile, estructurado a partir de la región, la provincia y la comuna. Por su parte, en Colombia, municipios, departamentos, distritos, territorios indígenas, regiones y provincias (no todos implementados).

<sup>24</sup> En Chile, por ejemplo, Banco Central, Ministerio Público, Contraloría General de la República. En Colombia se habla, entre otras, del Banco de la República, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil, entes universitarios, corporaciones autónomas regionales, Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil.

legislador para su desarrollo, mientras las segundas son las que se bastan a sí mismas, sin necesidad de habilitar al legislador para su comprensión y cumplimiento, y las terceras son aquellas que, sin ser abiertas, habilitan al legislador para que actúe en un sentido determinado. Verbigracia, una norma abierta es aquella que encarga al legislador la regulación de cierto contenido de la norma constitucional; en cambio, una norma cerrada, en principio, no requiere la intervención legislativa, y las normas mixtas sólo permiten al legislador que actúe de la manera que las disposiciones de rango constitucional determinan.<sup>25</sup>

Además, las normas pueden tener una formulación negativa o positiva; las normas positivas son aquellas que ordenan hacer algo y pueden encontrarse tanto en las Constituciones como en la ley, mientras las normas negativas son de abstención, salvo que opere la doctrina de los poderes implícitos.<sup>26</sup>

Con razón, el profesor Pereira Menaut indica que existen Constituciones positivas y Constituciones negativas. Las primeras se refieren a que obligan a hacer algo a las personas, órganos, o grupos de la sociedad civil y el Estado. Las segundas ordenan una abstención o contienen normas de carácter negativo. Por ejemplo, no existe margen para la discrecionalidad legislativa que apoye una moción o mensaje de un proyecto de ley que permita aceptar la tortura o tratos inhumanos y degradantes en todos los ordenamientos jurídicos. También, la naturaleza de la materia regulada en la Constitución y en la ley delimita el grado de flexibilidad de las normas, como los derechos que por su naturaleza prohíben que el legislador altere su esencia.

A partir de las características de las normas, la flexibilidad normativa definirá el espacio de discrecionalidad del legislador y su margen para regular las materias que le competen. Sin embargo, la flexibilidad plantea el problema de identificar la intensidad en que el legislador puede cometer inconstitucionalidad, delimitando cuando aquél pueda incurrir en exceso

---

<sup>25</sup> Dicha clasificación guarda similitud con aquella que reconoce la existencia de cláusulas *self-executing* y *non self-executing*, del sistema norteamericano, y aquella que alude a preceptos autoejecutables y programáticos (meramente programáticos y programáticos fundamentales). Cfr: Fuentes-Contreras, 2010; Afonso da Silva, 2003; Fernández González, 2001.

<sup>26</sup> Por ejemplo, la doctrina de los poderes implícitos se manifiesta en el constitucionalismo norteamericano a propósito del contrapeso entre los poderes de los estados y el poder federal. Véase Dodds, 1919.



de poder.<sup>27</sup> Para resolver ese asunto, es necesario recordar que el fundamento de la flexibilidad normativa son las normas de rango constitucional como límite al poder. Ello porque éstas fijan el parámetro de lo que está permitido, prohibido u ordenado, y las competencias regladas y las discrecionales del legislador (Favoreau *et al.*, 2006).

Como es sabido, este tipo de normas poseen una naturaleza mixta que suponen la coexistencia de la justicia distributiva propia de la política y la justicia conmutativa propia del derecho. Así, es posible reconocer que el control de las materias meramente políticas es de diferente naturaleza que el de las absolutamente jurídicas. En consecuencia, la naturaleza de la Constitución admite ciertos ámbitos de flexibilidad normativa. Así, el juez constitucional debe realizar un escrutinio judicial diferenciado al momento de controlar la constitucionalidad de la ley; por lo tanto, cuando el asunto está vinculado con las normas de derechos humanos, aquéllos actúan como límite a la flexibilidad normativa por poseer, los derechos, una entidad propia más allá de las normas que los contengan y al tener un contenido mínimo.

En ese orden, la flexibilidad normativa supone que el juez constitucional controle que el margen sea proporcionado al contenido mínimo de los derechos. No obstante, el problema que surge es la determinación de qué sea el contenido mínimo en los derechos. Ello porque se ha manifestado que algunos derechos operarían como conceptos jurídicos indeterminados, en los que el juez debe “concretar” el contenido del mismo. Y, al tiempo, porque ha existido una proliferación de los derechos que se estiman fundamentales sin distinguir si se trata de una expectativa legítima o de un derecho propiamente tal (Ferrajoli, 2001).

En la problemática planteada recientemente influye la tradición constitucional que inspira cada carta fundamental, porque ésta afecta la interpretación de los márgenes de discrecionalidad de los poderes constituidos. Por ejemplo, una disposición positiva se encuentra en la tradición neoconstitucionalista de la Constitución portuguesa, que indica, en su artículo 65.4, que “[E]l Estado y las entidades locales autónomas ejercerán un control efectivo del parque de viviendas, procederán a la necesaria

---

<sup>27</sup> Debe recordarse que la “prohibición de exceso de poder”, que será base para el test del margen de apreciación proporcionado, tiene su origen en el derecho administrativo; sin embargo, tiene rasgos diferentes por la naturaleza del acto que se controla, tal como se presenta. Sobre el origen de la temática y su vínculo con la ley, véase Peredo Rojas, 2013.

nacionalización o municipalización de los suelos urbanos y definirán el derecho respectivo de utilización”; a modo de contrapunto, en la tradición angloamericana se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos una disposición negativa que señala, en su artículo 1o., que “[N]o será representante ninguna persona que no haya cumplido 25 años de edad y sido ciudadano de los Estados Unidos durante siete años, y que no sea habitante del Estado en el cual se le designe, al tiempo de la elección”.

Por último, es necesario precisar que las disposiciones negativas no otorgan mucho margen de apreciación al legislador. En cambio, las positivas lo inducen a hacer algo. Con todo, este elemento puede ser útil, pero insuficiente, porque en algunos sistemas constitucionales operan otras variables, como la doctrina de los poderes implícitos, el vicio del activismo judicial, etcétera. Por ello, este mecanismo se debe considerar en conjunto con los demás que se señalan a continuación.

2) *Competencia legislativa*. Es el elemento que surge desde la función legislativa propiamente tal. De esta suerte, la apreciación del legislador es variable según la intensidad de la competencia que ejerce, es decir, conforme al ámbito que le confiere la Constitución, que supone razonabilidad al hacer las leyes y en el control de aquéllas. De esta forma, la justificación del margen de apreciación del legislador no es sólo normativa, sino que también es funcional. Ello porque “[L]as decisiones legislativas son abiertas, de manera que casi nunca puede decirse que una ley con tal estructura y contenido es la única posible: el campo de las justificaciones está, pues, en este segundo caso, mucho más abierto, depende de cuestiones de oportunidad” (Atienza, 2007: 210).

En consonancia, la autorrestricción judicial opera como reconocimiento de la competencia del legislador y al principio de separación de funciones, que insta a los órganos a desempeñar ciertas facultades con un fin legítimo, que determina que el legislador posea distintos niveles de discrecionalidad en el cumplimiento de las normas constitucionales positivas o negativas. Junto con el principio de separación de funciones, la competencia legislativa surge desde el principio de juridicidad. Por consiguiente, la competencia es “el fundamento mismo de la existencia de un sujeto jurídico, y, por cierto, de un sujeto jurídico estatal” (Soto Kloss, 2010: 129), y se refiere al conjunto de potestades, deberes y limitaciones que posee el legislador. En conclusión, el margen de apreciación del legislador se identifica con la competencia derivada de la capa-

cidad de elección y discernimiento que los preceptos constitucionales le permiten.

3) *Derecho supralegal como limitación al margen*. El tercer elemento es el contenido supralegal de los derechos —incluyendo las disposiciones internacionales que hacen parte del rango constitucional—. Al respecto, tal como señala Bachof,

[E]l presupuesto de la obligatoriedad de la idea de justicia para el derecho y, todavía, la existencia de un consenso social acerca por lo menos de las ideas fundamentales de justicia. A pesar de la divergencia en los detalles, creo debe reconocerse un tal consenso: o respeto de la protección de la vida humana y de la dignidad del hombre, la prohibición de la degradación del hombre en un objeto, el derecho del libre desenvolvimiento de la personalidad, la exigencia de igualdad de tratamiento y la prohibición de arbitrio son postulados de justicia, de evidencia inmediata (1994: 2).

Precisamente, varias Constituciones reconocen en las normas positivas límites de carácter supralegal. Por ejemplo, en Alemania existe una cláusula de intangibilidad sobre la dignidad humana, que indica, en su artículo 1o:

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Asimismo, la cláusula de la Carta Magna inglesa,<sup>28</sup> que luego se convierte en la disposición constitucional del debido proceso de la Constitución norteamericana, mediante la enmienda V señala:

[N]adie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital u otro delito infame, si un Gran Jurado no lo denuncia o acusa, a excepción

<sup>28</sup> El numeral XX señala: “Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él; salvo las cosas que posee juntamente con el fundo que tiene; y si fuere comerciante, salvo su mercadería. Y un villano podrá ser multado de la misma manera, salvo su aparejo de carro, si cayere bajo nuestra clemencia; y ninguna de las dichas multas será adjudicada sino por el juramento de hombres buenos del vecindario (por un jurado)”.

de los casos que se presenten en las Fuerzas Terrestres o Navales, o en la Reserva Militar nacional cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de Guerra o peligro público; ni podrá persona alguna ser puesta dos veces en peligro grave por el mismo delito; ni será forzada a declarar en su propia contra en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Por su parte, la carta fundamental chilena reconoce expresamente el límite de carácter supralegal al margen de apreciación, ya que garantiza, en su artículo 5o., que “[E]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”, lo que reitera la Constitución de Colombia, cuando dispone en su artículo 5o. que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Por lo tanto, el derecho supralegal es un límite expreso a las potestades constitucionales reconocidas. En ese caso, el margen legislativo sólo puede promover y respetar los derechos sin que exista la posibilidad de una reforma *in peius*.

Los anteriores elementos demarcan así no sólo la actividad legislativa, sino el control constitucional que podría ejercer el juez ante el margen con el que cuenta el legislador, en concordancia con las normas constitucionales. Ahora, más allá de los elementos que definen dicho margen, su funcionalidad en cada caso requiere un proceso evaluativo, frente al cual se ha construido, como se presentará, un test del margen legislativo.

#### V. CONTROL DE PROPORCIONALIDAD LEGISLATIVA: EL TEST DEL MARGEN LEGISLATIVO PROPORCIONADO

Particularmente, el test del margen legislativo que se propone se compone de dos fases (Peredo Rojas, 2018: 173 y ss.): la primera supone el control de mera razonabilidad o de error manifiesto en la ley, y la segun-

da se refiere al control de proporcionalidad<sup>29</sup> en el margen de apreciación del legislador conforme al contenido mínimo de los derechos.

Ahora bien, las fases del test pueden operar de tres formas; esto es, separada, subsidiaria o conjuntamente. Ello porque en algunos casos bastará que el juez revise sólo la racionalidad del margen regulatorio, mientras que, en otros casos, es posible que el juez examine la proporcionalidad de la ley en relación con el contenido mínimo de un derecho. Al respecto, la primera modalidad es útil en materias de carácter eminentemente político. Sin embargo, el segundo modo puede utilizarse en materia de derechos conforme a los elementos que componen el margen de apreciación del legislador. Por ende, el juez constitucional debe revisar judicialmente la flexibilidad normativa constitucional, la deferencia por competencia y el contenido mínimo del derecho protegido por las normas constitucionales. Con todo, si el juez constitucional utiliza la primera modalidad, puede que aún tenga dudas de constitucionalidad en la ley. En ese caso, el juez podrá aplicar subsidiariamente la segunda modalidad o, también, puede aplicar ambas modalidades de control.

En este sentido, cabe explicar que la primera fase del test se refiere al control de razonabilidad del margen legislativo. Ese examen somete el proyecto de ley o precepto legal a un escrutinio básico, comparativo y político. Por consiguiente, el control recae sobre los errores abiertamente inconstitucionales del legislador, ya que el juez debe sólo constatar que el legislador actúa dentro del margen de su competencia. Así, la constitucionalidad de la norma legal puede ser judicialmente declarada sólo si existe un error manifiesto, patente, que excede la competencia legislativa. En suma, el juez constitucional subsume el proyecto o la ley a las normas constitucionales vigentes y aplicables al caso concreto.

---

<sup>29</sup> En relación con la proporcionalidad y el carácter de proporcionado que se ha empleado y se utilizará, se asume que “A estas alturas se comprenderá que a pesar de la amplia difusión de las tesis de Alexy, lo cierto es que la proporcionalidad no puede identificarse necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derechos. En esencia, el principio de proporcionalidad fue concebido más bien como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de derechos. En palabras de Aldunate, el fundamento «del principio de proporcionalidad se deriva de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa»” (Arnold *et al.*, 2012: 86).

Por su parte, la segunda fase del test de margen proporcionado supone que el juez debe identificar el contenido mínimo constitucional del derecho regulado por la ley. Por ende, la inconstitucionalidad se produce a través de medidas legislativas intrínsecamente contrarias a la Constitución, y otras de carácter desproporcionado, conforme al contenido constitucional mínimo del derecho. Por ejemplo, una acción intrínsecamente inconstitucional del legislador es una ley que permita apremios ilegítimos, ya que es abiertamente inconstitucional e ilegítima a primera vista. En definitiva, en esos supuestos es innecesario que el tribunal pese derechos. Lo anterior porque los derechos son bienes jurídicamente protegidos dotados de un contenido intrínseco constitucionalmente asegurado.

No obstante, existen acciones del legislador que, sin ser intrínsecamente injustas, ya que se encuentran dentro de su competencia, son desproporcionadas en consideración al bien jurídico protegido. En este caso, el juez constitucional debe juzgar la acción legislativa en virtud del efecto que produce. Por ende, la labor del juez es escrutar si la proporción supone exceso de poder legislativo o no. Con este objeto, el margen de apreciación del legislador debe encontrarse dentro de los parámetros fijados por la Constitución, ya que la proporción es relacional al contenido constitucional. Así, la proporcionalidad de la ley se determina por la flexibilidad normativa constitucional, por la manera en que el legislador ejerce su competencia y la suprallegalidad de los derechos que se reconocen en las normas constitucionales. Luego, el juez debe revisar si estos elementos del margen se han esgrimido dentro de lo dispuesto por la Constitución para determinar si existe error evidente o desproporcionado. En consecuencia, el juez efectúa el test de margen proporcionado con el objeto de controlar si la ley adolece de exceso de poder. A mayor abundamiento, el test del margen proporcionado contempla la argumentación del Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional chileno, 2010).

Por último, como se ha precisado, el test del margen legislativo proporcionado controla que el legislador asegure el contenido mínimo de los derechos. En efecto, ese contenido es un límite al margen de apreciación del legislador, ya que éste “debe cumplir con los siguientes requisitos: *a*) determinación y especificidad; *b*) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y *c*) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado” (Tribunal Constitucional chileno, 1993, 2010).

Ahora bien, más allá de las fases, el test del margen legislativo proporcionado se constituye por los siguientes pasos:

- 1) El juez debe dilucidar si el legislador ha cometido un error evidente o abiertamente contrario a los preceptos constitucionales. Por esto, el juez debe determinar la razonabilidad del legislador en el uso del margen. Para ello, la revisión judicial debe examinar si existe arbitrariedad en la ley, a partir de las competencias del legislador, subsumiendo el proyecto de ley o la ley a la carta fundamental.
- 2) Si la inconstitucionalidad por arbitrariedad de la ley no resulta patente a primera vista y, por lo tanto, el juez constitucional tiene dudas al respecto, puede aplicar el control del margen de apreciación del legislador proporcionado como prohibición de exceso de poder. Esta fase del test se fundamenta en el sentido originario de la proporcionalidad, incluyendo la regla de subsunción.<sup>30</sup> En ese sentido, el juez puede dilucidar si el legislador actúa o no dentro de su margen constitucional válido, recordando que el legislador no es constitucionalmente libre en el ejercicio de su competencia, ya discrecional en política, ya reglada y con esferas de discrecionalidad limitada en materia de derechos. De ahí que el juez constitucional puede confrontar directamente la legislación impugnada con el contenido mínimo del derecho reconocido constitucionalmente.
- 3) Por último, el juez debe resolver si el legislador afecta el contenido mínimo del derecho conforme a las normas vigentes en la materia. En relación con lo expresado, el juez debe considerar las normas que limitan el margen de apreciación del legislador en materia de derechos, debido a que el legislador no posee margen para afectar los derechos (Webber y Yowell, 2018; Bar-Simantov, 2020).

De este modo, el test tendría como finalidad última la protección del contenido supralegal de los derechos, ya que éstos sólo son absolutos en cuatro sentidos, tal como lo afirma el profesor Pereira Menaut. Así, en un

---

<sup>30</sup> Visión acogida, en Chile, por el voto disidente en la Sentencia Rol núm. 2673-14 del Tribunal Constitucional (2015).

primer momento, aun cuando los derechos pueden sufrir suspensiones o restricciones parciales, no son limitables sino por motivos excepcionalmente serios, y algunos —unos pocos— no podrían ser suspendidos nunca: ningún gobierno, ni siquiera democrático y legítimo, tiene derecho a legislar o seguir una política que atente contra ellos, y en caso de hacerlo, perdería parte de su legitimidad en la misma proporción en cuanto sean los derechos infringidos y la importancia de la infracción (2006: 257-258). Además, los derechos son absolutos porque

...lo protegido por ellos —vida, libertad de expresión— tiene un valor en sí, al que no quita ni añade nada intrínseco el hecho de ser o no reconocido por las leyes. No puede ser derogado por el legislador, por grande que sea la mayoría de los votos contrarios. No recibe su legitimidad de las normas positivas o instituciones políticas; al contrario, son las constituciones, las leyes y gobiernos los que reciben su legitimidad de los derechos (*ibidem*, 257-258).

En tercer lugar, cuentan con esa característica los derechos en razón de que “tampoco les quita ni añade nada intrínseco el ser o no reconocidos por las costumbres y la opinión dominante. Es importante notar esto porque los derechos están lejos de haber sido aceptados unánimemente” (*ibidem*, 259), y es que éstos existen más allá de las opiniones que con buena o mala argumentación surjan en contra o a favor de ellos. Finalmente, el cuarto sentido está sustentado porque “tienen un valor absoluto para el constitucionalismo. Son elementos inherentes, imprescindibles, esenciales a la propia idea de Constitución” (*idem*).

En definitiva, el control de constitucionalidad de la ley es un mecanismo de protección indirecta de los derechos. Por ello, si el juez constitucional pesa derechos, el amparo indirecto de éstos queda sin efecto, ya que sólo las normas constitucionales son el parámetro para el control de constitucionalidad (Peredo Rojas, 2021; Brito Melgarejo, 2021). En consonancia, los derechos también son inmunes frente al legislador cuando actúa para reformar la Constitución, es decir, como constituyente secundario, ya que limitan su margen de apreciación. A mayor abundamiento, este razonamiento es reconocido en la doctrina, ya que Nogueira ha dicho que “[U]na reforma constitucional que vulnere los derechos esenciales es una reforma que carece de validez jurídica por socavar las estructuras sustantivas o materiales de nuestro Estado constitucional, concretando expresamente la caída de la omnipotencia clásica del poder constituyente” (Nogueira, 2008: 91).



## VI. CONCLUSIONES

En razón de lo anteriormente expuesto, se entiende que la ley se valida sólo si resulta razonable y proporcionada en relación con su objeto de regulación. Por ende, no basta con el mero cumplimiento de las formalidades o atender a la distinción entre ley formal y ley material, sino que es necesario comprender que la recta razón de la ley está destinada al bien común de cualquier tipo de comunidad política. De modo tal que la juridicidad de ésta depende de su conformidad con los derechos esenciales prepolíticos del ser humano.

En esa perspectiva, se debe recordar que la ley es una garantía de protección de los derechos humanos y no una herramienta sólo política de ejecución de los poderes del Estado. Por ello, un test proporcionado que evalúa la legitimidad de una ley supone considerar si aquélla es conforme con el contenido esencial y prejurídico de los derechos. De manera que la regulación de un derecho no suponga impedir su ejercicio, o restringirlo de una forma tal que vulnere su contenido mínimo constitucionalmente protegido.

Por último, cada vez que se requiera revisar la regulación legal de un derecho, importa determinar si aquélla supone un error manifiesto o evidente que la torne irrazonable. Además, si aun ese primer aspecto no resulta del todo claro, se puede revisar si la legislación es idónea al fin perseguido, o adecuada, pero sin pesar un derecho en detrimento de otro, sino constando si la regulación es lícita conforme al contenido mínimo del derecho inalienable que debe ser protegido. Sin la regulación revisada desde la esencialidad, con una idea de juridicidad basada en la proporcionalidad como prohibición de exceso de poder, tendremos un mecanismo de protección basado en la subsunción, y no en la ponderación, respetuoso de la igual dignidad de todos los derechos universalmente reconocidos.

## VII. REFERENCIAS

AFONSO DA SILVA, J. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México: UNAM.

AITKEN, V. (2013). "An exposition of legislative quality and its relevance for effective development". *ProLaw Student Journal*. 2.

- ARÉVALO RAMÍREZ, W. y GARCÍA LÓPEZ, L. (2018). “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: teorías y casos de estudio”. *Ius et Praxis*. 24 (2).
- ARGÜELLO, L. (1998). *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*. 3a. ed. Buenos Aires: Astrea.
- ARNOLD, R. et al. (2012). “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*. 10 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003>.
- ATIENZA, M. (2005). “Reasoning and Legislation”. En WINTGENS, L.J. (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- ATIENZA, M. (2007). “Constitución y argumentación”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 24.
- BACHOF, O. (1994). *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina.
- BACHOF, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2011). “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process”. *Boston University Law Review*. 91 (6).
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2015). “Mending the Legislative Process – The Preliminaries”. *Theory and Practice of Legislation*. 3 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20508840.2015.1136118>.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2019). “El resurgimiento global de la jurisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica”. En OLIVER-LALANA, A. (ed.). *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAR-SIMAN-TOV, I. (2020). “Legislatures and Rights: Comment on Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation”. *Jerusalem Review of Legal Studies*. 21 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jrls/jlz025>.
- BERNAL PULIDO, C. (2006). “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 77.
- BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- BODIN, J. (1997). *Los seis libros de la República*. 3a. ed. Trad. de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos.
- BOGARÍN DÍAZ, J. (2001). “De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho”. *Derecho y Conocimiento*. 1.
- BRITO MELGAREJO, R. (2021). *Control jurisdiccional de constitucionalidad*. México: Tirant lo Blanch.
- CABO MARTIN, C. de (1994). “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”. *Jueces para la Democracia*. 23.
- CABO MARTIN, C. de (2000). *Sobre el concepto de la ley*. Madrid: Trotta.
- CAETANO, G. y SARLO, Ó. (coords.) (2010). *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*. Montevideo: PNUD.
- CALVO GARCÍA, M. (1986). “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”. *Doxa*. 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1986.3.08>.
- CALVO GARCÍA, M. (1986a). “Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 3.
- CAMPOS RAMOS, M. (2018). “Más normas, menos seguridad: el problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma”. *Vox Juris*. 1 (35). Disponible en: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1282/pdf9>.
- CAMPOS, G. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México: Cámara de Diputados.
- CAMPUZANO MONTOYA, I. (2016). *Técnica legislativa*. México: PRD.
- CARRILLO GARCÍA, Y. (2012). “Calidad de las leyes: algunos puntos críticos”. *Ratio Juris*. 7 (14).
- CASTRO-CAMERO, R. de (2010). “*Ius commune*: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 128.
- CELEMÍN CAICEDO, Y.A. (2016). “La importancia de los mecanismos de control del cumplimiento del trámite legislativo para el derecho constitucional”. En ELJACH PACHECO, G. et al. (comps.). *Procesos legisla-*

*tivos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos*. Bogotá, D.C.: Senado de la República de Colombia.

- CELEMÍN CAICEDO, Y.A. y FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2020). “Control y calidad de la ley. Análisis de los mecanismos de control de la calidad legislativa y su aplicación en Colombia”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 53 (158). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.158.15630>.
- CLAVERO, B. (1997). “Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de Constitución”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1.
- CONTRERAS, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*. 20 (2).
- CORMACAIN, R. (2017). “Legislation, legislative drafting and the rule of law”. *The Theory and Practice of Legislation*. 2 (5). Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20508840.2017.1394045>.
- COULANGES, F. (1982). *La ciudad antigua*. Trad. de Alberto Fano. México: EDAF.
- CRiado DE DIEGO, M. (2012). “Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa”. *Revista Derecho del Estado*. 28. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3180>.
- CRUZ RODRÍGUEZ, M. (2019). “Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 117. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.06>.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2003). “Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley”. *Derecho Privado y Constitución*. 17. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835575>.
- D’ORS, Á. (1973). *Estudios varios sobre el derecho en crisis*. Roma-Madrid: CSIC.
- D’ORS, Á. (1982). *Una introducción al estudio del derecho*. 5a. ed. Madrid: Rialp.
- DALY, P. (2012). *A theory of deference in Administrative Law. Basis, Application, and Scope*. Cambridge: University Press.

- DICEY, A.V. (1889). *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 3a. ed. London and New York: Maccmillan.
- DODDS, W.F. (1919). "Implied powers and Implied Limitations in Constitutional Law". *The Yale Law Journal*. 29 (2).
- ESPITIA GARZÓN, F. (2006). *Historia del derecho romano*. 2a. ed. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- ESTRADA-VÉLEZ, S. (2010). "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad". *Vniversitas*. 121. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>.
- EZQUIAGA, F.J. (1994). "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional". *Isonomía*. 1.
- FAVOREAU, L. *et al.* (2006). *Droit Constitutionnel*. París: Dalloz.
- FAVOREAU, L. (1994). "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa". En ARAGÓN REYES, M. *et al.* *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2004). "Un derecho sin espacios: derecho romano, *ius commune* y derecho común europeo". *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. 8.
- FERNÁNDEZ, M. (2001). "La fuerza normativa de la Constitución". *Revista de Derecho Público*. 63.
- FERRAJOLI, L. (2001). "Derechos fundamentales". En FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori*. Madrid: Trotta.
- FIGUEROA GUTARRA, E. (2017). "Tribunal Constitucional y *self restraint*". Ponencia presentada al XI Congreso de Derecho Constitucional, en la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima. 24 a 26 de agosto. Recuperado el 8 de abril de 2021 de <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2017/09/tribunal-constitucional-y-self-restraint-pdf.pdf>.
- FLORES, I.B. (2005). "The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism". En WINTGENS, L. J. (ed.). *The Theory and Practice of Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- FONDEVILA MARÓN, M. (2015). "Los límites a la reforma de la Constitución". *AFDUC*, 19.
- FORTSAKIS, T. (1987). *Conceptualisme et Empirisme en Droit Administratif Français*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

- FROMONT, M. (1995). “Le principe du proportionnalité”. *AJDA*.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2010). *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C.: Ibáñez y otro.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. (2018). *Legislación en sentido material*. Bogotá, D. C.: Ibáñez y otro.
- FUENTES-CONTRERAS, É.H. y CÁRDENAS-CONTRERAS, L.E. (2021). “Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 21. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15592>.
- GALDÁMEZ, L. (2012). “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”. *Revista Chilena de Derecho*. 39 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100008>.
- GALLEGOS MORENO, M. (2014). *Elaboración de leyes. Proyectos e iniciativas legislativas*. Zacatecas: Instituto de Investigaciones Legislativas.
- GALVÁN BAUTISTA, L. (2021). “La cláusula de apertura constitucional y su evolución en México”. *Enfoques Jurídicos*. 3. Disponible en: <https://doi.org/10.25009/ej.v0i3.2562>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2001). *Curso de derecho administrativo I*. 10a. ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GALLO, A. (1960). “Ius y derecho”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. 30.
- GARCÍA HERVÁS, M.D. (1999). “«Ius» y «Directum»: el derecho canónico como sistema de deberes”. *IUS CANONICUM*.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2016). “Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional”. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- GARCÍA ROCA, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA-HERNÁNDEZ, B. (2010). “La polisemia de ius, iuris («derecho», «aderezo») y la idea genuina («unión») del derecho romano”. *Revista de Estudios Latinos*. 10.

- GASCÓN ABELLÁN, M.F. (2006). “Calidad de las normas y técnica normativa”. *Revista Española de la Función Consultiva*. 6. Disponible en: <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n6.pdf>.
- GERARDS, J. (2011). “Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine”. *European Law Journal*. 17 (1).
- GODOY, O. (2001). “Representación y democracia”. *Revista de Ciencia Política*. XXI (2).
- GÓNGORA MERA, M.E. (2016). “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano”. En FIX FIERRO, H. et al. (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM.
- GROSSI, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2001). “Los parlamentos y el tiempo. El ejemplo inglés hasta la «Revolución Gloriosa»”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*. 36-37.
- HARRISON, J. (2018). “The Political Question Doctrines”. *American University Law Review*. 67. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol67/iss2/9>.
- HERVADA, J. (1992). *Lecciones propedeúticas de filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA.
- HIERRO, L. (2010). *La eficacia de las normas jurídicas*. México: Fontamara.
- HIGUERA JIMÉNEZ, D.M. (2018). “Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución”. *Opinión Jurídica*. 16 (32).
- HINESTROSA, F. (1973). *Derecho civil*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- HOBBS, T. (1995). *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza.
- INSIGNARES-CERA, S. y MOLINARES-HASSAN, V. (2012). “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana”. *Vniversitas*. 124. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj61-124.jica>.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. *Agenda Internacional*, XVII (28).

- KANT, Immanuel (1999). *En defensa de la Ilustración*. Trad. de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Barcelona: Alba.
- KRISTAN, A. (2013). “¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso legisprudencial”. GRÁNDEZ, P. y MORALES, F. (eds.). *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Lima: Palestra.
- LANDAU, D. (2011). “Political institutions and judicial role in comparative constitutional law”. *Revista Economía Institucional*. 13 (24).
- LAPORTA, F.J. (1999). “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. *Doxa*, 22.
- LOCKE, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Trad., introducción y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos.
- LOZADA, A. (2018). “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”. *Doxa*. 41.
- LUCERO PANTOJA, J. E. (2021). “El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa”. *Opinión Jurídica*. 20 (41). Disponible en: <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n41a2>.
- MACHADO CYRILLO DA SILVA, C. (2013). “La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones sudamericanas”. *Contextos*. 5.
- MACKAAY, E. (2018). “L’inflation normative”. *Lex Electronica*. 23. Disponible en: <https://www.lex-electronica.org/en/articles/volume-23/linflation-normative/>.
- MALAVASSI-CALVO, F. (2012). “La inflación jurídica”. *Acta Académica*. 50. Disponible en: <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/182>.
- MALDONADO SÁNCHEZ, A. (2019). *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- MANZANARES, H. (1970). “El régimen parlamentario en Europa Occidental”. *Estudios Políticos*. 171-172.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2013-2014). “Imperio de la ley”. *Eunomía*. 5.



- MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana”. *Estudios Socio-Jurídicos* 2 (1).
- MARTÍNEZ ESTAY, J.I. (2014). “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”. *Estudios Constitucionales*. 12 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100009>.
- MARTÍNEZ ESTAY, J.I. y ZUÑIGA URBINA, F. (2011). “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*. 9 (1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>.
- MARTÍNEZ, M.L. (2005). “El control de constitucionalidad del juez anglosajón: ¿por la razón, o por la fuerza?”. *Revista de Derecho*. 12 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.22199/S07189753.2005.0001.00006>.
- MAURER, H. (2011). *Derecho administrativo. Parte general*. Trad. coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons.
- MCGOLDRICK, D. (2016). “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”. *International and Comparative Law Quarterly*. 65 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000457>.
- MEDELLÍN, C. (1982). *Lecciones de derecho romano*. 4a. ed. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- MEDINA GUERRERO, M. (1998). “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*. 5.
- MOLINA BETANCUR, C.M. y SILVA ARROYAVE, S.O. (2020). “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 24 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>.
- MONTEALEGRE, E. (coord.) (2008). *La ponderación en el derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- MULHERN, J. P. (1989). “In defense of the political question doctrine”. *University of Pennsylvania Law Review*. 137.

- NINO, C.S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM.
- NOGUEIRA, H. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. T. I. Santiago: Librotecnia.
- NÚÑEZ DONALD, C. (2015). “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”. *Anuario de Derechos Humanos*. 11.
- NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA ALVARADO, P.A. (coords.) (2012). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: UNAM.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2014). “Dogmática jurídica”. *Eunomía*. 6.
- ORTA FLORES, S.B. (2017). *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano: estudio de causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- OSWALD, L.J. (2012). “The Role of Deference in Judicial Review of Public Use Determinations”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*. 39. Disponible en: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol39/iss2/2>.
- OTÁLORA LOZANO, G. (2018). “Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective”. *De Gruyter*. 12 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0021>.
- OTTO, I. de (2001). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- PACHECO GÓMEZ, M. (1993). “Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*. 20 (2-3).
- PASCUAL VIVES, F.J. (2013). “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. 29. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4992>
- PEREDO ROJAS, M. (2013). “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán”. *Estudios Constitucionales*. 11 (2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200003>.

- PEREDO ROJAS, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Santiago: Thomson Reuters.
- PEREDO ROJAS, M. (2021). “Los supuestos de teoría constitucional para el control constitucional de la ley”. En BRONFMAN VARGAS *et al.* *Política, derecho y Constitución. Estudio en homenaje al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (1990). “La Constitución británica, ¿es histórica o es historia?”. *Revista Chilena de Derecho*. 17 (3).
- PEREIRA MENAUT, A.C. (1992). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (2001). “Después de la soberanía”. *Revista de Derecho Político*. 50. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.50.2001.8806>.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (2006). *Teoría constitucional y otros escritos*. Santiago: LexisNexis.
- PÉREZ LASSERRE, D. (2020). “Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica”. *Revista de Derecho*. 27. Disponible en: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0006>.
- PÉREZ MARTÍN, A. (1999). “El *ius commune*: artificio de juristas”. En MONTAGUT, T. de (Edició a cura). *Història del pensament jurídic. Curs 1996-1997 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomás y Valiente*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- PÉREZ ROYO, J. (1998). *Las fuentes del derecho*. 4a. ed. Madrid: Tecnos.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (1998). “Una revisión de la soberanía del parlamento británico”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 54.
- PISARELLO, G. (2000). “Reseña bibliográfica del libro «El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos» de Javier Dorado Porrás”. *Cuestiones Constitucionales*. 2.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2012). “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. 82.
- QUINCHE RAMÍREZ, M.F. y RIVERA RUGELES, J.C. (2010). “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los

- derechos humanos”. *Vniversitas*. 59 (121). Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.cjpp>.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (2016). “Derecho y ley (relecturas desde el pensamiento de Alvaro D’Ors)”. *Persona y Derecho*. 75.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. (2007). *Un viaje por la historia del derecho*. Buenos Aires: Quorum.
- RANGEL ALVAREZ DOS SANTOS, F. y COUTINHO TELES, C.A. (2017). “O Estudo de Impacto Legislativo-Possibilidades e Controvérsias”. En WALMOTT BORGES, A. y BARBOSA RAMOS, P.R. (coords.). *Teoria constitucional*. Florianópolis: CONPEDI.
- REY CANTOR, E. (2021). “Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al derecho internacional”. *REIB*. 15 (1). Disponible en: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_15\\_2021\\_1/REIB\\_15\\_01\\_21\\_Art%C3%ADculo\\_4.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_15_2021_1/REIB_15_01_21_Art%C3%ADculo_4.pdf).
- RIKER, W.H. y WEINGAST, B.R. (1998). “Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures”. *Virginia Law Review*. 74 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1073147>.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C. (2016). “Alcance y límites del principio de proporcionalidad”. *Revista Chilena de Derecho*. 43 (1).
- RODRÍGUEZ MANZO, G. et al. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación et al.
- ROUSSEAU, J.J. (2011). *El contrato social o principios del derecho político*. Trad. de Mariano Moreno. Córdoba-Buenos Aires: Universidad Nacional de Córdoba-Universidad Nacional de General Sarmiento.
- SAAVEDRA, R. (2011). *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Abeledo Perrot.
- SAPAG, M.A. (2008). “El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Díkaion*. 22 (17).
- SCHAPIRO, R.A. (2000). “Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law”. *Cornell L*. 85. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol85/iss3/2>.
- SCHARPF, F. W. (1966). “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”. *The Yale Law Journal*. 75 (4).

- SILVA GARCÍA, F. y VILLEDA AYALA, A. (2011). “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 31.
- SILVA IRARRÁZAVAL, L.A. (2016). “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos”. *Estudios Constitucionales*. 14 (2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>.
- SMITH, T. (1906). *De republica anglorum*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SOTO, E. (2010). *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- SUULT-COCK, V. (2016). “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia”. *Vniversitas*. 133. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>.
- ŠULMANE, D. (2011). “Legislative Inflation-An analysis of the Phenomenon in Contemporary Legal Discourse”. *Baltic Journal of Law & Politics*. 2(4). Disponible en: <https://doi.org/10.2478/v10076-011-0013-4>.
- TAJADURA TEJADA, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- TOMAS DE AQUINO, S. (1993). *Suma de Teología. II*. Parte I-II. 2a. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1993-1994). “El «ius commune europaeum» de ayer y de hoy”. *Glossae*. 5-6.
- TUDELA ARANDA, J. (2000-2001). “Calidad y renovación del concepto de ley”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. 6-7. Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/776/672>.
- UGALDE CALDERÓN, F.V. (2010). “Órganos constitucionales autónomos”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 29.
- VALLE VIDELA, L. (2018). “Nueva visión de la relación entre fueros y fazañas del derecho territorial”. *Historia Instituciones Documentos*. 45.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1997). “«Ius» y «lex» según las definiciones de los «Magni Hispani»”. *Persona y Derecho*. 37.
- VANNEY, M.A. (2009). “Ius, Lex y derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”. *Persona y Derecho*. 61.

- VARELA SUANZES, J. (1998). “La soberanía en la doctrina británica (De Bracton a Dicey)”. *Fundamentos*. 1.
- VILLOTA CERNA, M.A. et al. (2015). *La ley y la técnica legislativa*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- WEBBER, G. y YOWELL, P. (2018). “Introduction: Securing Human Rights Through Legislation”. En WEBBER, G. *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108551069>.
- WINTENGS, L.J. (2006). “Legisprudence as a New Theory of Legislation”. *Ratio Juris*. 1 (19). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00315.x>.
- ZAPATA LARRAÍN, P. (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ZHU, G. (ed.) (2019). *Deference to the Administration in Judicial Review. Comparative Perspectives*. Cham: Springer.

### *Normativa citada*

- Bill of Rights (1689). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf>.
- Carta Magna (1215). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>.
- Constitución de la República de Chile (1980). Disponible en: [https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf).
- Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Constitución de Portugal (1976). Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitucion.pdf>.
- Constitución Política de Colombia (1991). Disponible en: [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2000). Sentencia C-1442/2000. Magistrada Ponente (E): Cristina Pardo Schlesinger. 25 de octubre de 2000.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2001). Sentencia C-1176/2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. 8 de noviembre de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002). Sentencia C-181/2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. 12 de marzo de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2011). Sentencia C-490/2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. 23 de junio de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2019). Sentencia C-357/2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 6 de agosto de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2019a). Sentencia C-536/2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 13 de noviembre de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2020). Sentencia C-034/2020. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. 5 de febrero de 2020.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Disponible en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf).
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949). Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (1998). Sentencia BVerfGE 99, 185, *Cienciología*. Sentencia de la Primera Sala. 10 de noviembre de 1998. 1BvR 1531/96.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (1993). Sentencia Rol núm. 167-93. 6 de abril de 1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2007). Sentencia Rol núm. 664-06. 30 de mayo de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2010). Sentencia Rol núm. 1365-09. 8 de abril de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2011). Sentencia Rol núm. 1881-10. 3 de noviembre de 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (2015). Sentencia Rol núm. 2673-14. 1o. de octubre de 2015.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El discurso del ámbito jurídico constitucional desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho

### *The discourse of the constitutional legal field from the perspective of the communicational theory of law*

Recepción: 29 de abril de 2021

Aceptación: 20 de agosto de 2021

Vladimir PITA SIMÓN\*

RESUMEN: El reconocimiento de la retórica como una dimensión esencial al fenómeno jurídico se corresponde con la concepción del derecho asumida por la teoría comunicacional del derecho, como texto de naturaleza regulativa o directiva que encuentra en el lenguaje de los juristas un medio de expresión universal. Es el ámbito jurídico constitucional el que brinda la oportunidad de esclarecer el proceso de construcción significativo del derecho desde instancias prenormativas del discurso constituyente hasta las normativas, características del discurso propiamente constitucional. La argumentación y la ideología se muestran como elementos fundamentales dentro de este proceso comunicativo del mundo jurídico, donde la retórica se convierte en un sustrato epistemológico que afecta la naturaleza misma del fenómeno constitucional.

ABSTRACT: *The recognition of rhetoric as an essential dimension to the legal phenomenon corresponds to the conception of Law assumed by the Communicational Theory of Law, as a text of a regulatory or directive nature that finds in the language of jurists a universal means of expression. It is the constitutional legal field that offers the opportunity to clarify the process of significant construction of the Law from the prenormative instances of the constituent discourse to the normative ones, characteristics of the properly constitutional discourse. Argumentation and ideology are shown as fundamental elements within this communicative process of the legal world, where rhetoric becomes an epistemological substrate that affects the very nature of the constitutional phenomenon.*

---

\* Doctor en ciencias jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2014. Profesor de filosofía del derecho e investigador en el Centro de Estudios sobre Cultura e Identidad (CECI) de la Universidad de Holguín, Cuba. ORCID: 0000-0002-7161-2958; [vladimirpita@gmail.com](mailto:vladimirpita@gmail.com).



**Palabras claves:** Teoría comunicacional del derecho, discurso constitucional, ámbito jurídico constitucional, retórica, ideología, argumentación.

**Keywords:** *Communicational theory of Law, constitutional speech, constitutional legal field, rhetoric, ideology, argumentation.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La dimensión retórica del ámbito jurídico constitucional.* III. *El discurso constituyente.* IV. *El discurso constitucional.* V. *Ideología y argumentación en el discurso del ámbito jurídico constitucional contemporáneo.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El giro lingüístico operado en la filosofía del siglo XX, y extendido al resto de las ciencias sociales, permitió hacer evidente el sustrato comunicacional de los más diversos fenómenos sociales, especialmente aquellos que logran su entificación en una dimensión eminentemente intersubjetiva. La filosofía fue alejándose progresivamente de ontologías sustancialistas, transitando hacia formas explicativas de las diversas mediaciones verificadas en los procesos comunicativos, a la par que su influencia en las ciencias sociales provocaba profundas transformaciones en los fundamentos epistemológicos de éstas. La potenciación del significado sobre la facticidad óptica como criterio de construcción de la realidad humana fue anclada en el uso del lenguaje desde su funcionalidad valorativa dentro de un horizonte hermenéutico (Cubo, 2019: 402-403).

El proceso de recepción de los nuevos paradigmas en el derecho fue más lento que en aquellas ciencias más cercanas a aspectos psicológicos, sociológicos o culturales de lo humano. El arraigo del formalismo, muchas veces expresado a través de un radical reduccionismo óptico normativo o logicista, ha encontrado diversas formas de evadir la necesaria renovación epistémica, manteniendo altas cuotas de hegemonía frente a las nuevas ideas donde una intersubjetividad autorreferencial construye dialógicamente los significados del mundo jurídico.

Una de las teorías jurídicas que ha favorecido la renovación del universo teórico del derecho en los últimos tiempos es la teoría comunicacio-

nal del derecho de Gregorio Robles.<sup>1</sup> Su apertura dialógica del fenómeno jurídico ha permitido la ponderación de la complejidad del derecho desde dimensiones antes desdeñadas, una de ellas, la retórica.<sup>2</sup>

## II. LA DIMENSIÓN RETÓRICA DEL ÁMBITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

La TCD asume la retórica como esencial para entender la dinámica de los diversos procesos comunicativos del fenómeno jurídico, con especial énfasis en la teoría de las decisiones jurídicas. Su punto de vista preponderantemente pragmático, sustentado en la prioridad brindada al lenguaje de los juristas, sitúa a la retórica en una posición de matriz primaria del fenómeno jurídico, dada la evidente finalidad presente en todas sus manifestaciones de lograr una persuasión de pretensiones universales mediante la fundamentación de sus decisiones.

La multidimensionalidad de los diversos ámbitos jurídicos es una de las características que permite a la TCD hacer evidente el papel de la retórica, el análisis del conjunto de procesos comunicativos que conforman su entramado relacional. Quizá sea el ámbito jurídico constitucional<sup>3</sup> el que evidencie con mayor transparencia la matriz discursiva del derecho. Su reconocimiento como el conjunto de procesos comunicativos que se despliegan en torno a la Constitución como texto ordinamental, que ordena en sentido global y en primera instancia el universo jurídico de un Estado nación, brindándole el cierre necesario para ser asumido como un orde-

---

<sup>1</sup> La teoría comunicacional del derecho, en adelante TCD, es creación del profesor Gregorio Robles (Bilbao, España), quien es doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1975) y académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid).

<sup>2</sup> Otras concepciones teóricas del derecho que se articulan desde el giro lingüístico total o parcialmente son la semiótica jurídica de Eric Landowsky, la crítica y narrativista del derecho de José Calvo, la teoría hermenéutica de Viola y Zaccaria, las paradigmáticas propuestas hechas desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, y la concepción del derecho como discurso prescriptivo de Norberto Bobbio, entre otras.

<sup>3</sup> El ámbito jurídico constitucional está constituido por el conjunto de procesos comunicativos que se despliegan a partir del texto ordinamental conocido como "Constitución", y que posee la cualidad de configurar a la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, en primera instancia, brindándole las pautas generales de organización, identidad y sentido global.

namiento coherente y sistemático, permite su abordaje desde un análisis textual y discursivo.

La preponderancia de la retórica en los procesos característicos del ámbito jurídico constitucional también se expresa en el enorme peso ideológico de sus contenidos discursivos,<sup>4</sup> dado el permanente esfuerzo argumentativo que le es característico en función de la permanencia de consensos, que se muestran endebles ante las más cambiantes circunstancias, y que sólo logran su estabilidad si se traducen en efectivas identidades políticas que sustancien los diferentes modos de concebir el mundo de las comunidades políticas, regularizando jurídicamente comportamientos como la más alta expresión de la racionalización de lo social.

Lo discursivo jurídico<sup>5</sup> debe ser asumido a partir de esta dimensión retórica del derecho constitucional como un conjunto de encadenamientos argumentados de contenidos dirigidos a la fundamentación de situaciones de trascendencia constitucional, enfocadas a la estructuración del poder público y a la reproducción del conjunto de sus variables estructurales y funcionales, convirtiéndose en un elemento estructurante por excelencia de las dinámicas del derecho público.

El enorme peso de lo político en lo constitucional permite, desde el análisis de su discurso, percibir el alcance del proceso de racionalización del conflicto social operado desde el derecho contemporáneo. El discurso del ámbito jurídico constitucional se convierte así en mediación fundamental para la concreción de los ambiciosos objetivos proyectados desde el mundo jurídico sobre el conjunto de la sociedad. Este discurso

---

<sup>4</sup> “Un discurso es un conjunto de frases hilvanadas de tal modo que éstas poseen un sentido dentro del todo que es el discurso, y éste es comprensible desde la conjunción de sus unidades lingüísticas (frases, proposiciones, sentencias en el sentido lingüístico, proferimientos, actos de lenguaje o actos comunicacionales, etc.). Hay discursos de muy diverso tipo: descriptivos, emotivos, prescriptivos, explicativos, predictivos, etc. Todo discurso conlleva, como hemos dicho antes, un componente retórico, explícito o implícito... ese componente retórico suele ir acompañado a su vez de una carga —más o menos intensa o poderosa— de argumentación. El aspecto argumentativo se da dentro del componente retórico del lenguaje, del discurso” (Robles, 2019: 91).

<sup>5</sup> “Denominamos «discurso jurídico» en sentido estricto a un acto o conjunto de actos comunicacionales realizado por un jurista, ya sea en forma oral o escrita, dirigido a un auditorio cualquiera (formado por juristas o no) y cuyo contenido es un mensaje o varios mensajes relacionados con un ordenamiento jurídico o con diversos ordenamientos jurídicos. En un sentido más amplio puede denominarse «discurso jurídico» a todo discurso que tenga que ver con el Derecho, independientemente de que quien lo dé sea o no jurista” (Robles, 2019: 43).

acompaña las pretensiones arquitectónicas del fenómeno constitucional, permitiendo el despliegue hacia el mundo jurídico de los contenidos sociales preponderantes en cada formación histórico-cultural concreta, favoreciendo la circulación de significados trascendentes dentro del conjunto de estructuras sociales. Los referidos a la reproducción del esquema básico del poder público se muestran como el núcleo de este proceso.

El ámbito jurídico constitucional aparece como uno de los más abarcan-tes y múltiples; su naturaleza primaria respecto a la totalidad del sistema jurídico brinda a las formas discursivas que lo sostienen, características singulares. La permanente expansión del ámbito jurídico constitucional hacia nuevas esferas de la realidad está sustentada en una lógica inflacionaria de lo público, lo que convierte en objetos retóricos a cada vez más elementos de disímiles naturalezas, los que son instrumentalizados a través de estas manifestaciones discursivas de lo constitucional.

Al estar el discurso del ámbito jurídico constitucional orientado primordialmente al proceso de institucionalización jurídica del poder político, toma como fuente primordial al texto ordinamental constitucional, para así respaldar eficazmente su pretensión cohesiva respecto al conjunto social. Esto le brinda caracteres que se encuentran a mitad de camino entre lo político y lo estrictamente jurídico, siempre enmarcado dentro de los límites impuestos por el constitucionalismo como matriz filosófica y teórica contemporánea, siendo una de las manifestaciones del derecho que mayor susceptibilidad posee respecto a los cambios culturales operados históricamente.

La preponderancia de los elementos jurídicos o políticos dentro de las modalidades del discurso constitucional están marcadas por la disyunción constituyente-constitutiva del fenómeno constitucional. El discurso constituyente y de la decisión constituyente es el característico del momento constituyente del ciclo constitucional, y es el que muestra una mayor presencia de características del discurso político. Por su parte, el discurso propiamente constitucional es aquel que está orientado a garantizar la reproducción del ámbito jurídico constitucional y se comporta como un discurso jurídico orientado a resolver los problemas de naturaleza constitucional, y manifiesta las características típicas de lo reconocido por algunos autores como discurso del derecho.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> El discurso del derecho, según Gilberto Giménez, "...tiene un carácter esencialmente normativo y manifiesta propiedades performativas, es decir, comporta en su misma

### III. EL DISCURSO CONSTITUYENTE

El discurso constituyente tiene como referencia la esfera del poder en un sentido prioritariamente programático, al estar orientado a la configuración de una situación de dominio de éste por parte de algún grupo o clase, siempre presentado como representante ideal de los intereses del conjunto de la sociedad. Al ser la modalidad discursiva que vehiculiza la lucha política dentro del proceso constituyente, fundante para la institucionalización de los modelos políticos específicos, hace que mantenga muchos de los rasgos del discurso político, pero que muestra ya en sus argumentos, elementos propios de la racionalidad jurídica característica del espacio público moderno. Es por esto que se concibe como un discurso típicamente prenormativo.

El discurso constituyente es una de las principales formas de expresión del poder constituyente, en tanto potestad y voluntad soberana, primaria y directa del pueblo de dictar la Constitución como texto contentivo de las normas supremas que estructuran la organización política y jurídica de la sociedad, además de garantizar las facultades, prerrogativas y derechos inherentes de los ciudadanos.

Es la tipología discursiva por excelencia en las asambleas constituyentes y en los procesos de reforma de la norma constitucional. Es predominantemente deliberativo<sup>7</sup> al estar orientado a lograr un acuerdo sobre el contenido y alcance del texto constitucional en el marco de la pluralidad y conflictividad características del proceso constituyente.

Para aprobar y promulgar una constitución democrática se precisa que antes se produzca un debate entre representantes de las diversas fuerzas políticas existentes en la sociedad, e incluso entre los medios de comunicación y también de los simples ciudadanos... El conjunto de actos comunicacionales que tienen lugar durante el proceso constituyente conforma el discurso o discursos pre-normativos, que en este caso serán pre-constitucionales (Robles, 2019: 115).

---

enunciación una virtud operativa intrínseca que instaura e impone modelos de comportamiento, produce realidades nuevas o modifica las situaciones existentes... no es meramente constatativo, descriptivo o valorativo, sino un discurso operativo, un discurso-acción” (Giménez, 1981: 71).

<sup>7</sup> Esto no excluye la presencia de otros géneros retóricos en el discurso constituyente, aunque el deliberativo siempre será el predominante.

Lo anterior determina la preponderancia en él de contenidos de naturaleza axiológica, que permiten la instauración de objetivos tenidos como valiosos para la convivencia social. Esta arista proyectiva, donde se fijan los valores constitutivos del conjunto de sujetos e instituciones del espacio político en función de fines explicitados, se ve atemperada por una arista estratégica orientada a la ponderación de los medios adecuados a su realización. La historicidad es una marca de esta tipología retórica constitucional, donde lo contextual sobredetermina la eficacia última del sistema de aparatos, mecanismos y procedimientos propios del ámbito jurídico constitucional.

La función argumentativa ocupa un lugar determinante en las dinámicas discursivas del ámbito jurídico constitucional, al permitir la esquematización del deber ser político-jurídico, brindando los elementos necesarios a la conformación del consenso sobre la base del despliegue retórico de los argumentos. Esta función facilita la reducción de los niveles de conflictividad política, lo que permite el despliegue del marco institucional propuesto y brinda los presupuestos iniciales para la consecución de la necesaria obediencia al poder.

Esta función argumentativa del discurso constituyente se despliega a partir de la intención propiamente retórica del sujeto enunciador de incidir en la situación política en que está inmerso, mediante la socialización de un esquema o modelo de la realidad de fuerte carga ideológica, buscando la adhesión de los receptores del mensaje. Marca especialmente su eficacia del discurso al permitir la conformación de una relación de corte hegemónico sobre la base del surgimiento de conductas y acciones solidarias en torno a los contenidos discursivos en cuestión, gracias a la socialización de las representaciones del mundo que subyacen en él. Para esto se debe partir del abordaje de un amplio espectro de temáticas relacionadas con el contexto del proceso constituyente, que condicionan los posicionamientos de los deliberantes y que son parte esencial del conjunto de argumentos esgrimidos.

La racionalidad de la argumentación del discurso constituyente se configura como modo o tipología de acción comunicativa que busca o construye una representación de la realidad que sea aceptada por el auditorio, lo que permite alcanzar las conclusiones admisibles, indispensables para el consenso (Vignaux, 1978: 82). Esta tipología de acción comunicativa específica busca formalizar en su cuerpo ciertas proposiciones, a través de

un proceso de generalización de las mismas, después de presentarlas como evidencias. Esto va más allá de la generación de adhesión intelectual, y desemboca en la incitación o la creación de una predisposición psicológica favorable, potencialmente eficaz a la práctica política y a la adhesión de las decisiones estratégicas que surjan del proceso.

Los mecanismos de identificación ideológica son fundamentales en este proceso para inducir la sensación de verosimilitud de los contenidos emitidos. A su vez, la constitucionalización de los contenidos ideológicos de las diversas tendencias políticas pasa un arduo proceso de objetivización dialógica gracias a lo intenso del debate constituyente. La hermenéutica está presente en todo este proceso dialéctico operado por los discursos constituyentes en el seno de la asamblea, y también más allá, en todo el entorno político que le rodea.

Es en el discurso constituyente donde se despliega de una manera más evidente la correlación entre el razonamiento (*logos*), los contenidos éticos (*ethos*), y los elementos emotivos del discurso (*pathos*). Estos elementos tradicionales de la retórica determinan su eficacia comunicativa en la medida en que se logra su armonización (Robles, 2019: 28-30).

Respecto al razonamiento en el discurso constituyente, es evidente la imposibilidad de seguir criterios apodícticos, y es inevitable de manejarse en el horizonte de la lógica práctica.

Las soluciones a un problema suelen ser varias. En ella nos situamos en el terreno de lo razonable... podemos hablar de una verdadera “lógica de lo razonable”, o bien de una “lógica práctica”... Este razonar con “razones humanas” no conduce a soluciones exactas, apodícticas y ciertas, sino que conduce a soluciones “razonables”. Lo razonable es lo aceptable, lo bueno, lo justo, lo adecuado a la situación... Esas razones o argumentaciones tienen peso diferente y dependen de la mentalidad del grupo social. Las razones o argumentaciones que prosperan son aquellas a las que el grupo o sus representantes llegan, aquellas sobre las que hay “acuerdo”. El acuerdo o consenso de los miembros del grupo determina la aceptabilidad de la solución propuesta (Robles, 2019: 28-29).

En el elemento ético tiene un peso primordial la moral positiva preponderante en la sociedad, la cual permite encontrar los puntos intermedios entre las posiciones éticas de los diferentes grupos de individuos que intervienen en el debate. Por su parte, el *pathos* es fundamental en el arte

retórico desplegado por los diversos oradores, y modula muchas veces la eficacia de los otros parámetros del discurso, en la búsqueda de aceptabilidad de los puntos de vista esgrimidos (Robles, 2019: 30-32).

La asunción de los discursos constituyentes como textos permite la comprensión de éstos como paso crítico fundamental para la adopción de la decisión constituyente, además de ser un eslabón clave en la conformación de las correlaciones de fuerza entre las posiciones políticas manifiestas que se encuentran en lucha. Este trasiego comunicativo y perpetuo proceso hermenéutico de construcción de significados se proyecta a todo el ciclo constitucional, donde el sentido aportado en el proceso constituyente posee un valor de referente legitimatorio y marco general de validez de las diversas decisiones constitucionales y políticas.

#### IV. EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

El discurso constitucional es una estructura enunciativa formal que organiza contenidos materiales, dentro de los cuales los normativos ocupan un lugar central, por lo que su carácter es eminentemente preceptivo, y sirve de medio de enunciación a todo orden jurídico y político.

El discurso constitucional es elaborado siempre en referencia a la norma constitucional, por lo que los procesos de interpretación de ésta se convierten en mediación indispensable para su articulación y análisis. Juega un papel fundamental en la construcción de la norma constitucional, al ser el encadenamiento de argumentos del mismo el que dota de sentido a este proceso hermenéutico que se despliega a partir del texto bruto que es la Constitución. Permite, a su vez, la articulación normativa del sistema jurídico desde los estratos profundos del conflicto social, a partir de la relación de continuidad y complementariedad existente entre el discurso constitucional, el conjunto de discursos sociales y el discurso político.

Todo lo que se genera en un ámbito jurídico adquiere carácter jurídico por su relación hermenéutica con el eje hermenéutico básico: ordenamiento-sistema. Esto nos lleva a la conclusión de que la retórica argumentativa se apoya en, y se mueve entre, los textos ordinamentales y sistémicos escritos. Por tanto, la argumentación jurídica necesita en todo momento referirse a los textos jurídicos escritos del ordenamiento y del sistema (Robles, 2019: 106).



El concebir como discurso constitucional a aquel que está orientado a garantizar la reproducción del ámbito jurídico constitucional y que se comporta como un discurso jurídico orientado a resolver los problemas de naturaleza constitucional, implica que en esta modalidad se puedan expresar otras tipologías discursivas jurídicas siempre que cumplan con este requisito esencial de que la *questio* esté enmarcada en el ámbito jurídico constitucional. Así es que podemos encontrar discursos constitucionales que expresen decisiones legislativas, de gobierno y de las administraciones públicas, típicos de la jurisdicción constitucional, especialmente los que expresan decisiones productoras de textos ordinamentales u otros.

Un caso singular es el discurso constitucional de naturaleza doctrinal, propio de los juristas teóricos generadores de sistema, tanto del didáctico-expositivo como del sistema jurídico estricto. El constitucionalismo es el contenido por excelencia de esta modalidad de discurso constitucional. Como una de las formas teóricas prototípicas de la modernidad, contiene en sus diversas configuraciones el conjunto de modelos posibles de lo público.<sup>8</sup> Actúa como un referente prenормativo inmediato en los procesos constituyentes, y como forma ideológica mediadora por excelencia entre el texto constitucional ordinamental y el conjunto de circunstancias de su aplicación (Robles, 2019: 43-44).

Cada expresión concreta del discurso constitucional es un momento en la construcción permanente de lo público a través de la reconstitución recurrente de la estructura del poder. La dinámica de circulación comunicativa de los insumos discursivos para el consenso social se muestra como un mecanismo que permite la funcionabilidad del conjunto institucional. En su base se encuentra la lógica argumentativa del lenguaje cotidiano, que se abre paso a través de la formalización del lenguaje de los profesionales del derecho, lo que permite dar cuenta de la complejidad de los elementos que refleja esta modalidad discursiva. Una muestra de esto es precisamente la creciente indeterminación semántica que afecta a los contenidos jurídicos en la medida en que se asciende en la jerarquía normativa, fenómeno que

---

<sup>8</sup> Su papel en la conformación de las identidades políticas modernas va a la par de su capacidad de virtualizar el proceso de estructuración del Estado-nación, y de brindar sustento legitimador a la proyección institucional del conjunto de comunidades políticas que lo acompañan. En el constitucionalismo se expresan de forma permanente la tensión del conflicto político, lo que se traduce en su naturaleza contradictoria y eventual, siendo cada una de sus manifestaciones concretas un momento transitorio de la correlación de fuerzas existente dentro del conjunto de actores políticos principales.

afecta especialmente al ámbito constitucional. Esto resalta la naturaleza retórica del mismo, al verse siempre determinado por el propósito de influir sobre el criterio colectivo respecto a la cualificación y resolución de circunstancias conflictivas, aunque mantenga una alta pretensión de logicidad formal.

Es en el discurso constitucional donde se expresa el momento de la decisión constitucional; en los de reforma y mutación de los contenidos constitucionales se verifica el cierre del proceso de construcción de sentido del fenómeno constitucional, que se inicia en el proceso de creación constituyente del texto ordinamental constitucional. Esta dialéctica de los contenidos discursivos es propia del ciclo general de racionalización de los diversos contenidos jurídicos y políticos en el derecho constitucional.

#### V. IDEOLOGÍA Y ARGUMENTACIÓN EN EL DISCURSO DEL ÁMBITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

La prioridad que alcanzan en la TCD las mediaciones comunicativas en el conjunto de procesos característicos de los diversos ámbitos jurídicos se confirma por el evidente contenido ideológico presente en las modalidades discursivas propias del ámbito jurídico constitucional, que a la vez se expresa en la alta carga argumentativa implícita en ellas.

...en el Derecho, las diversas modalidades discursivas poseen un fuerte componente retórico y, por tanto, argumentativo. Esta característica se ha acentuado en el Derecho contemporáneo. Si en el pasado una autoridad podía ordenar algo sin necesidad de razonarlo, hoy el mandato sin razonamiento explícito, el mandato sin más, no se admite en la generalidad de las situaciones. Hay, sin duda, excepciones, pero el supuesto normal es que quien emite un mandato ha de hacer explícitas las razones que lo avalan. Y lo mismo sucede con el discurso de quien acusa, o defiende, de quien ruega o solicita, de quien enjuicia y sentencia (Robles, 2019: 91).

La argumentación en el discurso del ámbito jurídico constitucional juega un papel fundamental en la comprensión, por parte del auditorio, del conjunto de propuestas discursivas a partir de la presentación de los argumentos mediante los cuales se esquematizan los datos y circunstancias de que se parte, siguiendo siempre una matriz ideológica, que en el caso

del discurso constitucional es la que se sostiene por los presupuestos presentes en el texto ordinamental constitucional o en el constitucionalismo imperante.<sup>9</sup>

Las actuales teorías de la argumentación se centran mayoritariamente en el contenido de las premisas argumentativas del discurso jurídico, moviéndose entre la descripción del proceso de enunciación y el estudio de las determinantes genéticas y situacionales del mismo. Ejemplo de lo anterior es la obra de Chaim Perelman, quien asume que la argumentación jurídica se dedica a persuadir a las audiencias de los procesos judiciales mediante un enfoque no formal de la retórica, donde se condicionan los criterios valorativos al conjunto de las relaciones sociales históricas (Perelman, 1989).

Otro ejemplo es Stephen Edelston Toulmin, quien explicó el proceso de argumentación jurídica desde el punto de vista lógico estructural del texto argumentativo, diferente al discurso, orientado al enfrentamiento de puntos de vista adversos (Toulmin, 2007).

En *La tópica jurídica*, por su parte, Theodor Viehweg se centró en el estudio de las reglas de la inferencia en el debate jurisdiccional y la dialéctica parlamentaria como técnica de justificación racionalizada de decisiones que han sido realizadas de forma irracional (Viehwieg, 1991).

El enfoque sobre la argumentación jurídica formulado por el profesor Gilberto Giménez parte de un posicionamiento crítico respecto a estas teorías, señalando la presencia de contenidos jurídicos en momentos prelegislativos, dando una importancia fundamental a las características del debate socio-político que le sirve de contexto (Giménez, 1981).

Gregorio Robles, en sintonía con lo que plantea Giménez, señala como límite de las teorías de la argumentación contemporáneas un desmedido afán logicista que desconoce la naturaleza retórica de los diversos procesos comunicacionales característicos del derecho.

---

<sup>9</sup> “Argumentar es dar razones, ofrecer en el discurso puntos de apoyo para que el auditorio se convenza de la «corrección» de lo que el hablante defiende o propone. Argumentar es razonar, y también fundamentar, justificar, y motivar... Argumentar es dar razones (argumentos) en favor o en contra de una opinión, de una doctrina, de una acción, de una decisión, etc. A nosotros, en el Derecho, nos interesa fundamentalmente la argumentación que concluye en una decisión. También en una acción, pero teniendo en cuenta que a la acción por lo general le precede una decisión, basta para nuestro propósito que nos centremos en la argumentación que conduce a la toma de decisiones” (Robles, 2019: 83-86).

La Lógica no se fija en el aspecto material sino en el aspecto formal del razonamiento. Por eso a la Lógica se la suele llamar también Lógica formal. La Argumentación, por el contrario, se fija en los aspectos materiales, de contenido, del lenguaje... La Argumentación no maneja fundamentalmente verdades, sino juicios de valor, apreciaciones, respecto de que una cosa es buena y otra mala, que es mejor aquello que esto. Sin duda, en la vida diaria nos manejamos con argumentos continuamente, así es y así debe ser. Otra cosa es que los argumentos sean o no convincentes. La argumentación trata de probar que lo que se dice al argumentar es “correcto”. Este “correcto” es, sin embargo, diferente al “correcto” de la Lógica. En la Argumentación se trata de un correcto material o valorativo. Los argumentos que se esgrimen tienen una fuerza mayor o menor, dependiendo de los contextos en que se usen (Robles, 2019: 87).

La argumentación en los procesos discursivos característicos del ámbito jurídico constitucional se muestra con frecuencia como un medio por el cual los individuos protegen sus creencias o propios intereses, por lo que su función ideológica se hace evidente. Esta estrategia argumentativa se preocupa principalmente de llegar a conclusiones partiendo de los argumentos esgrimidos en el debate y la negociación, donde el sujeto enunciator, con la intención de incidir sobre la situación en la que está inmerso, socializa el modelo normativo presente en el texto constitucional o subyacente en el constitucionalismo.

La aceptación de los argumentos de la estrategia argumentativa representa la adhesión del receptor a las opiniones del enunciator, que en ese momento se configuran en dominantes. Al aceptar un argumento, el receptor se solidariza también con su ideología latente, y con esto se logra la inferencia ideológica de una conclusión, y también de las representaciones del mundo que están en la raíz de esta inferencia.<sup>10</sup> La argumentación presente en el discurso del ámbito jurídico constitucional despliega una racionalidad del sentido común que permite llegar a conclusiones aceptables y, por ende, construir consensos por mediación de la adhesión a los contenidos enarbolados (Vignaux, 1978: 72).

---

<sup>10</sup> “Los contextos hermenéuticos afectan directamente a la actividad retórica y, por consiguiente, a la argumentación. Un orador sólo podrá convencer a su auditorio, o al menos a parte del mismo, si conoce bien la situación en la que se encuentran los componentes de dicho auditorio, así como el contexto en el que esos componentes están insertos” (Robles, 2019: 105).

... la diversidad argumentativa, que depende de espacios culturales, los cuales, a su vez, no son estáticos, sino que se transforman con el transcurso del tiempo. La argumentación está vinculada a los modos de pensar en la vida cotidiana. Todo el mundo argumenta. Para argumentar no se precisa haber estudiado Teoría de la Argumentación; ésta sirve, más que nada, para hacer consciente, a quien la estudia, de cómo argumenta la gente. La argumentación es una práctica social que, como toda práctica social, es producto de la mentalidad social o, por mejor decir, de las mentalidades que se dan en un momento determinado dentro de un grupo social (Robles, 2019: 97).

Las diversas estrategias discursivas presentes en el ámbito jurídico constitucional son expresión de la dinámica operada en las comunidades ideológicas, que se proyectan a través de los diversos aparatos ideológicos.<sup>11</sup> Son los valores compartidos los que permiten la conformación de sistemas de identificación colectivos que se encuentran en la base de la comunidad política. Los valores constitucionales se muestran como elementos fundamentales en este proceso de unificación de las diversas manifestaciones culturales en una cultura jurídica y política propia de la identidad nacional. Su eficacia se expresa en los grados de hegemonía y cohesión social.

Los valores constitucionales, además de diversas tradiciones y concepciones propias del constitucionalismo, funcionan como principios unificadores de las diferentes interpelaciones que se verifican en los discursos del ámbito jurídico constitucional. La existencia de reglas operativas, a la par de dispositivos mayormente estandarizados, permite el acuerdo de actuación dentro de la matriz ideológica que envuelve el marco del actuar constitucional. Es la habilidad de integrar discursivamente, con niveles crecientes de estructuración de estas interpelaciones y de elementos de diferente alcance y naturaleza, lo que señala un dominio de este marco operativo comunicacional como condición que afecta el logro de grados de hegemonía por cada uno de los actores en el ámbito jurídico constitucional.

Los discursos del ámbito jurídico constitucional participan de los tres modos fundamentales de interpelación ideológica, identificados por Göran Therbor, mediante los cuales se somete y cualifica a los sujetos:

---

<sup>11</sup> “En la actual sociedad los argumentos que tienen mayor fuerza —no argumentativa, sino social— son los que proceden de «lo políticamente correcto». Con esta expresión se alude a una ideología de contornos bastante bien definidos y cuya implantación social es evidente. En los distintos estratos sociales domina una mentalidad que imbuye todo tipo (o casi todo tipo) de argumentaciones” (Robles, 2019: 97-98).

1. Lo que existe o no existe (¿quiénes somos, qué es el mundo y cómo son la naturaleza, la sociedad, los hombres y las mujeres?). A través de este proceso se adquiere un sentido de identidad, y se construye una conciencia sobre lo que es verdadero y cierto, con lo que la visión del mundo queda estructurada. 2. Lo que es bueno (lo correcto, justo, hermoso, atractivo, agradable y todos sus contrarios). Esto permite la estructuración y normalización de los deseos. 3. Lo que es posible e imposible (la modelación del sentido de la mutabilidad de nuestro-ser-en-el-mundo y de las consecuencias del cambio). Esto es parte de la configuración de las esperanzas, ambiciones y temores humanos (Therbor, 2004: 25).

Estos discursos proyectan desde sus estrategias de argumentación estos tres modos de interpelación como elementos de las cadenas de significación del mensaje. Los elementos ideológicos son fundamentales en la fundamentación del orden constitucional y acompañan cada momento del desarrollo del ciclo constitucional.

En correspondencia con lo anterior, en el análisis del discurso del ámbito jurídico constitucional debe jugar un papel de gran importancia el principio nombrado por Gregorio Robles como “principio de relatividad” en el derecho, que señala las diferencias que caracterizan a cada ámbito jurídico específico teniendo en cuenta su dependencia al ordenamiento jurídico determinado y de las prácticas interpretativas y argumentativas vigentes en cada contexto, lo que está en consonancia con la dualidad hermenéutica ordenamiento-sistema.<sup>12</sup>

Una tarea insoslayable para el Derecho Comparado es precisamente la de desentrañar los caracteres comunes y las diferencias específicas existentes entre los diversos ámbitos jurídicos en todos los órdenes, y también en el

---

<sup>12</sup> El sistema jurídico es el texto global que “...refleja el ordenamiento de referencia pero al mismo tiempo lo completa y lo aclara mediante el método científico-jurídico o dogmático. Si en los procesos de comunicación del ordenamiento intervienen los operadores jurídicos de la más diversa especie, el sistema es obra de los juristas científicos o dogmáticos. La tarea de éstos consiste en presentar de manera sistemática, conceptualmente depurada y lo más completa posible la materia jurídica ordinamental. Ésta, por su propia índole, precisa para su cabal comprensión de un tratamiento interpretativo y sistematizador que permita presentar el ordenamiento en su forma más acabada y perfeccionada. Entre el ordenamiento y el sistema se produce un complejo de procesos comunicativos muy intensos, tanto más intensos cuanto más desarrollada se encuentre la dogmática en el país del que se trate y cuanto mayor sea el nivel de formación intelectual de los juristas prácticos” (Robles, 2009: 26).

asunto que nos ocupa: los rasgos comunes y las diferencias entre las técnicas interpretativas y las maneras de argumentar.

No sólo son diferentes los textos jurídicos que componen los distintos ordenamientos y, por tanto, los diferentes sistemas jurídicos que respectivamente los reflejan; también son diferentes los métodos de interpretación y de argumentación. Por este motivo, las teorías del método jurídico suelen adolecer de un cierto particularismo (Robles, 2019: 127).

Esclarecer las diversas estructuras y las dinámicas de construcción de sentido que se operan en el discurso del ámbito jurídico constitucional implica la consideración del peso de las ideologías dentro de las modalidades señaladas, es por eso que se deben tomar en cuenta las características del sistema de aparatos ideológicos y políticos que forman parte de la estructura y organización de este ámbito jurídico, marco institucional que sirve de referente contextual, y brinda inteligibilidad tanto al discurso constituyente como al constitucional.

Es la ciencia retórica la que brinda la oportunidad a la TCD de introducir una metodología que sistematice el conjunto de procedimientos y técnicas de la persuasión discursiva como finalidad comunicativa, especialmente con respecto a su dimensión formal en el plano lingüístico, semiótico y argumentativo, a la vez que dé cuenta del conjunto de determinaciones contextuales presentes en el ámbito jurídico constitucional.

## VI. REFERENCIAS

- CUBO MAYO, A. (2019). “El derecho como ciencia hermenéutica: la dimensión jurídica de la acción humana”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Núm. 25. Universidad de Extremadura.
- GIMÉNEZ, G. (1981). *Poder, Estado y discurso, perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. México: UNAM.
- PERELMAN, C. (1989). *La nueva retórica, tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.
- ROBLES, G. (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- ROBLES, G. (2019). *Retórica para juristas*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

THERBOR, G. (2004). *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Cuba: Editorial de Ciencias Sociales.

TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Península.

VIEHWIEG, T. (1991). *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa.

VIGNAUX, G. (1978). *La argumentación*. París: Librairie Droz.







Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## Retos de la justicia constitucional en México

### *Challenges of constitutional justice in Mexico*

*Recepción:* 6 de enero de 2021

*Aceptación:* 23 de junio de 2021

Enrique RABELL GARCÍA\*

**RESUMEN:** El nuevo sexenio en México ha puesto a prueba el equilibrio de poderes. La justicia constitucional ha cobrado relevancia frente al dominio de un nuevo gobierno hegemónico. Desde la perspectiva del constitucionalismo débil, se plantea si el Poder Judicial y, en particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuenta con las instituciones adecuadas para cumplir con una justicia constitucional genuina. La hipótesis señala que, aunque existen instituciones de importancia, hay limitaciones relevantes que impiden una justicia plena. El método sigue la clasificación de funciones adjetiva y sustantiva, analizando los alcances de los diversos fallos judiciales. Se demuestran las limitaciones que existen y se proponen las vías para ampliar la justicia constitucional.

**Palabras clave:** Derecho constitucional, justicia constitucional, derechos humanos.

**ABSTRACT:** *The new six-year term in Mexico has tested again the balance of power. Constitutional justice acquired relevance in the face of the domination of a new hegemonic government. From the perspective of weak constitutionalism, it is asked whether the Judiciary and, in particular, the Supreme Court of Justice of the Nation, has the appropriate institutions to comply with a genuine constitutional justice. The hypothesis points out that, although there are important institutions, there are important limitations that prevent full justice. The method follows the classification of adjective and substantive functions, analyzing the scope of the various judicial decisions. It demonstrates the limitations that exist and proposes ways to expand constitutional justice.*

**Keywords:** *Constitutional Law, Constitutional Justice, Human Rights.*

---

\* Ph. D. in Public Affairs, Indiana University. PTC y Líder del CA en Constitucionalismo y Poder Público en México, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro. SNI I, Conacyt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3659-5363>; [enrbellga@gmail.com](mailto:enrbellga@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Parte adjetiva*. III. *La justicia constitucional*. IV. *El ámbito internacional*. V. *Justicia y democracia*. VI. *Los juicios constitucionales*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

La nueva realidad política en México ha vuelto a poner en la agenda la importancia y los retos de la justicia constitucional como mecanismo de equilibrio entre los poderes públicos, donde un partido, nuevamente, domina en forma hegemónica. Es así que el presente estudio tiene el objetivo de analizar la situación actual en materia de justicia constitucional, la administración judicial, así como los retos que enfrenta, mediante el estudio particular del Poder Judicial de la Federación.

Los antecedentes históricos de la justicia constitucional en México han sido destacados en el constitucionalismo. En el siglo XIX sobresale la incorporación del juicio de amparo en la Constitución de 1857, así como las épocas de José María Iglesias (1873) e Ignacio Luis Vallarta (1877) al frente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Molina y Cárdenas, 2007: 542-550). Posteriormente, la Constitución de 1917 incorpora los derechos sociales al ámbito de la ley fundamental. Además de los grandes avances en materia de amparo, así como su jurisprudencia, es hasta la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 que se da un gran paso para que la SCJN adquiriera el carácter de tribunal constitucional mediante la incorporación de los juicios de controversia constitucional y de inconstitucionalidad de las leyes. Asimismo, se modificó la integración del número de ministros de la Corte; se estableció el Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial Federal, y se reformaron el Ministerio Público y el Sistema Nacional de Seguridad (Carpizo, 1995: 808).

De gran trascendencia es la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en la cual se modificó el sistema penal escrito tradicional por el de juicio acusatorio adversarial, y se otorgó mayor énfasis a la protección de la víctima, la reparación del daño y la oralidad en los procedimientos y juicios. Se origina con ello la transformación de las procuradurías de justicia federal y estatales en fiscalías especializadas, así como la transformación de los juicios y juzgados penales. Y, por su enorme repercu-

sión al sistema constitucional y jurídico, la reforma del 10 de junio del 2011, en la cual se modificó el artículo 1o. de la Constitución, para reconocer los derechos humanos de ámbito nacional e internacional, siendo obligatoria para todas las autoridades su aplicación en forma directa.

A pesar de dichos avances, surgen como interrogantes si en la actualidad existen las normas e instituciones adecuadas, así como su aplicación efectiva, que permitan al Poder Judicial de la Federación desarrollar su tarea de impartición de justicia de acuerdo con las circunstancias políticas, económicas y sociales de estos días. Al efecto, la hipótesis del trabajo señala que existen ciertas instituciones, esto es, el alcance de la justicia constitucional por diversos mecanismos, que todavía limitan una función de control constitucional con mayor eficiencia y alcance.

En razón de la naturaleza del trabajo, que consiste en revisar el modelo de justicia y administración judicial desde lo teórico y empírico, uno de los principales retos del estudio consiste en el soporte teórico. Esto debido a que las distintas visiones teóricas clásicas abarcan desde aspectos de legitimidad de la justicia constitucional, en las cuales existe la tensión entre el concepto de supremacía constitucional y democracia, hasta las que se basan en las clasificaciones tradicionales de justicia basados en el poder u órgano encargado de la justicia, el proceso respectivo, el alcance de los fallos, la discrecionalidad o no en la tarea de interpretación, entre otras. Por lo tanto, y dado el propósito del ensayo, se utiliza inicialmente el marco teórico sobre el concepto clásico de Constitución rígida y, para efecto de los análisis y las conclusiones, se introducen las bases del tema de la legitimidad de la justicia constitucional, apoyándose en el concepto de “constitucionalismo débil” (Lopera, 2001: 254). Esto en razón de considerarse que debe existir al menos un coto o zona de derechos restringidos frente a las autoridades o congreso, ya que aunque existen opiniones respetables de que dicho congreso no debería tener límites (por ser la máxima expresión de soberanía popular), en las circunstancias políticas, económicas y culturales de muchos países en vías de desarrollo, la soberanía sin límites, se ha visto, es un conducto a la demagogia o autoritarismo.

Por lo tanto, se propone analizar las formas de justicia constitucional, considerando inicialmente las clasificaciones tradicionales a efecto de ubicar el modelo que sigue México, para proceder con el análisis clásico de funciones adjetivas, que corresponde a la parte orgánica y administrativa del Poder Judicial, la parte sustantiva, que cubre las competencias de este

Poder y los alcances de sus resoluciones, para llegar en las conclusiones a razonamientos integrales que busquen no sólo apreciar la situación actual, sino que permitan hacer propuestas que inciten a la reflexión para reforzar la justicia constitucional.

De esta forma, el ensayo se divide en la parte adjetiva, sustantiva y conclusiones. En la parte adjetiva, apartado segundo, se analiza la estructura orgánica del Poder Judicial, la independencia de los jueces y la eficiencia administrativa. La parte sustantiva, tercera, se integra por los apartados sobre justicia constitucional y el relativo al juicio de amparo y su alcance; la cuarta, sobre la dimensión internacional de la justicia en México; justicia y democracia es la quinta parte, relativa a la justicia electoral; la sexta, sobre los juicios constitucionales de la Suprema Corte, y la séptima sobre las conclusiones, donde se aprecian los avances y retos.

## II. PARTE ADJETIVA

### 1. *Estructura y administración del Poder Judicial Federal*

La Constitución establece que el Poder Judicial de la Federación se compone por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada por once ministros, y que labora en Pleno y en dos salas; un Tribunal Federal Electoral (integrado por una Sala Superior, con siete magistrados; cinco salas regionales, y una sala regional especializada, éstas con tres magistrados); tribunales colegiados de circuito, compuestos por tres magistrados, y tribunales de apelación, también con tres magistrados (antes unitarios de circuito), así como por juzgados de distrito, con un juez para cada juzgado. Aunque ésta es la estructura formal, con las recientes reformas penales se agregaron los “centros de justicia penal federal”, que son juzgados de distrito especializados en materia penal. Asimismo, se incluyen los “centros auxiliares”, que en realidad es un conjunto de juzgados de distrito, unitarios y colegiados (en distinto número según el caso), que tienen en común estar en una misma instalación física, y que su estadística y administración se lleva aparte de los demás. Asimismo, se agregan el Consejo de la Judicatura Federal y diversas dependencias auxiliares.

En relación con la administración del Poder Judicial de la Federación, le corresponde esta responsabilidad al Consejo de la Judicatura, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Consejo es un

órgano especializado del Poder Judicial que está representado por siete magistrados. Además del presidente de la Corte, tres consejeros son designados por el Pleno de la Corte de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos consejeros designados por el Senado, y uno por el presidente de la República. Todos los consejeros, a excepción del presidente, van a durar cinco años en su cargo y serán sustituidos de manera escalonada. El Consejo funciona en Pleno o en comisiones. Entre sus funciones destaca el nombramiento de todos los magistrados, jueces y servidores de este Poder, llevar la carrera judicial, lo relativo al presupuesto y su observancia, así como aspectos disciplinarios. En relación con el Tribunal Federal Electoral, al Consejo de la Judicatura le corresponde nombrar a los consejeros que formarán parte de la Comisión de Administración de este Tribunal. La administración de la SCJN corresponde al presidente de la Corte, quien tiene facultades disciplinarias; sin embargo, la única forma de remover a los ministros es a través de juicio político ante Congreso de la Unión, como mecanismo para fortalecer su independencia.

## *2. Independencia de los jueces*

Uno de los puntos torales para tener justicia y legitimidad en las resoluciones judiciales consiste en la independencia de los jueces, que consiste en diversos temas, como el nombramiento, emolumentos, carrera judicial y similares. En cuanto al nombramiento de la SCJN, el artículo 96 de nuestra carta magna señala que, para nombrar a los ministros de la Corte, el presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resuelve en ese plazo, ocupará el cargo de ministro la persona que en esa terna designe el presidente. En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna, el Ejecutivo someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que, dentro de dicha terna, designe el presidente.

En cuanto al Tribunal Electoral, la forma de designación de los magistrados de la Sala Superior y de las salas regionales corresponde al Senado, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, a

propuesta de la SCJN. Su duración es por nueve años en su cargo, y los magistrados deben cumplir los requisitos que establece la ley, los cuales no podrán ser menores a los de los ministros de la Suprema Corte. Respecto a los tribunales colegiados de circuito, unitarios de circuito, así como los juzgados de distrito, el nombramiento corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, donde se aplican las reglas de la carrera judicial profesional. Se aprecia una legitimidad importante al participar en forma activa los tres poderes en el nombramiento de los ministros de la Corte y el Tribunal Electoral.

Sin embargo, existe un debate acentuado en este tema, desde posiciones que señalan una máxima autonomía hasta el extremo de una democratización completa (vía electoral). Por ejemplo, Eliseo Aja (1998) hace referencia a la autonomía que debería existir y que se ve trastocada en razón de que el presidente es el único que presenta las ternas al Senado para la elección de los ministros de la Corte. Señala que desde que existe mayor democracia, en la práctica existe un sistema de cuotas o reparto de designación de funcionarios con base en la proporción aproximada de los partidos políticos en el Congreso. En otro sentido, el senador Manuel Barlett Díaz (2015) menciona la importancia de que sea vía electoral.

En particular, Jorge Carpizo (2008: 28) recopila diversas opiniones que presentan puntos intermedios entre las propuestas radicales, siendo éstas las siguientes:

- 1) Héctor Fix Zamudio opina que la designación continúe como facultad del presidente, pero haciendo que éste elija de ternas que le presenten los colegios de abogados, los miembros del Poder Judicial y las facultades y escuelas de derecho de la República.
- 2) Fernando Flores García piensa en la carrera judicial. Pero para los ministros de la Suprema Corte y altos magistrados, un jurado calificador podría examinar los méritos de los candidatos a esos cargos y fungir como asesor del presidente para que éste realice la designación.
- 3) Ignacio Burgoa considera que el secretario de gobernación debería solicitar a las agrupaciones profesionales de abogados, legalmente constituidas y registradas, la formulación de una lista que contenga los nombres de los juristas que consideran pueden ser nombrados ministros. Las listas se harían llegar al presidente para

que designe a quien considere prudente, pero dentro de esas listas, sometiéndolo a la consideración del Senado.

El debate entre mayor autonomía o mayor democracia por sí solo justifica un estudio aparte. Basta señalar en los extremos que una mayor democracia al Poder Judicial Federal equivale a trasladar los problemas que se están dando o existen hoy en día en la democracia al seno del Poder Judicial, y una autonomía absoluta corre el riesgo de crear una institución rígida con todos los problemas que de ello se derivan.

En cuanto al perfil de los ministros, Enrique Carpizo (2007: 186-188) señala que Pérez Tremps opina que los jueces constitucionales no son ni pueden ser seres políticamente asépticos; por el contrario, tienen que ser capaces de reflejar las diversas sensibilidades de la sociedad en la que se enmarcan porque sólo así su labor de interpretación constitucional será realmente útil y eficaz. Pero una cosa es el juez ideologizado y otra el juez sometido a la disciplina de tal o cual partido; el primero puede y debe seguir siendo independiente; el segundo, no.

Otro elemento clave es la temporalidad en la designación de las personas. Una renovación total (el caso, por ejemplo, de Ecuador) supone abrir largos periodos en los que todo el tribunal está “pendiente” de su renovación, con la natural disminución del ritmo de trabajo. Además, si la nueva designación trae un tribunal sin elementos personales de continuidad, dificultará el mantenimiento de líneas estables de jurisprudencia. Por lo tanto, parece preferible el sistema de renovaciones parciales, que además de fortalecer la independencia del órgano, favorece su estabilidad jurisprudencial; esta última es la situación en México.

La independencia también se consigue por medio de asegurar los emolumentos de los integrantes del Poder Judicial Federal. Al respecto, la Constitución, en su artículo 94, párrafo XIII, señala en forma textual: “La remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de circuito, los jueces de distrito y los consejeros de la Judicatura Federal, así como los magistrados electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo”. Es un aspecto de gran importancia y que ha servido para defender a estos integrantes del Poder Judicial de los intentos del partido en el poder por disminuir sus sueldos al inicio del presente sexenio presidencial. Además, el párrafo XIV, del mismo artículo, garantiza a los ministros de la Suprema Corte de Justicia que “al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro”. Además de estos asuntos

torales, varios tratadistas insisten en que la legitimidad de una Corte se gana por su congruencia y resolución de casos para aquellos grupos con mayores problemas (Carpizo, 2008: 28).

### 3. *Eficiencia administrativa del Poder Judicial de la Federación*

El estudio de los resultados administrativos del Poder Judicial sirve para conocer el estado de la justicia y los retos que existen. El Informe Anual de Labores de la SCJN (2019a), y las estadísticas del Consejo de la Judicatura (2020) se utilizan como soporte principal. En particular, la SCJN resolvió 7,025 asuntos: 429 en el Pleno, 3,161 en la Primera Sala y 3,435 en la Segunda Sala. En 2019 se recibieron 18,814 asuntos; esto representa que la Corte sólo pudo desahogar el 37% de casos aproximadamente.

#### INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS. ASUNTOS RESUELTOS 2019

<i>Asunto</i>	<i>Pleno</i>	<i>1a.</i>	<i>2a.</i>	<i>Total</i>
Recursos de reclamación	2	1,414	1,444	2,860
Amparos directos en revisión	2	734	519	1,255
Amparos en revisión	4	241	333	578
Contradicciones de tesis	36	172	242	450
Conflictos competenciales	0	95	295	390
Controversias constitucionales	114	107	76	297
Acciones de inconstitucionalidad	134	11	4	149
Amparos directos	0	9	18	27
<i>Total de asuntos</i>	<i>429</i>	<i>3,161</i>	<i>3,435</i>	<i>7,025</i>

FUENTE: SCJN (2019: XCVII).

NOTA: no aparecen todos los asuntos.

En cuanto al tipo de asuntos, por acciones de inconstitucionalidad y controversias se recibieron 510 (144 y 366, respectivamente) y fueron resueltos 346 (149 y 297, respectivamente), teniendo un 67% de cumplimiento desde esta perspectiva. En materia de amparo, se recibieron 9,289 amparos



directos en revisión, 1,154 amparos en revisión, 37 amparos directos y 13 apelaciones (10,493 en total). En cuanto a los asuntos resueltos, fueron 1,255 amparos directos en revisión, 578 amparos en revisión, 450 de contradicción de tesis y 2,860 sobre recurso de reclamación (5,143 en total). Aun agregando a esta última lista los conflictos de competencia resueltos (390), se aprecia también un rezago importante en cuanto a las labores en materia de amparo, ya que se cumple con la mitad en forma aproximada.

Por lo que se puede apreciar, es el amparo el tipo de asunto que más ventila la SCJN. El Pleno tiene mayor carga en los juicios constitucionales, y las salas tienen una carga de trabajo tanto en amparo como en juicios constitucionales.

#### 4. *Tribunales colegiados de circuito*

Los tribunales colegiados de circuito resuelven amparos directos y sus recursos. En relación con los amparos directos, éstos son tanto sobre juicios ordinarios federales como juicios definitivos en las entidades federativas. En forma lamentable, la estadística no distingue entre ambos casos. Los colegiados en el año estadístico 2019 (PJF, 2020) recibieron 442,224 asuntos y resolvieron 446,620. Sin embargo, al desglosar la estadística se encuentran como asuntos no resueltos la cifra de 84,536, representando el 19% aproximado de asuntos. Destaca la materia laboral con más asuntos (84,299 de ingreso), después la civil (59,405), la administrativa (42,711), y al final la penal (12,814).

Por lo que se refiere al recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en juzgados de distrito, tribunales unitarios o superior del tribunal responsable, también ocupan una carga importante. Ingresaron 60,124 en 2019, egresaron 59,514 y quedaron en existencia 9,667. Del total de 45,648 sentencias impugnadas, en el 62% aproximado de casos se confirma que el trabajo de los tribunales inferiores fue correcto.

El recurso de queja procede contra diversos actos de juzgados de distrito y otros tribunales. En esta ocasión, el 16% de casos quedaron sin resolver. Destacan 25,764 recursos infundados, demostrando que el 42% de las quejas no procedieron.

La *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (GSJF, 2018a: 2316) reproduce en la Tesis III.5o.A. que “por su parte, el recurso de revisión fiscal previsto en los artículos 104, fracción III, constitucional y

63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, es un medio extraordinario de defensa, cuyo objeto es el control de la legalidad de las resoluciones emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa”. En este caso, los egresos en 28,434 fueron mayores a los ingresos de 25,699. Los recursos confirmados fueron aproximadamente el 36% de casos, siendo un porcentaje muy bajo para la eficiencia del Tribunal Administrativo.

### 5. *Tribunales unitarios de circuito*

Los tribunales unitarios de circuito, que ahora son tribunales de apelación, tienen la importante misión de revisar en última instancia los amparos indirectos frente a los actos no definitivos de juicios federales y de entidades y ejecutivas, además de revisar en segunda instancia los procesos federales ordinarios iniciados en juzgados de distrito y otras instancias de justicia federal. También resuelven los recursos de apelación, queja, conflictos de competencia y acumulación.

En cuanto al rendimiento global, los tribunales unitarios de circuito, durante 2019, recibieron 29,971 asuntos y resolvieron 30,648. En amparo indirecto ingresaron 4,790 expedientes, quedando 746 en rezago. De ellos, 1,643 fueron en el sentido de no amparar; por lo tanto, en el 34% de los casos, las autoridades recurridas por la vía de amparo estuvieron en lo correcto, representando un nivel muy bajo para dichas autoridades. En revisión de juicios ordinarios federales, en materia penal, respecto a los juicios en forma escrita, se recibieron 17,268 y se resolvieron 18,220, quedando 1,641 por resolver. En materia administrativa y civil, el ingreso anual fue de 7,351; se resolvieron 7,294 expedientes y quedaron 1,078 en existencia.

### 6. *Juzgados de distrito*

Los juzgados de distrito destacan por ser la primera instancia de revisión del amparo indirecto contra autoridades estatales y municipales, así como primera instancia en juicios del orden federal. En cuanto al rendimiento global, los juzgados recibieron 632,356 asuntos y resolvieron 630,209. Los amparos indirectos son su mayor carga de trabajo. Ingresaron 547,219 casos, egresaron 563,534, y quedaron en existencia final

92,492 expedientes (16% aproximado). Destaca que en 35,843 casos no se concedió el amparo, lo cual equivale a que en 6.5% de los casos, las autoridades impugnadas emitieron el acto conforme a derecho, y en el resto, la sentencia de amparo indirecto modificó el acto original. Esto denota un problema grave de “justicia” respecto a los niveles inferiores. De estos amparos, 128,619 fueron en materia penal; 173,725, administrativa; 103,646, civil, y 141,229 en materia de trabajo.

En cuanto a los juicios penales, ingresaron 320 casos nuevos, 1,588 fueron casos resueltos y en existencia quedaron 4,768. Estos son los últimos, ya que los nuevos juicios de amparo se ventilan en nuevos juzgados especializados. En materia administrativa, los ingresos fueron 111, egresaron 133 y quedaron 66 en existencia. Y en materia civil la existencia inicial fue de 18,255 e ingresaron 46,671. Los egresos fueron 48,816 y quedaron en existencia 18,721.

### *7. Centros de justicia penal federal*

Los centros de justicia penal son los órganos jurisdiccionales creados como consecuencia de la reforma constitucional para llevar los juicios orales adversariales, en los cuales hay diversos jueces de distrito, según la etapa procedimental. Respecto de 2019, estos nuevos juzgados llegaron a 41 centros de justicia, los cuales recibieron 52,930 asuntos; se resolvieron 26,042 (49.2% de efectividad) y quedaron en existencia final 39,278. Lo que demuestra que la “oralidad” por sí sola no va a resolver el problema de eficiencia, ni va a resultar en un mejor sistema penal en este sentido.

Sobresale que 2,715 casos fueron condenatorios, esto es, 59% de los casos resueltos terminaron en condena. Además, se aprecia que el dato de casos por solución de algún medio alternativo y que no llegan a sentencia fue de 267. Un número bajo que demuestra la poca práctica o fracaso por la gravedad de los delitos a tratar.

### *8. Centros auxiliares*

En la actualidad, existen 11 centros auxiliares, que ayudan a atenuar la carga de trabajo de 763 órganos federales. Estos centros se integran, dependiendo del caso, por una variedad de juzgados de distrito, así como

por tribunales colegiados e unitarios de circuito. Sus resultados siguen las mismas tendencias ya anotadas de los tribunales ya citados, por lo que este tipo de organización no tiene efecto alguno en cuanto a la eficiencia de la justicia.

### III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### 1. *El modelo de justicia constitucional*

En atención a las formas de justicia constitucional, en América Latina se han dado tres modelos: *a) tribunal constitucional*: en algunos casos se presenta un tribunal constitucional que ostenta su monopolio como órgano especializado fuera del Poder Judicial, como Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, Guatemala y Perú; *b) órgano especializado dentro del Poder Judicial*: se da el órgano especializado y se encuentra dentro del seno del Poder Judicial como una sala especial dentro de las supremas cortes; tal es el caso de El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay, Venezuela y Honduras, y *c) justicia constitucional a órganos judiciales no especializados*: la justicia constitucional se confunde o fusiona con la justicia ordinaria, concentrada en las supremas cortes de justicia, como es Argentina, Brasil, Panamá, República Dominicana y Uruguay. En México es éste el caso, en donde la SCJN es última instancia en amparo, pero única instancia en los juicios constitucionales.

El juicio de amparo representa una de las instituciones históricas que más ha aportado a la defensa de los gobernados. En ese orden de ideas, Domingo García (2002: 376-378) señala que este instituto, que ha tenido un desarrollo y expansión vertiginoso, cubre varios campos de aplicación, y uno de ellos es lo que un sector de la doctrina llama “amparo de la libertad”, esto es, amparo para proteger la libertad corporal o ambulatoria, con lo cual resulta que el *habeas corpus* no existe en México en cuanto tal, pero se encuentra subsumido dentro del amparo. Al respecto, existen diversos tipos de amparo, regulados por la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución, mejor conocida como “Ley de Amparo”; estos amparos son: administrativo, agrario, civil, familiar, contra normas generales, competencia económica, fiscal, laboral y penal. En cuanto a los medios de impugnación, las sentencias de amparo son recurribles. La Ley de Amparo de 1936 incluía los siguientes: revisión, queja y reclamación.

La Ley de 2013, en su artículo 80, incluye además el de inconformidad (Ovalle, 2017: 450).

Pese a su amplia protección, el amparo presenta varios retos. Un aspecto se refiere a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Esto es, cuando la Constitución prescribe el ejercicio obligatorio de una potestad jurídica de legislar y el órgano legislativo presenta una conducta omisiva, se conoce como omisión legislativa inconstitucional. Sobre este punto (Velázquez *et al.*, 2019: 301-303), han existido criterios encontrados de ambas salas de la SCJN en cuanto a su procedencia o no. Sin embargo, el 10 de junio de 2019 el Pleno de la SCJN (2019b), al analizar las contradicciones de tesis, determinó que el juicio de amparo indirecto procede contra omisiones legislativas cuando exista un mandato constitucional que establezca en forma precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida. Aunque es un avance en materia de justicia, la institución se encuentra incompleta, ya que no está prevista la forma de subsanar si la omisión persiste al seno del Poder Legislativo.

Otro reto se relaciona con el aspecto de beneficiar sólo al quejoso, y al monopolio en la creación de la jurisprudencia. Laura Márquez Martínez (2017: 138-139) señala que

...la realidad no es como lo pensaron los creadores primigenios del amparo, sino que dicha estructura muestra diversos problemas; en este caso se tratará el que consiste en que la figura triangular que en teoría deberían de seguir los procesos jurisdiccionales en cuanto a medios de impugnación y presentación de juicios de amparo de manera extraordinaria. Mientras que el ideal estaba pensado para que la cantidad de asuntos se disminuyeran considerablemente (imaginemos que de manera triangular) al pasar de primera a segunda instancia, de manera extraordinaria a los tribunales y que únicamente los asuntos trascendentes llegaran a la Suprema Corte, lo cierto es que llegan demasiados, con ello, más que una disminución “triangular” a manera de embudo, pareciera un trapecio que dificulta la eficiencia, eficacia y calidad de la impartición de justicia como se ilustra a continuación: la regulación del amparo está profundamente condicionada por sus antecedentes históricos, en particular, por haber funcionado como mecanismo de supervisión del cumplimiento de la legalidad ordinaria y por haberse desarrollado en un tiempo en que la Constitución no era entendida como norma directamente aplicable, en consecuencia, las pautas que articulan su mecánica histórica son ajenas a los presupuestos del constitucionalismo contemporáneo y, más

aún, son incompatibles con el sistema de control difuso que se pretende que exista en el país.

Otra problemática consiste en la relación entre la justicia federal frente a la justicia de las entidades federativas, en razón de que toda la justicia de las entidades es revisable vía amparo. Ante esta problemática, Juan Manuel Acuña (2015) propone que “en un sistema federal, el recurso de justicia federal debería proceder ante violaciones directas a la Constitución federal, pues, por principio, la justicia federal tiene competencia sobre dicho ámbito. A partir del desarrollo de la justicia constitucional local, la articulación entre ambas jurisdicciones se desarrolla en nuevos escenarios”. Este problema remite a la cuestión de qué debe considerarse una violación directa a la Constitución.

Otra más se relaciona con la posibilidad de contemplar derechos que sean reconocidos en tratados internacionales cuya naturaleza no sea de carácter “protector de derechos humanos”. Al respecto, Alonso Herrera (2015: 179) opina que “no está claro si podrían resultar amparables derechos de una fuente «especial» simplemente por perseguir el tratado que los recoge propósitos de tipo económico, fiscal, o de otra índole (piénsese en el ejemplo, ya clásico, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”.

Destaca la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 (SCJN, 2019c), en la cual se introduce la figura de la “declaratoria general de inconstitucionalidad”, por medio del juicio de amparo indirecto contra leyes y con efectos generales. Sin embargo, a la fecha sólo ha tenido una declaratoria general; esto en razón del proceso que incluye jurisprudencia por reiteración, notificación al Poder Legislativo, y en caso de omisión, con el voto de 8 ministros se procede a la declaratoria.

## 2. Alcance fallos, interpretación

En la función clásica judicial o de tradición romano-española, el juez aplica el derecho al caso en particular. Sin embargo, los tribunales supremos deben contar con una competencia más amplia para poder interpretar el texto constitucional. Esta delicada función de interpretación constitucional debe ir en un sano equilibrio entre superar la aplicación del derecho tradicional y no abusar con una interpretación que lesione la legitimidad.

En México, la interpretación amplia por parte de la Suprema Corte de Justicia y los tribunales colegiados se ha dado desde la resolución de los juicios de amparo, con fundamento en la Constitución que establece la competencia para crear jurisprudencia. En cuanto a este alcance, Enrique Carpizo señala que “los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales, por lo regular, establecen principios y valores de gran abstracción. Esta característica de las constituciones modernas implica un amplio margen de acción para el intérprete”. Por lo tanto, de lo recién citado se colige que la puerta queda demasiado abierta para el intérprete judicial en turno, con lo cual se forma el primer atisbo de arbitrariedad que se podría configurar, desde la perspectiva de Pérez Tremps, por las siguientes vías: *a*) que al determinar el contenido protegido por los derechos, el intérprete pretenda introducir cualquier tipo de pretensión generando una seria devaluación de los derechos fundamentales, y *b*) que el intérprete caiga en la tentación de ser quien define el contenido de los derechos conforme a su propia discrecionalidad (Carpizo, E., 2017: 178).

En cuanto a la idea de limitar o mantener la función de los jueces constitucionales lo más pulcra posible, en términos de no exceder los alcances de la facultad depositada en ellos, Fernanda Palma (2015: 738) sugiere que “solamente con un método interpretativo riguroso y controlado es posible limitar la invasión de los tribunales constitucionales a la esfera legislativa e impedir la actividad judicativa de tornarse un contrapoder legislativo”. Si bien la idea es contar con un método o fórmula para evitar estos problemas, el inconveniente consiste en el desarrollo de dicho método o reglas de interpretación, que no vaya a ocasionar una rigidez que impida un sano desarrollo de las cortes constitucionales.

En este tenor, destacan las normas contenidas en la Ley de Amparo en los numerales 215 a 230, además del Acuerdo General 17/2019 de la propia Corte, relativas a la obligatoriedad de la jurisprudencia para todos los poderes judiciales; el formato que deben presentar; el contenido del problema a tratar, tipo de jurisprudencia, forma de redacción, contenido relevante y novedoso, y no haber contradicciones; los requisitos de elaboración de los precedentes, y el procedimiento de formulación de los proyectos de tesis.

A pesar de la importancia de esta positivización, no se establece ninguna norma o criterio sobre la competencia o capacidad para el uso, modi-

ficación o innovación en cuanto a las técnicas o formas de interpretar la Constitución y el orden jurídico. En este punto, Quiroz Acosta (1998: 320) destaca la importancia de dicha flexibilidad, señalando que

...el grado de complejidad que presentará la jurisprudencia, en cuyo sentido amplio designa las decisiones emanadas de los órganos judiciales, estriba en su posibilidad de organizar y sistematizar el material jurídico, así como reconocer y establecer determinadas reglas de interpretación, con la finalidad de unificar criterios y evitar la contradicción de tesis; de manera tal que se logren analizar y precisar el derecho aplicable a la problemática jurídica planteada.

En el caso propio de la SCJN, destacan como nuevas técnicas, fruto de los tratados internacionales y de la reforma al artículo 1o. constitucional de 2011, el método de ponderación y test de proporcionalidad, la interpretación conforme y el principio pro persona, entre otros (*GSJF*, 2014-2019a), relacionadas con los fallos sobre matrimonios igualitarios (Tesis 1a/J 43, 2015), uso lúdico de la mariguana (Tesis 1a/J 10, 2019), así como guarda y custodia provisional de menores (Tesis 1a/J 52, 2014).

Sin embargo, a pesar de la importancia de esta libertad de las cortes constitucionales, existen también autores que consideran que son necesarios ciertos lineamientos más puntuales para evitar arbitrariedades o abusos, como lo sostiene Walter Arellano (2002: 29). Indudablemente, el tema de la libertad para emitir sus fallos, así como el ritmo o frecuencia de sentencias innovadoras, divide las opiniones para considerar el desempeño justo y legítimo de la Corte (Flores, 2018: 9).

### 3. *Control difuso y relación entre ordinaria y constitucional*

En México, el control difuso siempre existió en el texto constitucional desde la Constitución de 1824, el cual sobrevivió en el vigente artículo 133 constitucional, el cual establece la obligación a todos los jueces de aplicar la Constitución. Sin embargo, el texto siempre fue letra muerta y la misma SCJN, en diversas jurisprudencias, negó su aplicación. Sin embargo, la reforma al artículo 1o. constitucional de 2011 hace claro, puntual y obligatorio a “todas las autoridades” la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos humanos.



Desde esta reforma garantista se han ido dando diversos ejemplos de aplicación difusa de la Constitución en beneficio de los gobernados. En el caso de los poderes judiciales, en particular los de las entidades federativas, al considerarse violaciones a los derechos humanos constitucionales, se procede a “la inaplicación de una ley, artículo o acto de autoridad”, por considerarse contrario a la Constitución. Asimismo, destaca de los altos tribunales de las entidades, la elaboración de “precedentes”, “acuerdos” o similares, los cuales se difunden en gacetas, para que todos los tribunales acaten dicha interpretación directa de la carta fundamental. Asimismo, destaca en los poderes ejecutivo, las reformas que se están llevando a cabo para facilitar la revisión de actos administrativos cuando se atente en forma directa a la Constitución. El problema que subsiste es que aun en estos casos, si existe un tercero perjudicado, procede el juicio de amparo y dichas decisiones tienen que ser revisadas por instancias superiores. Tendría que hacerse un análisis riguroso para saber cuántos juicios no son impugnados gracias a esta nueva labor y poder constatar la eficacia de estas nuevas medidas; en forma lamentable, a la fecha no hay estadística oficial para distinguir.

#### IV. EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La relación entre las cortes internacionales y la jurisdicción nacional es un tema toral de justicia en materia de derechos humanos. La implantación de una cultura jurisprudencial de los derechos humanos debe mucho a la Corte Interamericana, que no sólo ha aportado categorías jurídicas e interpretativas, sino que incluso, en ocasiones, abre vías para hacer efectiva la protección de derechos que desde el ordenamiento interno sería muy difícil de imponer. En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entró en vigor en julio de 1978.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) conoce de los asuntos que le turna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicando a los asuntos la normativa internacional. Las resoluciones que emite la Corte Interamericana son vinculantes para todos los Estados parte. La Corte (2006), como principal herramienta, desarrolla un control de convencionalidad, por el cual se obliga a todos los jueces de una nación, a

revisar sus actuaciones de la forma más favorable para la protección de los derechos humanos contenidos en sus Constituciones.

En México, a partir de la sentencia Varios 912/2010 (14 de julio de 2011) el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*GSJF*, 2011a: 550) inicia el análisis y observancia del control de convencionalidad, tomando mayor relevancia en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*. Por ejemplo, en la tesis de la SCJN se reconoce que los criterios de la Corte Interamericana, cuando el Estado mexicano no es parte del litigio, son orientadores para los jueces mexicanos, siempre y cuando sea la interpretación más favorable a la persona, conforme al artículo 1o. constitucional. Además, la propia SCJN (*GSJF*, 2011b: 556), cuando el Estado mexicano sí es parte del litigio ante la Corte internacional, ha señalado que las decisiones de la Corte Interamericana son vinculantes y que la SCJN, “como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta”. La anterior reafirmó la tesis que ya sustentaba la obligación de seguir los fallos de la Corte Interamericana (*GSJF*, 2012: 650) con base en los artículos 1o. y 133 constitucionales, así como la ratificación de los tratados correspondientes, señalando como alcance que “esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas”.

Y ante la pugna de si el Estado mexicano era parte o no del litigio, en razón de la obligatoriedad del fallo internacional, la SCJN, en la Contradicción de Tesis 293/2011 (*GSJF*, 2014: 202), resuelve que

...los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.

Sin embargo, en ciertos temas la propia SCJN ha dado marcha atrás en un intento por recuperar el monopolio del control constitucional, al señalar que se deberá preferir siempre la carta magna nacional respecto de las limitaciones a los derechos humanos. Esta problemática ha sido reconocida por diversos autores; Fiorovanti (2014: 146-147) señala que

...por lo que es de gran relevancia no solo la incorporación del derecho internacional a través de la apertura de la Constitución a los derechos universalmente reconocidos sino, además, la aceptación de este orden internacional legitimado y fortalecido en el propio estado constitucional. Sin embargo, el proceso de apertura de las constituciones estatales ha sido lento, debido a una postura cerrada que se justifica en el concepto de soberanía.

Por su parte, José de Jesús Becerra (2016: 236) indica cómo se lleva a cabo el control de convencionalidad en México, señalando como primer paso realizar la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución y a los tratados, teniendo todas las autoridades dicha obligación. Además, “esta interpretación sería, según la propia Corte, el paso previo a la posible desaplicación o al ejercicio del control de convencionalistas explícito. Se desarrollaría una especie de interpretación en sentido amplio, posteriormente una interpretación conforme en sentido estricto (parte delicada de la interpretación)”.

## V. JUSTICIA Y DEMOCRACIA

En Latinoamérica ha destacado la proliferación de tribunales electorales. Una primera clasificación se basa en si esta justicia electoral pertenece o no al Poder Judicial, y en el caso de ser órganos distintos al Poder Judicial, si sus fallos finales son o no revisables en una última instancia constitucional (Nohlen, 2007: 1171).

En México, en 1990 se reformó el artículo 60 constitucional para crear un tribunal calificado constitucionalmente como órgano electoral jurisdiccional, el cual fue el Tribunal Federal Electoral, que sustituyó al Tribunal de lo Contencioso Electoral. El nuevo Tribunal fue definido por la propia Constitución como el órgano jurisdiccional autónomo encargado de garantizar que los actos y resoluciones se sujeten al principio de legalidad. Seis años más tarde destacó la nueva reforma de 1996, en la que el Tribunal Federal Electoral fue incorporado a la esfera del Poder Judicial de la Federación, con las reformas a los artículos 94 y 99 de la Constitución, quedando como máxima autoridad jurisdiccional y órgano especializado.

Para asegurar su independencia, el artículo 61, fracción IV, de la Ley de Amparo menciona que el juicio de amparo es improcedente contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral (en su última instancia). Además,

una de las atribuciones y alcances que tiene la Sala Superior del Tribunal Electoral es que tiene facultad para emitir opiniones respecto de las acciones de inconstitucionalidad en las cuales se impugna el contenido de alguna disposición de carácter general en materia electoral.

Aunque existe la adscripción formal al Poder Judicial Federal, hay de hecho una autonomía en sus fallos, ya que son la última instancia. Destacan en ellos las decisiones sobre candidaturas independientes, financiamiento y acceso a medios de comunicación y, particularmente, criterios de equidad de género, tanto en la nominación de candidaturas como en la integración de órganos colegiados de gobierno (legislaturas y ayuntamientos).

## VI. LOS JUICIOS CONSTITUCIONALES

El control de la parte orgánica de la Constitución o conflicto entre autoridades es lo que otorga a la Suprema Corte de Justicia su rol como verdadero tribunal constitucional. Al efecto, el artículo 105 constitucional señala todas las hipótesis en las cuales la Corte es competente, siendo conflictos entre los poderes de la unión o relativos al federalismo. Lo no previsto queda en la competencia de las Constituciones de las entidades federativas. Los juicios que puede conocer la Corte son los de “controversia constitucional” e “inconstitucionalidad de leyes”. Destaca, en particular, que cuando las sentencias alcancen una mayoría de ocho votos, los alcances de ésta serán generales.

El control de constitucionalidad se viene efectuando desde 1993. Cortez Salinas (2014: 433), al estudiar el periodo de 2000 a 2012, encuentra que la SCJN se comporta de forma estratégica en los temas de agenda cuando sus miembros han sido nominados por el presidente en funciones, donde pueden representar los intereses del Ejecutivo. En cuanto a los resultados, señala, sobre las resoluciones de constitucionalidad, “una tendencia favorable al presidente de la República por encima del Congreso. Sin embargo, este respaldo no es sistematizado ni unívoco: existen varias decisiones en las cuales la Corte decide de forma estratégica y vota en contra del Ejecutivo”.

Al revisar el Índice de Controversias Constitucionales de la SCJN (2021a) de 2013 a octubre de 2020, sexenio presidencial anterior y lo que va del presente, se encontraron las siguientes tendencias: más de la mitad

de los asuntos corresponden a municipios; asimismo, más de la mitad de los asuntos corresponden a temas de federalismo fiscal, dominando los problemas entre entidades federativas y sus municipios o gobiernos locales; se encontraron varios asuntos por la promulgación de la Constitución de la Ciudad de México en 2017; destaca que los asuntos entre poderes federales son minoría; existen varios casos en los cuales se involucran autoridades del ámbito de los tribunales administrativos estatales y comisiones de acceso a la información pública; existen bastantes casos entre los poderes de las entidades por cuestiones orgánicas y de nombramientos, y, de mayor importancia, no existe una tendencia definida por la cual la Corte favorezca un poder o entidad.

En cuanto al Índice de Acciones de Inconstitucionalidad de la SCJN (2021b), de 2013 a octubre de 2020, se encontraron ciertas tendencias similares, como los casos en materia de impugnación de leyes electorales de las entidades, en materia contencioso administrativa, así como de acceso a la información pública. Lo que demuestra litigio estratégico en ambas instancias, según el caso, ante la propia Corte. Es de resaltar que una gran mayoría, arriba del 90% de los asuntos, corresponden a las entidades federativas, lo que significa un margen de acción muy corto para este tipo de juicios a nivel de las entidades. Entre las acciones federales destacan las acciones en contra de la Ley de Seguridad Interior Federal, así como frente a la Ley Reglamentaria del artículo 60. constitucional en materia de derecho de réplica. En cuanto a los asuntos de las entidades federativas, destacan una gran diversidad de temas, de nueva cuenta las impugnaciones en materia de finanzas, vía las leyes de ingresos estatales y municipales, así como lo relativo a egresos. También hay varias impugnaciones a las Constituciones estatales, destacando las propias de la nueva carta de la Ciudad de México. Además, se encuentran en materia penal y seguridad, códigos civiles, sistema anticorrupción, transparencia de datos, contraloría social, catastro y registro, discapacidad y equidad de género, datos personales, vialidad y tránsito, así como deportes.

En el caso de las entidades federativas, la mayoría de los sistemas encomiendan esta función al pleno del tribunal superior de justicia, como los casos de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. En otras entidades se ha integrado una sala constitucional, adscrita al tribunal superior, con esta compe-

tencia, como Durango, Ciudad de México, Nayarit, Oaxaca, Querétaro y Quintana Roo.

## VII. CONCLUSIONES

### 1. *Retos del estudio*

La finalidad del ensayo ha consistido en revisar el modelo de justicia constitucional y administrativo del Poder Judicial Federal. La hipótesis planteó que existen ciertos aspectos institucionales, esto es, mecanismos de control constitucional, que limitan la función de la justicia.

Destaca la reforma constitucional del 11 de marzo de 2021, la cual se materializó al tener ya finalizado el presente trabajo. Se modificaron diversos párrafos de los artículos 94, 97, 99, 100, 105 y 107 de la Constitución nacional. Sobresale la creación de los plenos regionales, en sustitución de los plenos de circuito, para resolver contradicciones entre criterios de distintos circuitos; la creación de tribunales de apelación, para dar mayor certeza jurídica; la transformación del Instituto de la Judicatura en Escuela Federal de Formación Judicial, para la capacitación y realización de los concursos de oposición; la creación del Instituto Federal de Defensoría Pública y su adscripción al Consejo de la Judicatura; la competencia al Consejo de la Judicatura para concentrar en uno o varios órganos jurisdiccionales, asuntos vinculados a violaciones graves de derechos humanos; se reconoce el sistema de precedentes para la elaboración de la jurisprudencia de la SCJN; la procedencia del recurso de revisión en amparo en contra de sentencias que resuelvan, interpreten u omitan aspectos de constitucionalidad, y la competencia al Pleno de la Corte para resolver contradicciones entre la Corte y el Tribunal Electoral.

Respecto del soporte teórico, se utiliza la discusión relativa al constitucionalismo fuerte y débil, que descansa sobre el concepto de supremacía constitucional frente a la democracia y el sistema de justicia. En el constitucionalismo fuerte, el congreso, como representante popular, debe tener la máxima soberanía y ser el guardián de la Constitución. En este modelo, el Poder Judicial debe quedar subordinado al congreso, ya sea en forma orgánica o por revisión de sus fallos por parte del legislativo. Otra opción sería la elección de todos los jueces en este poder.

Parte de estas situaciones se resolverían al adoptar el modelo parlamentario, pero este tema merece por sí solo un ensayo. Es suficiente señalar que las variables que lo impiden son nuestra carga histórica, el sistema presidencial, el sistema de partidos y forma de representación política vigente, así como nuestra cultura política. Los inconvenientes de la vía electoral residen en la politización del Poder Judicial por parte de los partidos, o, en su ausencia, en la generación de compromisos por parte de los grupos que los apoyen al cargo, comprometiendo la imparcialidad, autonomía e integridad de los jueces.

Esto lleva a la adopción del constitucionalismo débil, con la finalidad de buscar un equilibrio en el principio de supremacía constitucional y un mejor sistema de control constitucional (Waldron, 2018: 7-28). Se busca fortalecer los contrapesos entre poderes, así como los contrapesos propios al Poder Judicial y otorgarle mayor legitimidad, evitando la “tiranía” de los jueces. Los puntos medulares son la estructura orgánica del poder y el alcance de los fallos del Poder Judicial o los efectos *erga omnes* (Orunesu, 2020: 138), lo cual se considera en las conclusiones siguientes.

## 2. Resultados en lo adjetivo

En cuanto a la independencia de ministros y magistrados, se comprobó que la Constitución la protege en forma adecuada frente a los otros poderes; quedan en el debate las formas de nombramiento. El sistema actual representa el constitucionalismo débil, al participar los otros poderes en la designación. Conforme a las opiniones doctrinarias, se podría enriquecer el proceso al alentar la participación de instituciones afines, así como integrarlas al Consejo de la Judicatura, lo que daría mayor legitimidad.

Por lo que toca a la eficiencia administrativa, y a pesar de los avances de la SCJN, se aprecia que los juicios constitucionales son minoría frente a los juicios sobre amparo. Por ello, en la práctica sigue siendo una Corte de control de legalidad, y por excepción de asuntos constitucionales. Además, se agrega el dato de que la mayoría de los juicios de controversia y gran parte de los de inconstitucionalidad son sobre el municipio, y otra parte entre los poderes de las entidades. En este orden de ideas, se propone la creación de una sala especializada en juicios constitucionales, que permitiría una mayor eficiencia al dejar a las dos primeras salas ocuparse sólo del amparo. De esta forma, seguiría el monopolio de la Suprema Corte y habría especialización en sus funciones. Además, eliminar de la Constitución las

competencias relativas a resolver problemas estrictamente entre poderes de las entidades y entre entidades y municipios (incisos *h* e *i*, fracción I, del artículo 105 constitucional), para descargar a la Corte y dar mayor presencia a los tribunales constitucionales de las entidades. En cuanto al tema de federalismo fiscal, se dejaría a salvo en las controversias, o promover una reforma para que la Federación entregue los recursos en forma directa a los municipios y alcaldías.

Respecto a los tribunales colegiados, de apelación y juzgados de distrito, a pesar del gran esfuerzo por terminar los asuntos, continúa el rezago. Se aprecia una labor constitucional muy importante, ya que la gran mayoría de las actuaciones de las autoridades inferiores terminan por ser rechazadas o modificadas. En particular, en cuanto a los colegiados de circuito, la propuesta consiste en ampliar sus competencias en materia de amparo directo y creación de jurisprudencia, lo cual descargaría trabajo a la Corte. Que aquellos casos de “importancia constitucional”, nuevas situaciones, o nuevas formas de interpretación, lleguen por excepción a la Corte y las sentencias tengan efectos generales. Estos efectos serían un mecanismo adecuado para mejorar el estado de la justicia de todos los poderes judiciales y serían acordes a la reforma de control difuso del artículo 1o. constitucional de 2011. Se requeriría una mayoría calificada para garantizar mayor seguridad jurídica y estabilidad constitucional, de acuerdo con el constitucionalismo débil.

En relación con los juzgados de distrito, se aprecia que su mayor carga de trabajo son los amparos indirectos. Por lo tanto, se propone la creación de juzgados especializados en materia federal ordinaria para dejar a los de distrito como instancias únicas en materia de amparo indirecto. La especialización, sin lugar a duda, mejoraría el rendimiento de la justicia. De hecho, esta situación ya sucede en materia penal, con la creación de los centros de justicia penal, con lo que se espera, al existir la infraestructura adecuada, que se eliminen los rezagos que ya existen en estas instancias. Es necesario subrayar que históricamente el Poder Judicial ha sido la instancia menos favorecida en el presupuesto de egresos, y que si no existe un apoyo real, las reformas de fondo siempre estarán limitadas.

### 3. *La justicia en materia de derechos humanos*

Con la ya citada reforma al artículo 1o. constitucional la SCJN amplió en forma notable el alcance y efectos de sus sentencias, y se dio entra-



da a la jurisdicción internacional. Por ejemplo, el Amparo en Revisión 1359/2015 señala que la asociación civil Artículo 19 cuenta con interés legítimo para impugnar la omisión del Congreso de la Unión (PJF, 2015: 1, 2, 22, 29, 30). En materia de derechos sociales, el derecho a la salud es reconocido en la resolución del Amparo en Revisión 378/2014, de la Segunda Sala de la Suprema Corte, en la cual se ordenó a la autoridad responsable remodelar el servicio hospitalario o construir un nuevo pabellón para tratar a pacientes con VIH/Sida (PJF, 2014). Además, destaca que la SCJN confirmara el Amparo 631/2012, que concedió a la Tribu Yaqui el derecho a la consulta relativo al proyecto “Acueducto Independencia” que iba a disponer del 50% del agua del río Yaqui. Además, se determinan como obligaciones a las autoridades: *a*) abstenerse de obstaculizar directa o indirectamente su goce; *b*) impedir a terceros toda injerencia en su disfrute, y *c*) adoptar medidas legislativas, administrativas o presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole adecuadas para hacerlo plenamente efectivo (*GSJF*, 2018: 2541).

En este tipo de derechos, la Suprema Corte ha señalado que “esos derechos no constituyen meros «objetivos programáticos», sino genuinos derechos humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados”. Señala que estos derechos imponen obligaciones básicas, como garantizar niveles mínimos de su disfrute efectivo, sin discriminación, tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción, así como otras medidas de tipo progresivo, dependiendo de la capacidad económica del Estado (*GSJF*, 2017a: 191). Como ejemplo, la Primera Sala (*GSJF*, 2017b: 411), respecto al derecho a un medio ambiente sano, menciona que este derecho “vincula tanto a los gobernados como a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales”. Además, sobre el deber de progresividad, se establece que los órganos de los poderes Ejecutivo y Legislativo deben diseñar una política pública mediante la cual se garantice el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales (*GSJF*, 2017c: 217).

A pesar de los avances, para efectos de exigibilidad judicial persisten dos tipos de problemas clásicos: el concepto programático de los derechos y su definición como derechos subjetivos, además del problema de las cargas probatorias del acto reclamado y el criterio relativo al interés legítimo. La propuesta no es sólo reformar el juicio de amparo para este tipo de juicios, o crear el amparo especial para derechos sociales y similares,

sino reformar aspectos institucionales del Legislativo y Ejecutivo para que exista una mayor posibilidad de ejecutar estas sentencias. Sobre este punto, para fortalecer estas sentencias, así como el concepto de supremacía constitucional, se deben proponer mecanismos de colaboración con los otros poderes, como su participación activa dentro de los juicios en forma de conciliación, lo cual daría mayores garantías de ejecutar las sentencias.

Asimismo, no se justifica que en relación con la justicia internacional la Corte avance y después regrese con argumentos de la supremacía de nuestra Constitución. La regla es clara en el artículo 1o. constitucional en el sentido de preferir el ordenamiento que otorgue más protección a los derechos humanos. En relación con los problemas de omisión legislativa, éstos deberían quedar subsanados al ampliar el alcance de la jurisprudencia por medio de una interpretación amplia y no limitarse al control de legalidad constitucional.

Respecto del control difuso en general, para evitar la tiranía de los jueces, es importante señalar que aunque es obligación de todas las autoridades y jueces el respeto a los derechos humanos constitucionales, estas decisiones o actuaciones no tienen efectos generales y son recurribles, quedando la última instancia tradicional del amparo, así como la elaboración de jurisprudencia para la interpretación última de la Constitución, a la Corte (Linares, 2008).

#### *4. Avances sustantivos y retos de la justicia constitucional*

En forma particular, el Pleno de la SCJN presenta avances significativos sobre la inconstitucionalidad del matrimonio infantil, discriminación contra parejas del mismo sexo, validez de impuestos ecológicos, consulta previa para personas con discapacidad y pueblos indígenas, derechos de personas en situación de migración, paridad de género en materia electoral, transparencia y libertad de expresión, entre otros. La Primera Sala destacó en temas de libertad de expresión y protección de minorías contra el discurso de odio, el sistema penal acusatorio, acceso al expediente en casos de graves violaciones a derechos humanos, la igualdad de género en el derecho familiar y discriminación contra familias homoparentales. La Segunda Sala avanzó en la protección del derecho de las personas con VIH/Sida a no ser discriminadas, el derecho a la salud de las personas con padecimientos psiquiátricos, el derecho a la información en redes sociales, el deber de

juzgar asuntos laborales con perspectiva de género, el uso terapéutico de cannabis y derechos de las personas refugiadas (SCJN, 2019a), demostrando con ello avances importantes en temas fundamentales.

Sin embargo, la Corte debe tener mayor competencia para admitir o no los expedientes de amparo y quedarse con los que verdaderamente sean de trascendencia constitucional. Una ley reglamentaria que regule las competencias de la Corte y su presidente en este punto, así como lo relativo a los efectos generales, sería el orden adecuado para esta importante competencia de control. Esta situación disminuiría la reiteración de casos y ayudaría a que el actual juicio de inconstitucionalidad de leyes vía amparo sea más efectivo. Por lo que se refiere a los juicios constitucionales, se reitera la propuesta de creación de la Sala Constitucional. Se subraya la importancia de fortalecer los poderes judiciales de las entidades, vía la Constitución nacional, para asegurar su verdadera independencia frente a los otros poderes.

En cuanto a la capacidad discrecional de la Corte para interpretar la Constitución, a pesar del “inconveniente de legitimidad democrática”, si no la tuviera, entonces no sería una corte constitucional y no habría un sano contrapeso a los demás poderes. Asimismo, dejar a los otros poderes tener la última palabra en estas materias sería como reconocer que son juez y parte, lo cual ha sucedido en otras formas de Estado y de gobierno que conducen al autoritarismo.

## VIII. REFERENCIAS

- ACUÑA, J. M. (2015). “Constitucionalismo local, federalismo judicial y derechos”. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. México: UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3960/39.pdf>.
- AJA, E. (1998). “La elección de magistrados del Tribunal Constitucional”. *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1998/06/17/opinion/898034403\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1998/06/17/opinion/898034403_850215.html).
- ARELLANO HOBELSBERGER, W. (2002). “La seguridad jurídica en el actual sistema jurisprudencial mexicano”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 10. México.
- BARTLETT DÍAZ, M. (2015). *Presentación de Iniciativa con proyecto de decreto por el que se deroga la fracción VIII del artículo 76 y la frac-*

- ción XVIII del artículo 89; y se reforman los artículos 95, 96, 98, 99 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* México: Congreso de la Unión. Disponible en: <https://www.senado.gob.mx/64/intervenciones/634/7014>.
- BECERRA RAMÍREZ, J. J. (2016). *El control de convencionalidad en México.* Argentina: Centro América y Panamá, Casa San Ignacio.
- CARPIZO, E. (2017). “Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución”. *Revista de la Facultad de Derecho de México.* V. 59, 251. México: UNAM.
- CARPIZO, J. (1995). “Reformas judiciales al Poder Judicial Federal”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Nueva serie, año XXVIII, 83. México: UNAM.
- CARPIZO, J. (2008). *La jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Bib\\_jurisdiccion-constitucional.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Bib_jurisdiccion-constitucional.pdf).
- CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL (2020). *Estadística judicial.* México: Dirección General de Estadística Judicial. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* San José Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/siDos/libros/todos/docs/ABC-CorteIDH.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y 2 Costas.* San José Costa Rica. Sentencia del 26 de septiembre. Serie C, núm. 154.
- CORTEZ SALINAS, J. (2014). “Análisis cualitativo comparado: las decisiones de la Suprema Corte vs. el Ejecutivo”. *Revista Mexicana de Sociología.* 76, 3.
- FIORAVANTI, M. (2014). *Constitucionalismo, institucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales.* Madrid: Trota.
- FLORES TERRÍQUEZ, E. et al. (2018). *Análisis de criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y perspectiva de sus efectos jurídicos procedimentales.* Cuerpo Académico UDG-853 Acceso a la Justicia y Cultura de la Legalidad.

- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2018). Décima Época. Tesis: III.5o.A. J/10 (10a.). Libro 54, t. III, mayo, 2316.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019a). Décima Época. Tesis 1a./J. 43. T. I, junio de 2015, 536.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019b). Décima Época. Tesis 1a./J. 10. T. I, febrero, 493.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2019c). Décima Época. Tesis 1a./J. 52. T. I, junio de 2014, 215.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2011a). Novena Época. Tesis: LXV/2011. T. I, diciembre, 550.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2011b). Novena Época. Tesis LXVI/2011. T. I, diciembre, 556.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2012). Décima Época. Tesis 1a. XIII/2012. T. I, febrero 14, 650.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2014). Décima Época. Tesis P./J. 20/2014. T. I, abril, 202.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2018). Décima Época, 2016922. Tesis: XXVII.3o.12 CS (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. T. III, mayo, 2541.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017a). Décima Época, 2015306. Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.). Primera Sala. T. I, octubre, 191.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017b). Décima Época, 2015825. Tesis: 1a. CCXLVIII/2017 (10a.). Primera Sala. Libro 49, t. I, diciembre, 411.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (2017c). Décima Época, 2015129. Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.). Primera Sala. Libro 46, t. I, septiembre, 217.
- GARCÍA BELAUNDE, D. (2002). “El *habeas corpus* latinoamericano”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XXXV, núm. 104, mayo-agosto.
- HERRERA GARCÍA, A. (2015). “El objeto de la protección del nuevo juicio de amparo”. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337640285008.pdf>.
- LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

- LOPERA MEZA, G. P. (2001). “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 5.
- MÁRQUEZ MARTÍNEZ, L. (2017). *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia, México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- MOLINA SUÁREZ, C.J. y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, S. (2007). “Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006”. *Cuestiones Constitucionales*. 16. México: UNAM.
- NOHLEN, D. (2007). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Sistema de justicia electoral en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ORUNESU, C.I. (2020). “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”. *Opus Magna Constitucional 2020*. T. XVI. Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional.
- OVALLE FAVELA, J. (2017). “Medios de impugnación en el amparo”. *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*. México: UNAM. T. I.
- PALMA, F. (2015). “Tribunal constitucional – ¿Un legislador negativo o positivo?”. *Revista de Derecho UNEDE*. 16. Madrid.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2020). *Tabulados: tribunales colegiados de circuito*. México: Dirección General de Estadística. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FanexoEstadisticoWeb.htm>.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2015). Amparo en Revisión 1359/2015. Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. 23 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: José Ignacio Morales Simón Arturo Bárcena Zubieta.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2014). Amparo en Revisión 378/2014. Ministro ponente: Alberto Pérez Dayán. 15 de octubre.
- QUIROZ ACOSTA, E. (1998). “La interpretación en el sistema jurídico mexicano”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 3. México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019a). *Informe anual de labores 2019*. México. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe>.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019b). *El juicio de amparo indirecto es procedente contra omisiones legislativas*. Comunicados de Prensa. Núm. 075/2019, México. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5892>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2019c). *Determinación histórica: SCJN emite por primera vez declaratoria general de inconstitucionalidad*. Comunicado de prensa, México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021a). *Índice de controversias constitucionales resueltas a partir de 1995*. México. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/ControversiasResueltas.aspx>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021b). *Índice de acciones de inconstitucionalidad resueltas a partir de 1995*. México. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AInconstitucionalidadResueltas.aspx>.
- VELÁZQUEZ GÓMEZ *et al.* (2019). “El juicio de amparo frente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa”. *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Año 13, 25. Puebla: BUAP.
- WALDRON, J. (2018). “Control de constitucionalidad y legitimidad política”. *Díkaion*. Vol. 27, n. 1.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## La constitucionalización de la persona: un marco de la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos

### *Constitutionalizing the person: a framework for the rule of law and human rights connection*

Recepción: 17 de junio de 2020

Aceptación: 18 de octubre de 2021

Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA\*

**RESUMEN:** ¿Qué resulta del encuentro entre la práctica del Estado de derecho y la práctica de los derechos humanos? Una noción lo expresa sintéticamente: la constitucionalización de la persona. Este artículo ahonda en su alcance, específicamente en la conformación de la totalidad de las actividades del Estado hacia el respeto y logro completo de los intereses fundamentales de todo ser humano. Lo hará mediante la inmersión en las características que definen a los derechos humanos: universalidad, indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad, progresividad, imprescriptibilidad, intangibilidad. Igualmente, en la identificación de las tendencias con las que actualmente se robustece la relación entre Estado de derecho y derechos humanos.

**ABSTRACT:** *What happens when the rule of law meets the practice of human rights? One notion expresses it synthetically: constitutionalizing the person. This article delves into its implications; that is, the full alignment of all the State activities towards the achievement of the fundamental interests of every human being. It will do so by focusing on the characteristics that identify human rights: universality, indivisibility, interdependency inalienability, progressiveness, imprescriptibility, indefeasibility. It also describes the trends that are currently strengthening the Rule of Law and Human Rights relationship.*

**Palabras clave:** Estado de derecho, derechos humanos, principio de universalidad, principio de progresividad, principio de indivisibilidad e interdependencia, principio de intangibilidad, principio de inalienabilidad.

**Keywords:** *Rule of law; Human rights; Universality principle; Progressiveness principle; Indivisibility and Interdependence principles; Indefeasibility principle.*

---

\* Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. ORCID: 0000-0001-9116-1341; [hugo.ramirez@up.edu.mx](mailto:hugo.ramirez@up.edu.mx).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De la universalidad a la intangibilidad: la estructura práctica del vínculo entre el Estado de derecho y los derechos humanos*. III. *Consolidando la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos: cinco tendencias actuales*. IV. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se transformó en 2011 y con ello el sentido del derecho en México. Efectivamente, el nuevo texto instaura la “constitucionalización de la persona”<sup>1</sup> cuando conforma toda actividad de las autoridades públicas a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, es decir, con los rasgos de los derechos humanos. Así, conforme —o de conformidad— es una noción crucial empleada por el constituyente permanente en la renovada redacción del artículo 1o. porque representa la vinculación entre dos prácticas sociales<sup>2</sup> concretas: la del Estado de derecho y la de los derechos humanos.

La práctica del Estado de derecho se caracteriza por legitimar la coordinación autoritativa de las conductas al interior de una sociedad; es decir, gracias a esta práctica la potestad de limitar las opciones de comportamiento se encuentra acotada mediante el principio de legalidad. Por su parte, la práctica de los derechos humanos se distingue por concretar la protección de los intereses fundamentales de todos los seres humanos a partir de una matriz de racionalidad, según la cual tal salvaguarda debe ser la máxima posible, incluso cuando estos intereses se enfrentan con objetivos colectivos.

¿Qué sucede cuando la persona se ha constitucionalizado? O, con otros términos, ¿qué ocurre cuando las prácticas del Estado de derecho y la de los derechos humanos se encuentran? Para el Estado de derecho significa-

---

<sup>1</sup> Empleo esta expresión para describir la transformación que experimenta el Estado de derecho cuando adquiere el compromiso de orientar la *praxis* que lo identifica hacia la protección del ser humano: la persona se convierte en el *leitmotif* de lo jurídico, de lo público, etcétera (Spaemann, 1998: 206).

<sup>2</sup> Con Alasdair MacIntyre (2004), entiendo por práctica social el conjunto ordenado de actividades comunitariamente consolidadas con las que se pretenden realizar ciertos bienes inherentes a las mismas.

rá el compromiso radical para que las normas implicadas en el cumplimiento del principio de legalidad incorporen criterios sustantivos de justicia a fin de acreditar su validez, vinculatoriedad y coactividad. La práctica de los derechos humanos, por su parte, gana en términos de eficacia, ya que, por sí misma, no logra la necesaria coordinación de las conductas para realizar eficazmente los bienes que le son inherentes. Gracias al enlace con el Estado de derecho, se obtiene la correlatividad, garantizada coactivamente, entre derechos y deberes.

En este artículo buscaré acreditar la siguiente tesis: la relación entre Estado de derecho y derechos humanos está tejida por los rasgos que caracterizan a éstos: la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad, etcétera. A fin de comprender el impacto que estas características suscitan cuando son incorporadas al núcleo de la matriz de racionalidad que gobierna la actividad del Estado pueden seguirse dos caminos: uno se enfoca en el análisis del alcance práctico de cada rasgo por separado (apartado II); el otro aprovecha una estrategia de síntesis que muestra la configuración de un conjunto de tendencias impulsadas por el ánimo de respetar los derechos humanos (apartado III). A continuación desarrollaré estas dos vías de comprensión.

## II. DE LA UNIVERSALIDAD A LA INTANGIBILIDAD: LA ESTRUCTURA PRÁCTICA DEL VÍNCULO ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Toda realidad jurídica manifiesta determinadas propiedades que la identifican. Por ejemplo, la materialidad de un título de crédito es una de sus características más importantes; así, en ausencia del documento donde se consigna y describe una obligación específica, ésta deja de existir para el plano jurídico. Con los derechos humanos sucede lo mismo: se asemejan y distinguen de otras realidades a través de los atributos que les son propios, y que configuran precisamente su identidad jurídica. Estos rasgos necesitan desarrollo o, si se prefiere, concreción jurídica, lo cual justifica que sean igualmente principios; es decir, pautas normativas que deben ser aplicadas y respetadas por las entidades responsables de especificarlos mediante normas generales, o a través de normas particulares de adjudicación.

## 1. *Universalidad de los derechos humanos*

La universalidad es uno de los atributos más destacados de los derechos humanos. Si bien admite múltiples contenidos semánticos, el más básico y fundamental se expresa en la siguiente tesis: todos los seres humanos son titulares de todos los derechos humanos. La universalidad así entendida es consecuencia directa de haber comprendido la igualdad ontológica de los seres humanos, y, al mismo tiempo, manifiesta la radical naturaleza de lo jurídico como no violencia y no discriminación (Ballesteros, 1973).

Respecto de la universalidad de los derechos humanos, Norberto Bobbio (1991: 68) identificó una importante dificultad que se manifiesta en el paso de los derechos pensados a los derechos institucionalizados. Es decir, en la traducción deóntica institucional de los derechos desde las premisas y tesis filosóficas donde son originalmente comprendidos. El problema consiste en que la universalidad de los derechos, un atributo necesario cuando son objeto del pensamiento, se torna en generalidad cuando son incorporados al derecho positivo mediante la labor del legislador o de otra fuente social. Si bien puede mantenerse que la titularidad de los derechos corresponde a todo ser humano sólo por el hecho de existir, el alcance práctico de su protección real queda acotado por las fronteras del territorio del Estado que los reconoce, o, con otros términos, quedan limitados por el alcance territorial de validez de las normas que los garantizan. Teóricamente son derechos humanos en cuanto a su fundamento, pero prácticamente son derechos del ciudadano en cuanto a sus garantías.<sup>3</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) representa la solución para tal problema porque, en su conjunto, manifiesta un mensaje inequívoco: los derechos humanos deben positivizarse universalmente para garantizar su respeto y ejercicio; de lo contrario se prevé una consecuencia

---

<sup>3</sup> Luis Prieto Sanchís (1990: 80-81) ofrece una aproximación a la universalidad de los derechos como generalidad de la norma, cuando señala que un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país. Esto quiere decir que la universalidad es idéntica a la generalidad de la hipótesis del enunciado legal, por lo que un derecho satisface el requisito de la universalidad cuando cualquier persona, situada en la posición descrita por la norma, puede disfrutar del derecho; ello no impide que el derecho esté formulado en términos discriminatorios, de modo que no toda persona pueda ejercerlo por el mero hecho de ser persona, sino que su ejercicio se condicione a la concurrencia de determinados requisitos, o a la posesión de cierto estatus.

al mismo tiempo fáctica y moral: una situación de tiranía y opresión tal que sería legítimo el ejercicio del derecho a la rebelión.<sup>4</sup> Atendiendo a lo anterior, la universalidad de los derechos puede comprenderse mejor si nos enfocamos en sus funciones prácticas: *a*) como punto de partida, es decir, como causa de su exigibilidad a partir del reconocimiento de la titularidad incondicionada de los derechos a favor de toda persona, y *b*) como punto de llegada: objetivo colectivo o meta humana positivamente valorada como progreso (Péces-Barba, 1994).

Bajo el aspecto de punto de partida, la universalidad de los derechos humanos quiere decir que el único requisito necesario para la titularidad de los mismos es la condición de pertenecer al género humano, lo que podría denominarse universalidad en el título: “la garantía de tales derechos es completamente independiente de las situaciones y circunstancias en que los seres humanos vivan y de las posiciones jurídicas que eventualmente desempeñen” (Martínez-Pujalte, 1995: 264). La consecuencia práctica de la universalidad de los derechos se manifiesta en que retirarlos o denegarlos es siempre y, en todo caso, un acto reprochable de injusticia, porque con ello se limita el disfrute de un bien para la persona humana que reviste una importancia fuera de toda duda. *A contrario sensu*, su garantía y promoción en favor de toda persona es una razón de peso para articular una protección normativa a su favor. Igualmente, como punto de partida la universalidad de los derechos humanos se proyecta en la naturaleza de las obligaciones que suscitan: toda persona está obligada a respetarlos.<sup>5</sup>

Asimismo, la universalidad de los derechos humanos como punto de partida hace referencia a las exigencias de la condición concreta de su titular, de tal manera que en este contexto puede afirmarse que todos los seres humanos tienen derecho a la vida, al trabajo, a la educación, etcétera, porque estas realidades forman parte de la condición humana. De esta manera, cuando un ser humano es considerado como trabajador (una situación universal de la existencia-condición humana), ciertas exigencias universales se ponen de manifiesto. Aquí, la universalidad significa que esas

---

<sup>4</sup> Este mensaje central de la DUDH está implícito en todo su texto, pero con especial hincapié se explicita en dos lugares: el considerando tercero de su preámbulo y el artículo 28.

<sup>5</sup> El artículo 1o. de la DUDH sintetiza la universalidad en la titularidad de los derechos y las obligaciones cuando establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

situaciones “universales” tienen modos “universales” (es decir, alineados con los derechos humanos) de resolverse dignamente: los salarios justos, la alimentación adecuada y suficiente, la posibilidad de decidir libremente tomar estado y formar una familia, etcétera.

Como punto de llegada, la universalidad es la “utopía realista” de los derechos humanos. Con este término Jürgen Habermas (2012: 70) describe la tensión permanente en la que se encuentran las sociedades y sus gobiernos que han reconocido los derechos, a los cuales no pueden recurrir ya como coloridos recursos retóricos, sino como estándares exigentes de evaluación de cuyo cumplimiento depende, en gran medida, su desarrollo y legitimidad. Universalidad, en este sentido, representa la coherencia entre deber ser y ser: que todos los titulares de los derechos humanos efectivamente los disfruten. Universalidad significa también la realización de un estado de cosas donde los seres humanos sean respetados incondicionalmente, favoreciendo su desarrollo y realización plena, para lo cual es requerido el esfuerzo permanente de enmienda para eliminar toda forma de discriminación y marginación. Jesús Ballesteros explica que marginado es un ser humano que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales y, por lo tanto, satisfechas las necesidades básicas que aquellos salvaguardan (Ballesteros, 2000: 43).

El proceso de transformación social al que hago referencia implica la comparación entre las exigencias de carácter ético y jurídico asociadas al auténtico disfrute de los derechos humanos por parte de toda persona, y el grado real de respeto que tienen los derechos humanos en la experiencia social concreta. Este balance arroja hoy un saldo deficitario; es un hecho incuestionable que los derechos humanos no han sido reconocidos de manera plena, y su disfrute generalizado aún no se logra. Sin embargo, lo anterior debe propiciar la toma de conciencia de que la universalidad de los derechos es una conquista histórica en la que deben empeñarse las sociedades de ahora en adelante.

Un primer paso en el itinerario por la eficacia de los derechos humanos ha sido descrito como el tránsito desde la universalidad abstracta a la universalidad concreta de los mismos (Fernández, 2003: 34). Se trata de la respuesta a la cuestión problemática de la incongruencia entre la proclamación de los derechos humanos como derechos universales y la falta de goce efectivo de éstos por parte de todas las personas. Tal inconsistencia histórica se debe a la influyente presencia de la ideología individualista en

el discurso de los derechos humanos, la cual ha impuesto una concepción abstracta del ser humano a la que posteriormente se dota de contenido, primando el dato de la independencia y la autonomía. Con ello ha sido posible justificar la exclusión de la titularidad de los derechos a todas aquellas personas que no cumplen con ciertas condiciones, arbitrariamente establecidas. Si bien esta práctica tan grotesca se ha ido corrigiendo a lo largo del tiempo, no es infrecuente que se mantenga de una manera más sutil y tal vez por ello más dañina: “el riesgo de la exclusión de los derechos de los no autónomos, o de los no plenamente autónomos desde un punto de vista psicológico, quienes aquí y ahora no se hallan en el pleno ejercicio de sus facultades racionales y volitivas, lo que no significa que carezcan de ellas” (Fernández, 2003: 36). ¿Cómo puede superarse la paradoja de una universalidad sólo abstracta de los derechos humanos? Una respuesta viable puede ser articulada con tres ideas: *a)* la universalidad de los derechos humanos debe mantenerse como uno de sus atributos principales, ya que de lo contrario perderían su sentido radical como instrumentos de progreso, de liberación, de emancipación y, también, de defensa, de protección, de tutela de los más débiles. En todo caso, ante su ineficacia debe corregirse la influencia negativa que ha representado el individualismo encubierto con atributos abstractos del titular de los derechos; *b)* la universalidad sólo abstracta debe traducirse a una universalidad anclada en la realidad, admitiendo su complejidad y diversidad. La dignidad humana es indivisible, no reside en ciertas características del ser humano aisladamente consideradas, por lo que su respeto exige mantener la prioridad de los individuos concretos, reales, existentes en su diversidad y complejidad; *c)* la universalidad concreta se traduce en la *especificación* de los derechos humanos, es decir, en el acto de vincularlos a las distintas situaciones vitales, a los diversos modos de ser *ser humano*. La tarea de especificación de los derechos no supone atribuir a los sujetos pertenecientes a grupos diversos por situación y condición, derechos distintos, sino concretar exigencias específicas de los mismos derechos humanos básicos en su situación particular.

Una cuestión asociada a la universalidad de los derechos humanos que merece atención específica está en los debates y polémicas que ha suscitado. La mayoría de las opiniones críticas intentan asociar a los derechos con una estrategia etnocéntrica que carece de legitimidad para imponer estándares morales a toda la humanidad. Veamos un par de ejemplos.

La conocida como Metáfora SVS (salvaje víctima salvador; en inglés *Savage-Victim-Savior Metaphor*) es un caso de crítica hacia los derechos humanos (Mutua, 2001). Según sus adherentes, la pretensión por hacer del contenido de la DUDH una realidad normativa global está fundada en una ideología imperialista que propicia la desigualdad entre pueblos y culturas. Alegan que el ensanchamiento internacional de los derechos tiene como consecuencia que toda cultura deba legitimar su propia existencia demostrando que ha asimilado su canon moral. De lo contrario se les juzga como culturas incivilizadas o salvajes. La comunidad donde está presente una cultura salvaje es su víctima y no tienen otra salida que sustituirla, parcial o totalmente, por la cultura occidental: portadora de la civilización salvadora. Entonces, siguiendo con la Metáfora SVS, con la expansión de los derechos humanos se constituyen relaciones asimétricas, incluso jerárquicas, entre los pueblos: unos son víctimas-pasivas que por sí mismos no pueden superar la situación de injusticia que padecen, pues son el contexto de expresión de una cultura no civilizada, salvaje y opresora. Occidente representa a los pueblos salvadores-activos, ya que de su cuenta corre la mejora sustantiva de la condición de aquella humanidad cuya cultura no acepta el canon moral de la DUDH. La conclusión a la que se llega es que el dominio de los pueblos salvadores sobre el resto queda encubierto e impune gracias a la ideología neocolonial de los derechos (Ingiyimbere, 2017: 36).

Otro alegato crítico muy extendido contra la universalidad de los derechos humanos se vincula al multiculturalismo y su defensa de la autenticidad-relatividad cultural. El multiculturalismo se caracteriza como una reacción frente al etnocentrismo<sup>6</sup> y al asimilacionismo,<sup>7</sup> que busca que se reconozca igual valor a toda cultura y, consecuentemente, se les proteja de manera específica. El multiculturalismo sostiene que si cada cultura es valiosa en sí misma, las prácticas a ellas inherentes equivalen a las prácticas de otras culturas, a pesar de que sean muy diferentes. Esta situación

---

<sup>6</sup> El etnocentrismo significa la pretensión de imponer como absolutos los valores culturales propios y hacer aparecer a cierta cultura como unidad de medida de toda otra cultura (D'Agostino, 2007: 236).

<sup>7</sup> El asimilacionismo constituye una tendencia deliberada hacia la uniformidad cultural; supone que los grupos minoritarios deben adoptar la lengua, valores, normas, señas de identidad, etcétera, de la cultura dominante y, en paralelo, abandonar su propia cultura. La asimilación va más allá de la aculturación, por lo que puede afectar a varias generaciones (Salmerón, 1998: 44).

se conoce con el nombre de “relativismo cultural”.<sup>8</sup> Si las tesis multiculturalistas con las que se defiende el relativismo cultural son acertadas, entonces los derechos humanos, y sobre todo su pretensión de universalidad, son una imposición ilegítima de la cultura occidental sobre otras culturas.<sup>9</sup>

Frente a los cuestionamientos enunciados pueden postularse diversas respuestas que al final arrojan un balance positivo en favor del reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos. En primer lugar, podemos tener en cuenta las réplicas que se han postulado al relativismo cultural y sus consecuencias éticas. El relativismo cultural representa una postura que considera, como criterio de valor, la mera coherencia consigo mismo al precio de prescindir de la coherencia con la realidad. El relativismo cultural comete así el error de deducir un juicio normativo de un juicio fáctico al justificar toda norma moral, cualquiera que fuera, por el mero hecho de ser aceptada por la mayoría de una comunidad. Categóricamente, Juan José Sebrelli sostiene a este respecto que “si toda moral está justificada por formar parte de una identidad cultural, el error y la maldad no tiene lugar, y parecería que los seres humanos hicieran siempre lo que deben hacer” (1992: 71).

En segundo término, podemos considerar la defensa de la unidad fundamental de las culturas basada en la tesis según la cual del hecho de la pluralidad y diferencia entre culturas no se sigue, necesariamente, la justificación del relativismo axiológico y ético. Más bien demuestra la riqueza

---

<sup>8</sup> El relativismo cultural, explica James Rachels, desafía la creencia en la objetividad y en la universalidad de las verdades morales. Más aún, niega la existencia de tales verdades, afirmando que sólo hay diversos códigos culturalmente válidos. De esta forma, según el relativismo cultural, no puede decirse que hay costumbres y normas correctas e incorrectas, ya que no existe un criterio independiente para identificar la corrección e incorrección de tales costumbres y normas. En definitiva, el juicio al que se somete a una cultura y sus normas es un acto arrogante; lo único que legítimamente puede realizarse en estos casos es la práctica de la tolerancia hacia las prácticas de otras culturas (Rachels, 2007: 40-42).

<sup>9</sup> Michael Freeman explica las principales tesis del multiculturalismo contra la universalidad de los derechos: *a*) se cuestiona la concepción individualista subyacente a la noción de derechos humanos (originaria de la cultura occidental), que se pretende sea válida en un sentido universal; *b*) se denuncia la posible fuerza corrosiva de los derechos humanos respecto de tradiciones culturales no occidentales ajenas a la idea de un sujeto desarraigado de la comunidad y su tradición. En ambos casos se concluye que los derechos humanos no expresan valores amoldables a cualquier cultura; por el contrario, su aceptación implica un reordenamiento jerárquico de principios o valores que puede debilitar la legitimidad de las culturas tradicionales (Freeman, 2017: 52-54).



y complejidad de lo humano, que no puede agotarse como expresión o manifestación de una sola cultura: “si las formas expresivas del *humanum* son, en principio inagotables, no cualquier forma expresiva puede, *per se*, ser portadora de lo humano en cuanto tal” (D’Agostino, 2007: 245). La diversidad cultural no representa el desacuerdo irresoluble entre tradiciones, sino el reflejo de que cada una ha comprendido, de manera peculiar, una misma realidad en sí misma profunda y compleja que es la realidad humana. Si esto es así, ninguna cultura puede erigirse como la única interpretación de lo humano, y por lo tanto ignorar y rechazar, por principio, las interpretaciones que se generan en otras culturas. A partir de estas ideas es posible postular que en la base de toda cultura hay algo que las conecta, una realidad que tiene la función de zócalo para todas ellas. Son normas transculturales como, por ejemplo, el principio de reciprocidad que establece dos deberes concretos: que la gente debe ayudar a aquellos que le han ayudado, y que no debe dañar a quienes le han ayudado. Con lo anterior se demuestra la capacidad de comunicación de todas las culturas y, en consecuencia, de todos los individuos: el sustento real para la universalidad de los derechos humanos, y su capacidad para fomentar la *comunicación moral*.<sup>10</sup> Si bien tienen origen teórico y práctico en un contexto cultural concreto, su contenido y exigencias pueden ser comunicados a sociedades donde se desarrollan otras tradiciones, pero además se espera que sean enriquecidos por ellas. Los derechos humanos deben considerarse patrimonio ético común de la humanidad independientemente de su origen histórico al que toda cultura debe tener acceso, sobre todo para enriquecer hermenéuticamente su desarrollo, por lo que ignorar y rechazar esas contribuciones significa una pérdida que afecta de manera negativa a todos (Monzón, 1992: 116).

Otra réplica al rechazo multiculturalista de los derechos humanos muestra lo paradójico de su fundamento, pues es el mismo que ha impulsado la universalidad de los derechos. Éstos han legitimado la lucha de diversos grupos a favor del reconocimiento de su identidad, incluida la cultural.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Como manifiesta Michel Ignatieff (2003: 34), “los derechos humanos se han convertido en algo global por su importancia local, integrándose culturas y visiones del mundo no occidentales para apoyar las luchas de los individuos comunes contra los Estados injustos y las costumbres opresivas”.

<sup>11</sup> La reivindicación del valor de la diferencia cultural tiene por objetivo equilibrar la posición de los miembros de minorías culturales al interior de una comunidad mayor. Concretamente, busca erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra

Además, el repudio a la universalidad necesita de una concepción moral basada en el principio de la tolerancia, el cual trasciende los límites de su propia tradición, ya que ofrece una alternativa de convivencia con las otras posiciones que, por principio, excluye (Freeman, 2017: 53). Así, que los derechos humanos sean una lengua franca moral en el actual contexto de la diversidad cultural queda acreditado por el incremento de demandas de reconocimiento que, fundamentadas en ellos, reivindican una nueva lectura de la igualdad.<sup>12</sup> Como es bien sabido, las demandas de reconocimiento exigen la superación de las dificultades de acceso a instancias de participación social y política de todos aquellos que no encajan en un modelo cultural. Estas formas de reivindicación han contribuido a descubrir el valor moral de los grupos comunitarios culturalmente diversos, mostrando que la pertenencia a una comunidad es la forma antropológicamente óptima para satisfacer las necesidades de sentido y vida espiritual que toda biografía experimenta.<sup>13</sup>

## 2. Progresividad de los derechos humanos

El artículo 28 de la DUDH establece el derecho a la eficacia de los derechos a través de un orden social configurado con instituciones locales e

---

las minorías culturales. Esta exigencia se concreta, por ejemplo, en el establecimiento de subvenciones públicas para las prácticas culturales de las comunidades, o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. De igual manera, bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que la religión es una fuente relevante de deber ser reivindican, bajo el paraguas del derecho a la libertad de conciencia y religión, la exención de leyes y disposiciones que desatiendan o contradigan sus prácticas religiosas (Kymlicka, 1996: 200-207).

<sup>12</sup> Las demandas de reconocimiento, en más de un sentido, han sido impulsadas por la conocida como “política de la diferencia”. Ésta representa, en opinión de Charles Taylor, la más reciente manifestación del avance del giro subjetivo con el que se inaugura la *praxis* en la Modernidad: se trata de la valoración de la identidad como un bien para el ser humano, fundamentado en la convicción de que cada individuo tiene un modo original de ser humano y en el reconocimiento de que el desarrollo de tal identidad no es un proceso que se agote en la intimidad de un individuo aislado, sino en comunicación con otros a través de los elementos que aporta una cultura concreta (Taylor, 1992: 48-53).

<sup>13</sup> Compartir una cultura al interior de una comunidad representa la insustituible oportunidad de experimentar la vida del espíritu. Los miembros de una comunidad comprenden, recrean, experimentan y transforman los productos del espíritu humano a través de su cultura: un relato, un canto, una tradición, una oración, un poema. La participación en una comunidad es una forma de hacer presente algo eterno (Villacañas, 1998).

internacionales abocado a su promoción y respeto. Thomas Pogge (2009: 83) señala que el contenido de este artículo condensa la vocación normativa de la DUDH, ya que explicita el sentido de la práctica de los derechos humanos revelando uno de sus rasgos más interesantes: la progresividad. Puede decirse que mediante la positividad del primero de los derechos humanos se ha generado el deber jurídico para la realización de contenidos morales desbordantes (Habermas, 2012: 72); esos contenidos morales desbordantes son sintetizados en el imperativo por mejorar permanentemente la calidad del respeto y ejercicio de los derechos humanos.

La progresividad se proyecta tanto al interior de la práctica de los derechos como respecto del orden institucional que ha satisfecho el deber de reconocerlos. En el primer caso, impulsa las mutaciones que expanden la capacidad de los derechos para emancipar y proteger a sus titulares ante el surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza a las libertades y de agresión a la dignidad. Aquí la progresividad justifica la identificación de nuevos derechos o la redefinición del alcance de derechos ya reconocidos, para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados (Fernández, 1997: 680). Es muy importante hacer hincapié en que los nuevos derechos emergen por el afán de protección máxima de los intereses del ser humano a condición de no resultar contrarios a su carácter indivisible. Es decir, que supongan un olvido o transgresión de otros derechos. La progresividad de los derechos no debe conducir a la conglomeración de elementos heterogéneos, sino que representa la actualización de la práctica de los derechos a la mejor comprensión de las distintas dimensiones de una misma realidad.<sup>14</sup>

Por otro lado, el orden institucional que se ha vinculado radicalmente a la práctica de los derechos se encuentra en tensión a causa de la utopía que representan: en adelante estará compelido a lograr el máximo respeto que cada uno de ellos reclama, para lo cual habrá de emprender

---

<sup>14</sup> Una interpretación en clave histórica de la progresividad de los derechos humanos es la trayectoria de su institucionalización descrita por Karel Vasak a través de generaciones. La primera generación representa la época en que las libertades personales y derechos políticos son asumidas por los Estados a través de deberes negativos de no intervención. La segunda generación representa una expansión y cambio importante en la posición del Estado, pues se compromete a cumplir con varias prestaciones exigidas por derechos de carácter social y económico. La tercera generación, ante retos planetarios como el desarrollo o el cuidado del medio ambiente, postula el reconocimiento anclado en el valor de la solidaridad.

las enmiendas necesarias a fin de superar las situaciones que impidan su respeto, y promover las condiciones para su ejercicio óptimo; adicionalmente, se encontrará sometido a un escrutinio permanente respecto de su desempeño, y en su caso deberá encarar una contundente crítica fundada en el compromiso asumido con la dignidad humana. Como ha sido expuesto por Jeremy Waldron,

Law may credibly promise a respect for dignity, and yet betray that promise in various respects. Institutions can be imbued in their structures, practices, and procedures with the values and principles that they sometimes fall short of. In these cases, it is fatuous to present oneself as a simple cynic about their commitments or to neglect the power of imminent critique as the basis of a reproach for their shortcomings (2012: 150).

En la adjudicación de los derechos se concreta igualmente esta dimensión de la progresividad a través del principio *pro personae*; en su formulación más simple dispone que ante la hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión. Gracias a su arraigo antropológico, el principio *pro personae* conduce a “abrir la cotidiana tópica jurídica... en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano” (Ollero, 1990: 161). Ello debe cumplirse a través de la defensa de la titularidad universal de los derechos humanos ante las interpretaciones que precipitan su estrechamiento sólo a aquellos sujetos que cumplen con determinadas condiciones. Frente a esto debe insistirse en distinguir entre la esencia y el accidente cuando se trata de derivar consecuencias prácticas desde la dignidad humana: “el ser humano existe antes de poseer los indicadores humanos o propiedades (conciencia, capaz de sufrimiento, autonomía, etc.), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por tanto no son notas universales” (Ballesteros, 1999: 24). Las aplicaciones más relevantes del principio *pro personae* serán por tanto aquellas que incluyan y atiendan las necesidades de los más débiles, dependientes y vulnerables (Mata, 2018: 216).

La progresividad que apunta a la mejora futura del Estado de derecho se vincula a la irreversibilidad que pretende evitar la involución y pérdida de los logros en materia de respeto y ejercicio de los derechos. Cuando un derecho ha sido reconocido como inherente a la persona, se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente

declarativo. El derecho humano merecerá respeto y protección irreversibles aun si el acto de reconocimiento pierde vigencia por abrogación o denuncia (Nikken, 1994: 14-15).

### 3. *Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*

La indivisibilidad es una nota atribuida a los derechos humanos de forma explícita a partir del final de la década de los sesenta. La necesidad de reconocer que los derechos integran un conjunto de bienes y prerrogativas que no admite fragmentación se debió al contexto de polarización política del mundo en bloques ideológicos, los cuales asumían posiciones contradictorias respecto del contenido de la DUDH. Las naciones y gobiernos alineados con el denominado “bloque occidental-capitalista” consideraba a los derechos civiles y políticos como fundamentales y prioritarios, y a veces como los únicos. Por su parte, los Estados antagónicos se presentaban como garantes de los derechos económicos y sociales, al tiempo que intentaban justificar que la única manera de lograr su satisfacción era mediante un régimen socialista caracterizado, como sabemos, por la ausencia de condiciones para el ejercicio pleno de la libertad, y la represión de la disidencia política (Posner, 2014: 17).

El documento que consolida la presencia de la indivisibilidad como rasgo de los derechos humanos y principio fundamental para su reconocimiento y respeto es la Declaración y Programa de Acción de Viena.<sup>15</sup> Antes de esto, la expresión indivisibilidad fue empleada en la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos de Teherán (1968). Casi una década después, en su Resolución 32/130 (1977), la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que el enfoque futuro de las cuestiones relativas a los derechos humanos en el ámbito de las organizaciones internacionales debería tomar en consideración el hecho de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; sostiene que deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización,

---

<sup>15</sup> La Declaración y Programa de Acción de Viena establece en el punto 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso... Los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

La indivisibilidad de los derechos humanos resulta de una función heurística atribuida a la comprensión que vamos adquiriendo acerca de la dignidad humana. Hoy se reconoce que el desarrollo histórico de la institucionalización de los derechos humanos ha sido parcial, es decir, mediante listas de derechos *prima facie* incompletas, o visto de manera positiva, por completar. Frente a tal situación, la comprensión adecuada del significado sustantivo de la dignidad humana facilita la solución del dilema que suscita la “prioridad política” de ciertos derechos sobre otros, revelando el carácter indivisible de los mismos. Los derechos humanos “sólo podrán satisfacer políticamente la promesa moral de respetar la dignidad humana de cada uno, si *actúan conjuntamente y de manera equilibrada* en todas sus categorías” (Habermas, 2012: 75).

Desde la reflexión filosófica está claro que la indivisibilidad es un reflejo en los derechos de la dignidad humana que los fundamenta, pero ¿cómo se traduce el rasgo de la indivisibilidad en un principio práctico? Con una pregunta adicional intentaré articular la respuesta: ¿qué tipo de acto es aquel con el que se reconocen sólo parcialmente los derechos? A la luz del principio de indivisibilidad, un acto o conjunto de ellos con los que se dispone institucionalmente el respeto, la promoción y garantía sólo respecto de algunos derechos es discordante con la práctica de los derechos humanos y con la del Estado de derecho. Más aún, deben calificarse como actos intrínsecamente injustos y, desde una perspectiva analítica, no pueden sostenerse conceptualmente como actos de reconocimiento de derechos humanos, ya que incurren en una contradicción performativa.<sup>16</sup> Así, un sistema de normas que pretenda la protección de una parcialidad de derechos humanos podrá ser calificado de varias maneras, pero no será realmente jurídico, pues incumple la necesaria pretensión de corrección de la cual depende su validez sustantiva. Consecuentemente, tampoco con-

---

<sup>16</sup> Contradicción performativa es el defecto o error que se manifiesta en un acto cuyo contenido y efectos son incompatibles, incoherentes o contrarios a la finalidad que justifica su existencia. En el contexto de la filosofía del derecho, Robert Alexy ha recurrido a esta noción para mostrar la conexión conceptual-necesaria entre derecho y moral (ética crítica): si un sistema normativo se instituye para obtener como efecto un estado de cosas injusto, entonces se actualiza la contradicción performativa, y tal sistema normativo puede calificarse de varios modos, pero no admite la cualidad de la juridicidad (Alexy, 2010: 62).

tará con legitimidad incluso para sancionar los actos que transgreden los derechos que parcialmente ha reconocido. El principio de indivisibilidad es, entonces, pieza estructural del razonamiento tanto de la práctica de los derechos humanos como de la práctica del Estado de derecho, porque establece un parámetro fundamental de validez para los actos de reconocimiento de derechos, y por extensión de todos los demás actos con los que se pretenda respetarlos y garantizarlos.

Por otro lado, la indivisibilidad de los derechos humanos conduce a la interdependencia. A causa de su carácter interdependiente, los distintos derechos se encuentran en una situación de vasos comunicantes: el descenso en la calidad del respeto y ejercicio de cualquiera de ellos implica el descenso del nivel de respeto y ejercicio de todos, y viceversa. La interdependencia se manifiesta, de esta forma, tanto en sentido positivo, porque no se puede dividir el bien, y por lo tanto escatimarlos impunemente, como en sentido negativo, ya que no se puede aislar el daño provocado a la persona por la violación de alguno de sus derechos.

Tanto la indivisibilidad como la interdependencia de los derechos manifiestan la necesidad de asegurar la coherencia entre las normas con las que se protegen y garantizan. Como ha observado Encarnación Fernández (1997), esto requiere una síntesis de racionalidades. Un ejemplo que exhibe el esfuerzo de sintetizar la riqueza en racionalidad inherente a los derechos humanos es la práctica del principio de proporcionalidad. El objetivo de este principio es lograr el óptimo paretiano (una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra), cuando hay concurrencia de derechos, mediante la aplicación de tres subprincipios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Alexy, 2011: 14). Cuando se resuelve un dilema siguiendo el principio de proporcionalidad, confirmamos la interdependencia de los derechos en el ejercicio de diversas prerrogativas y el disfrute de múltiples bienes, todos ellos integrados en la noción más amplia de bien humano.

#### 4. *Otros rasgos de los derechos humanos*

El artículo 1o. de la CPEUM expone una descripción de los derechos humanos a través de cuatro rasgos, y a ellos he dedicado las páginas precedentes. No obstante, hay otras características relevantes que igualmente derivan de su fundamento y que merecen atención específica.

### A. Intangibilidad de los derechos humanos

Robert Spaemann (1998: 13) ha postulado una de las cuestiones más relevantes en relación con la naturaleza de los derechos humanos cuando se pregunta si son *edictos de tolerancia revocables*; o, con otros términos, ¿se trata de reivindicaciones que nos concedemos recíprocamente mediante sistemas de prerrogativas y prestaciones cuya titularidad y alcance dependen del arbitrio creador de tal sistema? Si la respuesta es afirmativa, estamos en presencia de la tesis de contingencia.<sup>17</sup> Si la respuesta es negativa, entonces puede concluirse, en primer lugar, que los derechos humanos son jurídicos de forma pre-positiva, y en segundo lugar, que la validez, así como el carácter vinculante de las obligaciones a ellos asociadas (respeto, protección, garantía, etcétera), no dependen del convencimiento subjetivo de aquel que las debe respetar. En ambos casos se pone de manifiesto el rasgo de la intangibilidad de los derechos humanos.

La intangibilidad de los derechos humanos cobra particular interés en el marco de las reflexiones en torno a la democracia y sus principios rectores. ¿Una decisión democráticamente asumida, por ejemplo una ley creada respetando estrictamente el principio de la regla de la mayoría, puede desplazar o limitar un derecho humano? Atendiendo al carácter intangible de este último, debe responderse que no: si bien la decisión democrática obtiene parte importante de su valor precisamente en el cumplimiento de los requisitos procedimentales que legitiman la regla de la mayoría, el valor moral de ésta es inferior al de cualquiera de los derechos humanos. Jon Elster (1998) ha insistido enfáticamente en este hecho al admitir la necesidad de reconocer un límite ético para controlar el poder normativo de la decisión mayoritaria. Este límite, localizado en los derechos humanos, no representa una represión irracional o ilegítima contra la democracia. Al contrario, se trata de una condición para que la propia regla de la mayoría pueda ser viable en el más amplio sentido de la palabra: la afectación de los derechos humanos por parte de una decisión mayoritaria afecta necesariamente a la participación política real e igual, al imperio de la ley, a la riqueza de la diversidad humana, entre otras realidades fundamentalmente valiosas para la propia democracia y el Estado de derecho.

---

<sup>17</sup> Según la tesis de contingencia, la vinculatoriedad de los derechos depende exclusivamente de las decisiones que se expresan en el derecho positivo, es decir, de las decisiones del legislador, las cuales son, por naturaleza, contingentes (Alexy, 2011: 24).



El artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949), relativo a los procedimientos de su reforma, establece en su inciso 3: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... los principios enunciados en los artículos 1 y 20”; esto es, el listado de derechos protegidos jurídicamente a partir del reconocimiento de la intangibilidad de la dignidad humana. El texto citado es un ejemplo de cláusula pétrea; se trata de un límite material expreso para la actividad reformadora de la norma constitucional justificado en razón de su origen (ha sido establecido por el órgano constituyente), pero sobre todo justificado por su finalidad: garantizar la intangibilidad de un hito jurídico-político esencial, como lo es el reconocimiento de los derechos humanos, para que no sea alterado en épocas venideras a causa de contingencias políticas, aunque cuenten con un respaldo democrático importante. Con las cláusulas pétreas o de intangibilidad se conecta el orden constitucional positivo con el marco de racionalidad práctica propio de los derechos humanos, el cual establece una clara frontera entre lo tolerable y lo intolerable.

Por otro lado, la expansión e influencia del relativismo moral<sup>18</sup> ha provocado que la cultura contemporánea pierda de vista la importancia de reconocer y defender la validez de absolutos morales, es decir, de normas que identifican aquellos actos malos en sí mismos (*mala in se*): gravemente erróneos, independientemente de las circunstancias. En contraste con esa tendencia, el preámbulo de la DUDH justifica la presencia de estos imperativos absolutos con el fin de lograr la aspiración humana de un mundo en paz, donde los seres humanos se liberen del miedo y la miseria (*free from fear; free from want*). El carácter indisponible de los derechos humanos contribuye a la reintroducción de los absolutos morales, asumiendo el papel de normas inmutables e incondicionales, clave de bóveda para el razonamiento práctico. La prohibición absoluta e incondicionada de la esclavitud o de la tortura son claros ejemplos de que los derechos humanos son derechos indisponibles y absolutos; es decir, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como exigencia moral que hay que satisfacer (Laporta, 1987: 39).

---

<sup>18</sup> Una posición relativista es aquella que rechaza toda afirmación acerca de si algo es bueno o malo en sentido moral de una manera objetiva, cierta y segura. A partir de esta premisa se sostiene que las ideas y las reglas morales difieren dependiendo del lugar y tiempo, y de ello se concluye un principio: no puede afirmarse racionalmente la validez objetiva de ningún criterio o norma moral (Bilbeny, 2000: 289).

## B. *Imprescriptibilidad de los derechos humanos*

La prescripción es una institución fundada en el principio de seguridad jurídica. En términos generales, supone que el deudor no puede continuar siéndolo de forma indefinida, sobre todo si el acreedor no reclama judicialmente el cumplimiento de la obligación que le corresponde. Ahora bien, para ciertos derechos subjetivos, cuya importancia es claramente reconocida, y para los derechos humanos se establece la preeminencia de su protección respecto del paso del tiempo, declarándolos imprescriptibles (González, 2002). La imprescriptibilidad de los derechos humanos se proyecta con mayor contundencia en el ámbito del derecho penal: son imprescriptibles los delitos con los que se causa su vulneración. El artículo 29 del Estatuto de Roma, la norma constitutiva de la Corte Penal Internacional, establece la imprescriptibilidad de los delitos que configuran su competencia material: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.<sup>19</sup>

El reconocimiento de la imprescriptibilidad de las reclamaciones por la violación de derechos humanos contribuye a materializar una situación de justicia para la víctima: es un reclamo de tal importancia que permanece vigente a pesar del paso del tiempo, pues representa la exigencia por restaurar el ejercicio del derecho vulnerado, repara los daños o, en su caso, indemnizar. Por otro lado, la imprescriptibilidad es pieza clave en la lucha contra la impunidad, en el entendido de que a este propósito se suma el de la configuración de la responsabilidad internacional de los Estados que la propicien. En efecto, si hubiese límite temporal para la imputación de responsabilidad por violaciones a los derechos, se alimentaría la posibilidad de una doble vulneración: la que se produce en los actos positivos que constituyen el ilícito criminal, y la asociada con la actitud pasiva del Estado que fomenta la impunidad de aquéllos (Bernal, 2007: 247).

---

<sup>19</sup> La inclusión de la imprescriptibilidad de los delitos que integran la competencia material de la Corte Penal Internacional representa un avance en la extensión de este principio a nivel global, ya que propicia la homologación del estatuto jurídico de diversos delitos en las legislaciones de los Estados parte del Estatuto de Roma. “When States undertake revisions of their legislation as part of the process of accession to or ratification of the Statute, they should be advised to eliminate provisions that are incompatible with article 29. In most States, judges might even apply article 29 directly in order to supercede contrary penal legislation” (Triffterer Otto *et al.*, 2013: 1107).

### *C. Inalienabilidad de los derechos humanos*

En su significado jurídico más amplio, se entiende por inalienabilidad “la calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilitan de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico” (González, 2002a: 454). En la práctica de los derechos humanos, la inalienabilidad es una característica referida a la conducta del titular del derecho. Según Antonio L. Martínez-Pujalte (1992: 87), un derecho será inalienable si su titular no puede disponer del derecho jurídicamente, ni tampoco destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible. Así, la inalienabilidad de los derechos humanos hace referencia a un atributo que genera cierta perplejidad, sobre todo a la luz de las ideas muy arraigadas en la cultura jurídica moderna, como la primacía de la autonomía de la voluntad: si un derecho humano es inalienable, su ejercicio se representa como un deber que no necesariamente ha sido validado mediante la voluntad de su titular. Es necesario entonces aclarar que la inalienabilidad de los derechos humanos se refiere, sobre todo, y en la mayoría de los casos, a la titularidad del derecho, no exclusivamente a su ejercicio. En efecto, el contenido de los derechos supone la posibilidad jurídica de ejercitarlos a partir de las decisiones que asuma voluntariamente su titular. No obstante lo anterior, existe una condición imperativa para que sea admisible la abstención al ejercicio de un derecho inalienable: la reversibilidad. Es decir, la posibilidad de que la abdicación al ejercicio no lo imposibilite en el futuro. Por ello, la reversibilidad en el ejercicio de un derecho se plantea de manera particular en aquellos en los que titularidad y ejercicio se encuentran tan intrínsecamente unidos que no es posible establecer diferencias entre uno y otro: el caso paradigmático es el derecho a la vida, pues no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a la titularidad (Talavera, 2006: 214).

¿Por qué son inalienables los derechos humanos? Si la vulneración de un derecho humano es injustificada, incluso cuando su titular ha consentido en tal vulneración e invasión, es por el tipo de bien implicado en él: es de tal importancia para su titular como para el resto de personas que serían titulares de igual derecho. Esta realidad se ha comprendido de manera más clara a partir del reconocimiento del derecho humano al medio ambiente adecuado, y en general de los llamados derechos de tercera generación

o derechos de solidaridad.<sup>20</sup> En efecto, no es lícito renunciar voluntariamente al derecho al medio ambiente adecuado, y así justificar los actos de contaminación realizados por uno de los titulares de este derecho, incluso asumiendo personalmente el efecto de su acto, porque el bien que afecta para sí también lo afecta para los demás. En clave antropológica, Jesús Ballesteros (2000: 147) explica que la inalienabilidad de los derechos humanos se desprende de la comprensión de la persona de acuerdo con su terminología originaria, como *prosopon*, como ser abierto a lo real, como guardián y custodio de la realidad para sus coetáneos y para los miembros de las generaciones futuras.

### III. CONSOLIDANDO LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS: CINCO TENDENCIAS ACTUALES

La conexión de los derechos humanos con el Estado de derecho impulsa tendencias a nivel nacional e internacional que comparten el objetivo trazado por el artículo 28 de la DUDH, es decir, generar las condiciones necesarias y suficientes para que todo individuo de la especie humana acceda, de forma segura y eficaz, a ciertos bienes fundamentales.

Desde mi punto de vista, entre otras, las tendencias que se han consolidado en los últimos tiempos son: *a)* la ampliación del contexto de juridicidad de una conducta: del nexos con la ley a la relación entre personas; *b)* la consolidación del imperativo por eliminar situaciones de discriminación; *c)* la integración de la matriz de racionalidad de lo jurídico con la matriz de racionalidad de los intereses humanos fundamentales; *d)* la superación de los obstáculos que inhiben la realización de los intereses humanos fundamentales; *e)* el cumplimiento de la promesa moral de los derechos humanos. Analicemos a continuación cada una de estas tendencias.

(a) Respecto de la primera tendencia arriba enunciada, puede observarse que, en razón de los derechos humanos, el propósito del cumplimiento de un amplio sector de deberes jurídicos adquiere una renovada claridad. Efectivamente, desde que los derechos humanos son reconocidos e insti-

---

<sup>20</sup> Como lo explica Jesús Ballesteros (1995: 89), “los derechos de la tercera generación vuelven a poner en primer lugar la nota de la inalienabilidad al colocar bajo sospecha las notas de la exclusividad y de la libre disposición, sustituyéndolas por la de la administración responsable. Se trata de evitar daños irreversibles, de carácter colectivo, que podrían suponer el suicidio de la especie, y de ahí su inalienabilidad”.

tucionalizados conviven obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento logra un objetivo (pensemos en el objetivo de establecer el horario comercial en una ciudad), y obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento posibilita un fin: la realización plena de cada ser humano. El deber jurídico vinculado a un derecho humano, explica Ernest Tugendhat (1993: 15), deviene en una obligación en el sentido originario del término: por virtud de tal obligación el responsable de su cumplimiento se encuentra unido o ligado al bien del titular del derecho. A este tipo de vínculo Jürgen Habermas (2012: 77) lo denomina *relación moral*. Aquí una persona vinculada a otra se pregunta lo que le debe, prescindiendo completamente de cuál sea la relación social en que se encuentra respecto a ella, de cuál pueda ser su comportamiento o lo que de ella pueda esperar.

En síntesis, con los derechos humanos nos situamos ante una forma de justicia cualificada por el valor inconmensurable de su titular. Esto debe llevarnos a considerar que el incumplimiento de una obligación basada en normas ordinarias puede ser compensado, mientras que el incumplimiento de una obligación vinculada a un derecho humano puede provocar un daño que, en no pocas ocasiones, resulta ser irremediable.

(b) La segunda tendencia que consolida el vínculo entre el Estado de derecho y los derechos humanos tiene que ver con el deber de trato igual para todos. Actualmente es un principio moral indisputado la proscripción de las discriminaciones primarias, es decir, aquellas que niegan igual valor a todo ser humano. Por otro lado, y con el mismo propósito inclusivo, se autorizan las distinciones secundarias; es decir, aquellas que suponen una distribución desigual de bienes justificada por el mismo respeto hacia todos. En ambos casos queda claro que la dignidad está presente en cada ser humano concreto, de tal forma que resulta un imperativo actualizar la igualdad de trato, atendiendo a la pluralidad de modos en que se manifiesta el *ser* del ser humano (Fernández, 2003: 49). En concreto, la experiencia de igualdad impulsada por los derechos humanos nos ayuda para identificar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad de trato entre dos o más personas es tolerable. Asimismo, la experiencia de la igualdad se desdobra a través de las distinciones entre igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, igualdad real e igualdad formal, igualdad y prohibición de la discriminación. El derecho a no ser discriminado, en este sentido, es fuente de un conjunto nutrido de deberes, entre los que destacan el que establece la igualdad de trato y las prohibiciones de discriminación tanto directas como

indirectas, y, por otro lado, los que garantizan la igualdad de oportunidades y la licitud y exigencia de medidas de acción positiva.

(c) Durante un largo periodo de tiempo, las tesis de Hobbes sobre la justicia como legalidad fueron hegemónicas en el diseño, realización y explicación de lo jurídico. Recordemos que en la perspectiva hobbesiana de la justicia tiene primacía la positividad de las leyes. Lo justo se predica de un acto que se ajusta a lo prescrito en la ley, pero ésta no es ni justa ni injusta. Se trata de la conocida como *no-rights thesis* donde lo jurídico, en su afán de certeza, no compromete su validez con contenidos éticos o de justicia sustantivos, como los derechos humanos, de tal manera que puede ser completamente válido-vinculante-coactivo aun cuando legalice la esclavitud u otras formas graves de vulneración de la dignidad humana (Fox-Decent, 2008: 533).

La tendencia emergente es diametralmente opuesta y ha implicado una reinterpretación de la certeza jurídica. Claro ejemplo de esto se encuentra en las reflexiones de Aulis Aarnio (1990) sobre el razonamiento jurídico. Antes de los derechos, el valor de tal certeza jurídica reposaba únicamente en la posibilidad de anticipación sobre la base de una práctica previsible. De acuerdo con esta formulación, certeza jurídica es el antídoto contra la arbitrariedad de la discrecionalidad. A partir de la incorporación de los derechos humanos en la práctica jurídica cotidiana, la certeza del derecho ya no descansa exclusivamente en la forma, sino que abarca dos elementos: un razonamiento jurídico no arbitrario que concreta el principio de legalidad y la obtención de un bien sustantivo que es provisto por los derechos humanos. Con esto, las prioridades del Estado de derecho se enfocan en garantizar la calidad de vida y, coherentemente con ello, proteger al más débil en cualquier relación social.

(d) En abril de 1966, Theodor Adorno abre la célebre conferencia “La educación después de Auschwitz” con la siguiente afirmación: “La exigencia de que Auschwitz no se repita es la primera de todas en la educación. Hasta tal punto precede a cualquier otra que no creo deber ni poder fundamentarla” (2016: 39). Estas palabras sintetizan la cuarta tendencia sobre la que quisiera reflexionar: aquella dirigida a superar los obstáculos que impidan el respeto y la realización de los intereses fundamentales inherentes a los derechos humanos. Se trata del propósito civilizatorio que resulta de haber reconocido los derechos y que se traduce en la lucha permanente contra la injusticia para concretar la justicia. Con palabras de Luis Villoro:

“la injusticia es una carencia experimentada de valor objetivo; de esa experiencia puede partir la proyección, basada en razones, de una situación posible en que se daría ese valor” (2000: 105).

Entre los obstáculos que se levantan contra los derechos humanos hay uno que, desde mi punto de vista, resulta particularmente pernicioso: su trivialización moral. Por trivialidad moral entiendo la pérdida de capacidad de los derechos para transformar positivamente a las sociedades donde se han reconocido, e incluso la pérdida de capacidad para mantener el ritmo de reconocimiento global que hasta ahora han desarrollado. Uno de los fenómenos que propicia la trivialidad moral de los derechos es la incapacidad para distinguir entre reivindicaciones que atienden verdaderamente intereses humanos fundamentales y las que no. Como lo explica John Tasioulas, “para evitar que los derechos humanos sean víctimas de su propia popularidad se requiere de una forma organizada, conforme a principios, para distinguir a los derechos verdaderos, de la supuesta avalancha de derechos falsos” (2008: 41).

Por razones de espacio, este no es lugar para ahondar en esta cuestión. Sin embargo, vale la pena tener conciencia del problema para superarlo oportunamente. Mientras tanto, adelanto que una estrategia para realizar la distinción entre derechos verdaderos y falsos puede situarse en el contexto de su adjudicación. Como sabemos, en la adjudicación puede haber colisión entre derechos. En efecto, éstos “son en cierta medida exclusivos, pues cada uno exige la excelencia en la garantía de un bien; son plurales pues son muchos los bienes a garantizar; pero, simultáneamente, no pueden ser tutelados unos en detrimento de otros” (Trujillo, 2005: 230). Admitido lo anterior, en el momento de su adjudicación los derechos demuestran su autenticidad si son compatibles con el ejercicio de otros derechos; o, con otros términos, los derechos son jurídicamente razonables y por tanto verdaderos cuando *no excluyen* a otros derechos ni a otros principios jurídicos.<sup>21</sup> Esto es crucial para la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos: simple y llanamente tal compatibilidad es la garantía radical para el ejercicio de los derechos de todos,

---

<sup>21</sup> Debemos aclarar que, en el contexto de este argumento, *excluir* no significa limitar. La exclusión sería una eliminación absoluta de las posibilidades de ejercicio de un derecho. La limitación de un derecho, por su parte, modera su ejercicio contando con razones que de forma solvente así lo justifican. La resolución razonable o de compatibilidad de controversias en las que se ven involucrados derechos humanos buscaría la limitación fundamentada cuando el caso lo amerite.

y por lo tanto del imperativo de trato igual. De ello puede derivarse un principio: ningún derecho humano debe ser absolutamente sacrificado en favor del ejercicio, respeto o promoción de otro derecho humano (Trujillo y Viola: 13).

(e) Me detengo, finalmente, en la tendencia que apunta al cumplimiento de la promesa moral asociada al reconocimiento de los derechos humanos. Consiste en realizar, con el mayor grado de perfección posible, el sustrato normativo fundado en la igual dignidad de toda persona. Con palabras de Habermas (2012: 80), los derechos humanos constituyen una utopía realista en la medida en que no proponen imágenes engañosas de un modelo social que promete felicidad colectiva, sino que fundan el ideal de sociedad justa en los cimientos mismos del Estado constitucional.

Esta tendencia empuja hacia el escrutinio y la evaluación permanente del *statu quo* institucional para confirmar si favorece o impide la eficacia de los derechos humanos. Thomas Pogge (2010: 52) denomina esta actividad como “diagnóstico moral institucional”, y asume la posibilidad de que la vigencia y cumplimiento de normas formalmente válidas, independientemente de que su alcance sea local, internacional o global, puede obstaculizar o incluso cancelar la eficacia de los derechos humanos, y con ello sostener y perpetuar estructuras de injusticia. A partir del resultado que arroje el diagnóstico moral institucional y con fundamento en el reconocimiento de los derechos humanos, surge el deber por revisar y transformar el sistema institucional *ad intra* de los Estados y el que regula las relaciones entre ellos.

En definitiva, una sociedad y sus instituciones no pueden ser jamás las mismas si en ellas se ha introducido la conciencia sobre el valor e importancia de la dignidad humana. No importa que tan alejada se encuentre una sociedad de los presupuestos culturales que facilitan esa conciencia, tarde que temprano entrará en contacto con la concepción de lo justo anclada en los derechos, evidenciando la hondura y urgencia de su promesa.

#### IV. REFERENCIAS

AARNIO, A. (1990). “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 8.



- ADORNO, T. (2016). “La educación después de Auschwitz”. *Delito y Sociedad*. 2(3).
- ALEXY, R. (2010). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 91.
- BALLESTEROS, J. (1973). “El derecho como no-discriminación y no-violencia”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 17.
- BALLESTEROS, J. (1995). *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid: Tecnos.
- BALLESTEROS, J. (1999). *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*. Valencia: Real Academia de Cultura Valencia.
- BALLESTEROS, J. (2000). *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos.
- BERNALES, G. (2007). “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”. *Revista Ius et Praxis*. 13,1.
- BILBENY, N. (2000). *Aproximación a la ética*. Barcelona: Ariel.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- D’AGOSTINO, F. (2007). *Filosofía del derecho*, Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana.
- ELSTER, J. (1998). “Régimen de mayorías y derechos individuales”. En SHUTE, S. y HURLEY, S., *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Madrid: Trotta.
- FERNÁNDEZ, E. (1997). “Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 13-14.
- FERNÁNDEZ, E. (2003). *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- FOX-DECENT, E. (2008). “Is the Rule of Law really indifferent to Human rights?”. *Law and Philosophy*. 27, 6.
- FREEMAN, M. (2017). “Universalism of human rights and cultural relativism”. En SHEERAN, S. y RODLEY, N. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Nueva York: Routledge.
- GONZÁLEZ, S. (2002). Voz “Imprescriptibilidad”. *Enciclopedia jurídica mexicana*. T. 4. México: Porrúa-III.
- GONZÁLEZ, S. (2002a). Voz “Inalienabilidad”. *Enciclopedia jurídica mexicana*. México: Porrúa-III.

- HABERMAS, J. (2012). "The concept of human dignity and the realistic utopia of Human rights". En CORRADETTI, C. *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Heidelberg: Springer.
- HIERRO, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- IGNATIEFF, M. (2003). *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós.
- INGIYIMBERE, F. (2017). *Domesticating Human Rights. A Reappraisal of their Cultural-Political Critiques and their Imperialistic Use*. Nueva York: Springer.
- KYMLICKA, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- LAPORTA, F. (1987). "El concepto de derechos humanos". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 4.
- MACINTYRE, A. (2004). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1992). "Los derechos humanos como derechos inalienables". En BALLESTEROS, J. *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1995). "La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona". En BALLESTEROS, J. *Justicia, solidaridad y paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*. T. 1. Valencia: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
- MATA, G. (2018). "El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 39. Junio-diciembre.
- MONZÓN, A. (1992). "Derechos humanos y diálogo intercultural". En BALLESTEROS, J. *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos.
- MUTUA, M. (2001). "Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights". *Harvard International Law Journal*. 42,1.
- NIKKEN, P. (1994). "El concepto de los derechos humanos". *Estudios básicos de derechos humanos*. T. 1. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- OLLERO, A. (1990). "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía". *Persona y Derecho*. 22.

- PÉCES-BARBA, G. (1994). "Universalidad de los derechos". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 15-16.
- POGGE, T. (2009). *Hacer justicia a la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- POGGE, T. (2010). *Politics as usual. What lies behind the Pro-poor Rhetoric*. Cambridge: Polity Press.
- POSNER, E. (2014). *The twilight of Human rights law*. Nueva York: Oxford University Press.
- PRIETO, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- RACHELS, J. (2007). *Introducción a la filosofía moral*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SALMERÓN, F. (1998). *Diversidad cultural y tolerancia*. México: Paidós-UNAM.
- SEBRELI, J. (1992). *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*. Barcelona: Ariel.
- SPAEMANN, R. (1988). "Sobre el concepto de dignidad humana". *Persona y Derecho*. 19.
- SPAEMANN, R. (1998). *Persons. The Difference Between "Someone" and "Something"*. Oxford: Oxford University Press.
- TALAVERA, P. (2006). "Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?". En MEGÍAS, J. *Manual de derechos humanos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- TASIOULAS, J. (2008). "La realidad moral de los derechos humanos". *Anuario de Derechos humanos*. 4.
- TAYLOR, Ch. (1992). "La política del reconocimiento". En TAYLOR, Ch. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TRIFFTERER O. *et al.* (2013). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford: Hart.
- TRUJILLO, I. (2005). "Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables". *Persona y Derecho*. 52.
- TRUJILLO, I. y VIOLA, F. (2014). *What Human Rights are not (or not only). A negative path to human rights practice*. Nueva York: Nova Publishers.
- TUGENDHAT, E. (1993). *Justicia y derechos humanos*. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona.

VILLACAÑAS, J. (1998). “El derecho a la identidad cultural: reconocimiento y multiculturalismo”. *Revista Valenciana D’estudis Autònomicos*. 24.

VILLORO, L. (2000). “Sobre el principio de injusticia: la exclusión”. *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*. 22.

WALDRON, J. (2012). *Dignity, rank and rights*. Nueva York: Oxford University Press.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## A responsabilidade civil decorrente da prática do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar

### *The civil responsibility arising from the practice of bullying and cyberbullying in the school environment*

*Recepción:* 30 de julio de 2021

*Aceptación:* 22 de noviembre de 2021

João Gabriel YAEGASHI\*

Cleber SANFELICI OTERO\*\*

Solange Franci RAIMUNDO YAEGASHI\*\*\*

Nilson ALVES FERREIRA\*\*\*\*

**RESUMO:** Este artigo, de cunho teórico, apresenta um estudo do bullying e do cyberbullying no ambiente escolar, bem como da responsabilidade civil decorrente dessas práticas e da violação dos direitos da personalidade. Para tanto, procede-se a uma pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o bullying e o cyberbullying consistem em um relevante problema no cenário educacional nacional, porquanto viola

**ABSTRACT:** *This theoretical article presents a study of bullying and cyberbullying in the school environment as well as the civil responsibility arising from these practices and the violation of personality rights. To do so, bibliographical and documentary research is carried out. It is concluded that bullying and cyberbullying are relevant problems in the national educational scenario, as they violate several personality rights*

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista CAPES. Advogado. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6341-0942>; [jgyaegashi@hotmail.com](mailto:jgyaegashi@hotmail.com).

\*\* Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Juiz Federal. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>; [cleber.otero@unicesumar.edu.br](mailto:cleber.otero@unicesumar.edu.br).

\*\*\* Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Docente no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Psicóloga. Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7666-7253>; [solangefry@gmail.com](mailto:solangefry@gmail.com).

\*\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Advogado. Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8152-4492>; [nilson.alves@hotmail.com](mailto:nilson.alves@hotmail.com).

diversos direitos da personalidade e implica graves consequências biopsicossociais para os envolvidos, de modo que todos devem contribuir para a sua prevenção e repressão, principalmente os estabelecimentos de ensino, os quais possuem esse dever imposto de maneira específica pela legislação brasileira; no caso de sua inobservância e omissão específica, deverão reparar, de forma objetiva, todos os danos sofridos pelas vítimas do evento.

**Palavras-chave:** *Bullying; Cyberbullying; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Responsabilidade Civil.*

*and cause serious biopsychosocial consequences for those involved, so that everyone should contribute to its prevention and repression, especially educational establishments, which have this duty imposed in a specific way by the Brazilian legislation; in the event of non-compliance and specific omission, they must objectively repair all damages suffered by the victims of the event.*

**Keywords:** *Bullying; Cyberbullying; Dignity of the human person; Personality Rights; Civil responsibility.*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A dignidade da pessoa humana e o direito à educação*. III. *Bullying, cyberbullying e a violação aos direitos da personalidade*. IV. *Responsabilidade civil pela ocorrência do bullying e do cyberbullying na instituição de ensino*. V. *Considerações finais*. VI. *Referências*.

## I. INTRODUÇÃO

A crescente preocupação com as práticas do *bullying* e do *cyberbullying* no cenário nacional é de conhecimento notório. Trata-se de um fenômeno abordado de forma crescente e interdisciplinar por pesquisadores de diversos campos do conhecimento, atualmente tutelado pela legislação pátria, com vistas a materializar sua prevenção e repressão. Essas práticas de violência entre pares, que ocorrem em sua maioria no ambiente escolar, logo, em um local onde as pessoas estão em especial fase de desenvolvimento, são ainda mais prejudiciais quando ocorridas pelo meio eletrônico, que possibilita uma incalculável difusão e exposição de informações das vítimas.

Nesse contexto, depara-se o poder judiciário cada vez mais com demandas que buscam a responsabilização por tais condutas, sobremaneira no tocante à reparação civil, que vai além da pessoa causadora do dano, estende-se, por vezes, ao Estado e à própria instituição de ensino, que possuem o dever de vigilância sobre a incolumidade dos estudantes a eles confiados.

Neste artigo, portanto, destaca-se o estudo dos fenômenos do *bullying* e do *cyberbullying* no âmbito das instituições de ensino, bem como a responsabilidade civil decorrente dessas práticas e da violação dos direitos da personalidade. O problema a ser investigado se remete à forma como a legislação brasileira aborda a responsabilização civil pelas práticas do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar.

Justifica-se o presente estudo na medida em que o Brasil lidera pesquisas de *ranking* de violência, não sendo a violência escolar uma exceção, já que as medidas até então tomadas não têm contribuído para a reversão desse quadro nas escolas, que contam, recorrentemente, com denúncias acerca de casos que envolvem o *bullying* e o *cyberbullying*. Nesse âmbito, é necessário reafirmar o dever legal de todos e, principalmente, das instituições para a prevenção e repressão da intimidação sistemática, sob pena de responderem civilmente pelo ocorrido.

Para fins didáticos, o artigo está dividido em três seções. Na primeira, estabelece-se a construção da pessoa humana pautada em sua dignidade e o seu direito ao desenvolvimento e educação no Estado de Direito. Na segunda, discute-se como o *bullying* e o *cyberbullying* têm sido abordados pela comunidade científica e como afetam as relações escolares, com especial enfoque nos direitos da personalidade violados. Por fim, na terceira seção, discorre-se sobre o embasamento jurídico para a responsabilização civil e reparação das vítimas desses eventos.

A fim de atender ao objetivo do estudo, emprega-se o método dedutivo, com vistas a revelar como opera a tutela dos direitos da personalidade pela responsabilidade civil no ordenamento brasileiro em decorrência das práticas de *bullying* e/ou *cyberbullying*. Procedeu-se a uma pesquisa documental, tendo como fonte a legislação brasileira, e bibliográfica, com a intenção de compreender o desenvolvimento da abordagem jurídica da matéria até o estágio atual; para tanto, recorreu-se a artigos disponibilizados nos periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), livros e demais produções sobre a temática.

## II. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A concepção da ideia de “pessoa” e do que seria sua personalidade decorre de um processo histórico de construção que culminou na atual perspectiva de dignidade, a qual fundamenta a República Federativa do Bra-

sil, como se extrai do Art. 1o., inciso III, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Na Antiguidade Clássica, o reconhecimento e a proteção da personalidade eram paralelos à posição social do indivíduo, o que foi radicalmente alterado pelo Cristianismo, que passou a considerar todas as pessoas humanas, detentoras de livre arbítrio e sujeitos de direito (Bana, 2016). Logo, a religião cristã possui protagonismo na concepção de “pessoa” e sua relação com o ser humano. Destaca-se a obra de São Tomás de Aquino, que fomentou a expressão *dignitas humanas* e a fundou em sua racionalidade (Sarlet, 2004).

Por diversos fatores, essa concepção foi esvaziada ao longo dos séculos, o que culminou em diversos conflitos internos e externos nos Estados e, por fim, nas guerras mundiais. Somente após a Segunda Guerra Mundial que a dignidade humana foi reconhecida em norma jurídica de caráter imperativo, inclusive de forma internacional, no bojo do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Bana, 2016). De fato, passados os horrores da guerra, reconheceu-se a necessidade de um esforço para a reconstrução dos direitos humanos no cenário internacional, de maneira a reduzir o domínio exclusivo do Estado, entendimento inaugurado pela Declaração Universal de 1948, que trouxe a chamada concepção contemporânea de direitos humanos (Piovesan, 2010).

Esse processo de universalização permitiu a formação de um sistema internacional de direitos humanos destinado à sua proteção, com a ideia de um mínimo ético irredutível, fundada no valor da primazia da pessoa humana. Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas adotou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, de forma a aproximar o conceito de desenvolvimento com a justiça social, meio ambiente sustentável e democracia, e não puramente econômico, como outrora se pensava (Sousa, 2010).

A concepção ética de dignidade humana, de caráter universal e independente de concepções religiosas, é a prevalentemente aceita atualmente, notadamente no âmbito jurídico. Tem-se que os objetos ou coisas são medidos por seu valor econômico, ao passo que o ser humano, distintamente, é medido por sua dignidade, um valor inerente e universal a todos os seres humanos. Nas palavras de Kant (1986: 77): “quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.



É na dignidade da pessoa humana, pedra angular do sistema jurídico e fundamento do Estado de Direito, que se respalda a validade de todos os demais direitos. Trata-se de uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção dos direitos fundamentais e da personalidade em suas mais diversificadas manifestações (Tepedino, 2004). Essa qualidade é intrínseca, universal, indissociável, irrenunciável e inalienável. Torna o ser humano merecedor de respeito e sujeito de direitos perante a sociedade e o Estado, que, por seu turno, deve proteger o ser humano contra abusos e degradações, bem como lhe garantir o mínimo existencial para uma vida digna em comunidade (Sarlet, 2015).

Portanto, a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de Direito, é o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma ordem constitucional. A respaldar todo o sistema de direitos fundamentais e da personalidade na dignidade humana, elege-se a pessoa como o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Acertadamente, um dos mecanismos previstos pelo Estado para a concretização da dignidade humana e pleno desenvolvimento da pessoa foi a educação, apontada como direito fundamental de segunda dimensão, logo, de cunho social em nosso ordenamento constitucional, o que vem expressamente previsto no Art. 60., *caput*, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Esse direito social vem novamente previsto na mesma Constituição, em um capítulo destacado e em uma seção exclusiva, compreendida entre os arts. 205 e 214. Destaca-se o primeiro, que assim dispõe: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Brasil, 1988, *on-line*).

A legislação infraconstitucional ecoa a referida normatização e tem, por principal expoente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que orienta o ensino pelos seguintes princípios:

Art. 3. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

- VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII – valorização do profissional da educação escolar;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- IX – garantia de padrão de qualidade;
- X – valorização da experiência extraescolar;
- XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais;
- XII – consideração com a diversidade étnico-racial (Incluído pela Lei no. 12.796, de 2013);
- XIII – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (Incluído pela Lei no. 13.632, de 2018) (Brasil, 1996, *on-line*).

O desenvolvimento integral do ser humano tem, por pressuposto, o seu acesso à educação e ao acervo cultural da humanidade. Cabe ao Estado e à sociedade o estímulo para a permanência do indivíduo no seio escolar. Fachin (2013) leciona no mesmo sentido, ao discorrer acerca do direito à educação:

...tem por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Tanto no âmbito da escola pública quanto no da particular, a educação deve ter a pessoa humana como bem mais importante, tendo em vista o desenvolvimento da sua personalidade. Registre-se que o direito à educação transcende o indivíduo, visto que interessa a outras dimensões sociais (Fachin, 2013: 608).

Especialmente no tocante às crianças, adolescentes e jovens, em razão de seu reconhecido especial estado de desenvolvimento, prevê a Constituição como dever da família, da sociedade e do Estado, no *caput* do Art. 227, dentre outros, assegurar o direito à educação de qualidade e proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988), o que é respaldado e melhor discriminado nas disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990).

Destarte, permanece estreme de dúvidas que é um dever de todos assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem uma educação de qualidade, bem como resguardá-los em sua incolumidade físico-psíquica, de forma a promover seu integral desenvolvimento e, conseqüentemente, concretizar

sua dignidade na acepção imposta pela Constituição Federal em seu precitado Art. 1º., inciso III (Brasil, 1988).

### III. *BULLYING*, *CYBERBULLYING* E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não obstante se esperar e disciplinar que o ambiente escolar deva ser um local de aprendizagem, segurança, tolerância e respeito ao pluralismo, verifica-se uma realidade diversa, de forma que o poder público se depara, frequentemente, com a necessidade de adoção de novas práticas para a prevenção e combate ao *bullying* e ao *cyberbullying*.

É de conhecimento comum e notório que a violência é um problema estrutural no Brasil, o que se apresenta por diversas variantes e causas. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que, em 2018, o Brasil era o nono país mais violento do mundo, ostentando uma média de homicídios de 31,1 (trinta e um vírgula um) para cada 100.000 (cem mil) habitantes (Porfírio, 2021), fora outras e igualmente relevantes formas de violência, como a violência doméstica, urbana, sexual, racial, policial e, especialmente, aquela em que se dará maior enfoque neste estudo: a violência escolar.

A violência escolar pode ser vista sob uma perspectiva macro e uma micro: na primeira, o ambiente escolar é palco de violência contra si próprio (como em casos de vandalismo ou atentados) e, na segunda, a escola é palco de violência em relações interpessoais (Bana, 2016). Focar-se-á nesta, em razão de alocar o *bullying* e o *cyberbullying*, objetos de estudo do presente artigo.

O *bullying* como violência escolar passa longe de ser um fenômeno contemporâneo; há registros que remontam a sua ocorrência desde 1.240 d.C. nas primeiras universidades inglesas (Lima, 2019). Todavia, o termo “*bullying*” passou a ser utilizado em meados da década de 1970, após os estudos do professor Dan Olweus, da Universidade de Bergen na Noruega (Bana, 2016).

Narra Olweus (1993) que, ainda no final dos anos 60, houve uma grande preocupação dos pais com a violência entre estudantes na Suécia, atenção que se expandiu para outros países escandinavos, embora sem uma intervenção inicial por parte do governo. Para o fenômeno, à época, preferia-se empregar o termo *mobbning* (na Suécia e Finlândia) ou *mobbing*

(na Noruega e Dinamarca), porém seria uma palavra inadequada por se referir à violência por grupos anônimos, ao passo que o *bullying* muitas vezes é exercido apenas individualmente, mas também por um grupo de estudantes, daí a preferência por este vocábulo. Assim, o autor define que um estudante é vítima de *bullying* quando é exposto, repetidamente e muitas vezes, a ações negativas por parte de um ou muitos outros estudantes.

Explica Olweus (1993) que, em 1982, devido a um caso envolvendo três meninos com idade entre 10 e 14 anos, que se suicidaram no norte da Noruega, principiou-se uma campanha governamental contra os problemas decorrentes de *bully victims* (vítimas de violência de valentões). Foi a partir de então que ele organizou uma pesquisa, com coleta de dados junto aos pais, professores e alunos das escolas de Bergen, com a constatação de que 30% a 40% foram inicialmente vitimizadas por um único estudante.

De acordo com Olweus (1993), o *bullying* é uma ação de violência sistemática, desigual e recorrente no ambiente escolar em que se distingue um agressor, que tem o intuito de causar dano a outra pessoa, a qual se encontra, geralmente, com poucos recursos para se defender. O autor explica que as crianças vítimas de *bullying* podem ser passivas, isoladas, introvertidas e/ou inibidas; apresentam uma percepção negativa de si mesmas e da situação em si, pois não conseguem enxergar alternativas para mudar a situação. Em alguns casos podem ser provocativas e apresentar um comportamento agressivo e/ou ansioso, que pode gerar conflitos no grupo no qual estão inseridas.

Ao corroborar, Bana (2016: 64) conceitua o *bullying* como uma violência escolar marcada por um “...conjunto de condutas agressivas e repetitivas praticadas em desfavor de outrem, intentando dor, angústia e sofrimento, decorrentes de atitudes insultuosas, humilhantes, danosas fisicamente e moralmente”.

A violência escolar tem, frequentemente, origem em casa, na família, muitas vezes decorrente de falha na educação (*culpa in educando*), de maneira que, se isso ficar comprovado, pode-se até mesmo ser justificativa, conforme leciona Tartuce (2012), para que também ocorra a responsabilização dos pais pelos atos de amedrontamento praticados pelo filho de maneira a ofender de forma danosa um colega da escola. Estudos mais recentes revelam, ainda, que o comportamento agressivo tem origem no modelo educativo familiar, a partir da agressividade e violência cometida pelos pais para punição dos filhos, de modo a influenciar no comportamento social desses (Weiner & Moreira, 2014; Silva *et al.*, 2021).

As práticas aludidas não ocorrem apenas no meio físico, pois igualmente podem se desdobrar pelo ciberespaço, ao que passam a ser classificadas como *cyberbullying*, um fenômeno que, a partir do enquadramento do *bullying* tradicional, faz uso dos meios eletrônicos disponíveis para a prática de intimidações ou agressões intencionais e contínuas contra a vítima (Herrera-Lopez, Romera & Ortega-Ruiz, 2018).

Consoante explicação de Juvonen e Gross (2008), o *cyberbullying* é largamente definido como o uso da internet ou outro aparelho de comunicação virtual para insultar ou ameaçar alguém, daí ser considerado um método de intimidação generalizado que pode acontecer com o uso de ferramentas da comunicação eletrônica, conforme se verificou a partir de matéria jornalística divulgada no USA Today (Swartz, 2005).

Segundo Yaegashi et al. (2021), as formas mais comuns de *cyberbullying* ocorrem, geralmente, por intermédio do envio de e-mails, mensagens de texto, divulgação de fotos e vídeos hostis, manipulação de imagens, afrontas em salas de bate-papo ou em redes sociais, que podem ser anônimas e atingir uma quantidade incalculável de expectadores em pouco tempo.

Em pesquisa realizada por Juvonen e Gross (2008), verificou-se uma sobreposição entre alvos e semelhanças entre o *bullying on-line* e na escola, pois 72% dos entrevistados relataram algum incidente *on-line* e 85% disseram ter sofrido *bullying* na escola, de maneira que houve associação dos ambientes para a prática dos insultos, porquanto dois terços das vítimas conheciam seus agressores, metade delas da própria escola.

Olweus (2012), no entanto, baseado em uma pesquisa com amostra grande de estudantes de Oslo na Noruega, bem como do sudeste e nordeste dos Estados Unidos, concluiu que o *cyberbullying* é fenômeno de baixa prevalência, sem aumento ao longo do tempo e sem a criação de novas vítimas e agressores, orientando as escolas a direcionarem os esforços no combate ao *bullying* tradicional.

No Brasil, embora sejam escassas as pesquisas de campo a respeito do *cyberbullying*, as poucas realizadas demonstram a sua ocorrência de maneira acentuada. Assim, em pesquisa realizada com estudantes em Porto Alegre e Taquari, no Estado do Rio Grande do Sul, verificou-se o envolvimento de 58% dos participantes como agressores, vítimas ou vítimas-agressoras (Mallman, Lisboa & Calza, 2018). Pesquisa com estudantes universitários do Brasil e de Portugal também revelou que em torno de 44% dos entrevistados chegaram a ser vítimas de *cyberbullying* em algum

momento da vida (Souza *et al.*, 2016). Em ambos, o maior percentual de vítimas era do sexo feminino.

O que normalmente se constata é uma extensão do *bullying* praticado na escola com o uso de ferramentas da internet. De qualquer forma, ainda que seja reduzida a associação entre o *bullying* tradicional e o *cyberbullying*, não significa que ela não possa ocorrer e assim se verifique, quando os mesmos agressores na escola encontram as vítimas nas redes sociais da internet, por exemplo.

A literatura aponta que no exercício do *cyberbullying* existem três papéis fundamentais: agressores, vítimas ou espectadores, e que as pessoas podem assumi-los alternadamente dependendo do contexto (Bayraktar *et al.*, 2015). Dentre esses papéis, o espectador costuma ocupar um papel central, uma vez que suas ações modificam o curso dos acontecimentos. Ou seja, podem reduzir os efeitos das ocorrências ao oferecer apoio às pessoas agredidas, ou reforçar a agressão ao aderir ao assédio, reproduzir o material em questão ou agir passivamente legitimando a ação dos agressores (Allison & Bussey, 2016; Moretti & Herkovits, 2021).

Juridicamente, o *bullying* possui conceituação própria evidenciada pela Lei no. 13.185, de 6 de novembro de 2015, que Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) e define, no § 1o. de seu Art. 1o., o que seria o *bullying*; já no parágrafo único de seu Art. 2o., demarcase o conceito legal de *cyberbullying*, sequencialmente destacados:

...§ 1o. No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Art. 2o. Caracteriza-se a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;

VII - isolamento social consciente e premeditado;

VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (Brasil, 2015, *on-line*).

Trata-se de um fenômeno corriqueiro nas escolas brasileiras, atualmente estudado de forma interdisciplinar em variadas áreas do conhecimento, e tratado como uma importante questão de saúde pública que demanda estratégias intrasetoriais de enfrentamento (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], 2016).

O Brasil ficou em segundo lugar, perdendo apenas para a Índia, em uma pesquisa realizada pelo instituto Ipsos,<sup>1</sup> a fim de indicar a maior frequência de casos de *cyberbullying* no mundo, o qual relatou a exposição de imagens íntimas não consentidas como a maior parte das ocorrências (Lima, 2019).

A maior gama de registros ocorre no contexto escolar, de forma a ocasionar sérias consequências biopsicossociais às vítimas (Borges *et al.*, 2018). A questão é ainda mais problemática quando essas práticas ocorrem em um ambiente virtual (*cyberbullying*), uma vez que o ciberespaço possibilita a rápida, ininterrupta e imensurável disseminação e exposição de informações da vítima (Lima, 2019; Oliveira *et al.*, 2015).

O *bullying* se exterioriza de forma direta (ataque imediato entre vítima e agressor) ou indireta (ataque mediato, provocado diante de manipulação, fofocas, indiferença, dentre outras circunstâncias). Em um ataque direto, a vítima vê seu agressor; já em um indireto, não raras vezes, sequer se sabe a quem responsabilizar (Lopes Neto, 2011).

As formas de exteriorização são salientadas em rol exemplificativo nos incisos do Art. 3o. da Lei no. 13.185/2015:

Art. 3o. A intimidação sistemática (*bullying*) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:

I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;

---

<sup>1</sup> O Instituto Ipsos, fundado na França, em 1975, é a terceira maior empresa de pesquisa e de inteligência de mercado do mundo. Está presente em 87 países, incluindo o Brasil.

- II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;
- III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
- IV - social: ignorar, isolar e excluir;
- V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;
- VI - físico: socar, chutar, bater;
- VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;
- VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social (Brasil, 2015, *on-line*).

As causas do *bullying* e do *cyberbullying* são diversas e conexas. Pode-se destacar fatores de ordem familiar, cultural, afetivos, escolares e sociais. Trata-se, em suma, de uma falta de valores e intervenção adequada junto às crianças para a formação de sua personalidade.

Em relação às consequências, pontua-se que todas as pessoas envolvidas são afetadas de certa maneira. Entretanto, as vítimas são as que sofrem em maiores proporções, pois, de maneira geral, “esta prática acarreta exclusão social, depressão, ideia de suicídio, deficiência de aprendizagem e de rendimento escolar, abandono das escolas, delinquência e vandalismo” (Bana, 2016: 80).

O trauma ocasionado pelos episódios não raramente resulta em violência. Afirma-se que 75% (setenta e cinco por cento) dos casos de tiroteios nas escolas estejam relacionados às pretéritas práticas de *bullying* e de *cyberbullying*. Essa realidade pode ser confirmada em casos noticiados de tiroteios nas próprias escolas brasileiras, nas quais o *bullying* foi apontado como causa e justificativa (Lima, 2019).

Por conseguinte, é nítido que as práticas de *bullying* e de *cyberbullying* resultam na devassa de diversos direitos da personalidade das vítimas, como sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, de suas próprias vidas, por consequência, tolhendo-as de sua dignidade. Ademais, os estudos acerca do *bullying* e do *cyberbullying* revelam que essas formas de violência entre pares são capazes de acarretar um enorme prejuízo emocional, psicológico e social ao indivíduo e podem comprometer o desempenho escolar de crianças e adolescentes (Coutinho *et al.*, 2017; Mendes *et al.*, 2019; Silva *et al.*, 2021).



#### IV. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA OCORRÊNCIA DO *BULLYING* E DO *CYBERBULLYING* NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO

As práticas de *bullying* e *cyberbullying* possuem um nítido caráter ilícito, pois desprestigiam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de forma a violar a ordem jurídica estatal, a moral e os bons costumes ao provocarem danos, no mínimo, de ordem material e moral (Bana, 2016). Nasce, dessa ilicitude, o dever de indenizar.

A responsabilidade civil é uma modalidade de responsabilidade jurídica que nasce com a ocorrência de um dano provocado por uma conduta ilícita. Trata-se de um instituto jurídico que visa a reestabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão, possibilitando à vítima pleitear a reparação do prejuízo sofrido.

A seara cível se destina aos interesses particulares do lesado e ao reestabelecimento dos prejuízos por este experimentados. A seara penal, noutro giro, busca a tutela e a retribuição do dano social ocasionado pela violação do ordenamento jurídico.

Uma mesma conduta pode possuir reflexos em mais de uma seara jurídica, resguardando-se cada campo do direito à tutela de um bem jurídico específico. As diferentes áreas jurídicas possuem reconhecida independência entre si, porém essa independência é analisada de forma mitigada, havendo a possibilidade de influência direta uma na outra.

As condutas delituosas tipificadas tratam puramente de atos ilícitos que violam, fora os já citados interesses sociais, os direitos individuais das próprias vítimas. Assim, é certo que, ocorrida uma condenação criminal, pautada em maior rigor e restrição, nasce, por consequência, um correspondente dever de indenizar os danos, como preconizam os arts. 935 do Código Civil (Brasil, 2002) e 91, inciso I, do Código Penal (Brasil, 1940), em conjunto com o Art. 63 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), ao tratarem da chamada ação civil *ex delicto*, aquela proposta na esfera cível que requer a indenização do dano juridicamente reconhecido em uma infração penal.

No campo criminal, não há previsão típica específica das condutas do *bullying* e do *cyberbullying*. Trata-se de uma reivindicação que, atualmente, tramita no Congresso Nacional no bojo do Projeto de Lei no. 3.686/2015, que tipifica o crime de intimidação sistemática (Lima, 2019).

Sem embargo, não obstante a falta de tratamento específico, não há violação ao princípio da legalidade ao se enquadrar a prática do *bullying* em

outros tipos penais já vigentes, podendo as condutas “serem sancionadas com a utilização do Art. 138 (Calúnia), Art.139 (Difamação), Art.140 (Injúria) e Art. 147 (Ameaça), este último condicionado à representação da vítima” (Dodge, 2013: 159). Lima (2019) salienta, ainda, a possibilidade do aumento de pena para os delitos contra a honra praticados na internet (Art. 141, III, CP), como é o caso do *cyberbullying*, e da prática de delitos, como o constrangimento ilegal (Art. 146, CP) e falsa identidade (Art. 307, CP), no caso da prática da agressão por intermédio de perfis *fakes*. Em determinados casos, é possível a configuração de outros crimes, como o racismo, injúria racial ou submissão de criança ou adolescente a constrangimento, este, na hipótese da prática ilícita realizada pelos próprios professores. Cita-se, a respeito, emenda da Apelação Criminal no. 0000665-79.2014.8.24.0002, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Apelação criminal. Crime de submissão de adolescente a vexame ou constrangimento (art. 232 do ECA, por cinco vezes) e prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça (art. 20 da lei n. 7.716/89, por duas vezes). Sentença de parcial procedência. Recurso da defesa. Preliminar. Nulidade do feito. Apresentação extemporânea da qualificação das vítimas por parte da acusação. Matéria não invocada em sede de alegações finais. Preclusão. Prejuízo à ampla defesa da recorrente, ademais, não verificado. Exegese do artigo 563 do CPP. Prefacial afastada. Pleito absolutório. Submissão de adolescente a vexame ou constrangimento (por quatro vezes). Alegação de insuficiência probatória. Não ocorrência. Palavras firmes e coerentes das vítimas em ambas as fases procedimentais. Relatos dos genitores que corroboram as falas dos adolescentes. Existência, ademais, de gravação ambiental realizada por uma das vítimas que ratifica ainda mais a ocorrência dos fatos delituosos. Negativa de autoria que se apresenta isolada nos autos. Farto arcabouço probatório. Condenações mantidas. Injúria racial (art. 140, §3o., do CP). Insuficiência probatória e crime impossível. Ausência de provas de que o adolescente pertencia à raça negra. Teses afastadas. Ré que na qualidade de professora referia-se ao aluno como “prezinho”, “neguinho” e quando este não compreendia o conteúdo, dizia que ele “não negava a raça”. Palavras proferidas que ofenderam à honra subjetiva do adolescente. Ademais, jovem que apesar de não ter a cor da pele preta se identificava como negro e, assim, se sentia ofendido com as frases depreciativas de cunho racial que lhe eram dirigidas. Injúria racial consumada. Condenação mantida (Brasil, 2019, *on-line*).

Sem perder de vista a possibilidade de ressarcimento dos danos após a condenação criminal do agressor, esta é prescindível para que a vítima de *bullying* e *cyberbullying* busque sua reparação, já que o ordenamento civil possui embasamento legal próprio para sustentar a responsabilização em juízo.

A responsabilidade civil é regulada, de forma geral, pelos arts. 186 e 927 do Código Civil (Brasil, 2002), que preveem a reparação dos danos decorrentes da prática de atos ilícitos, como é o indubitável caso do *bullying* e do *cyberbullying*, e possui, por pressupostos genéricos e indispensáveis, a prática de uma ação ou omissão, um dano e o nexo causal entre estes.

A ação ou omissão deve, necessariamente, infringir um dever legal, contratual ou social, o que resta estreme de discussão no caso do *bullying* e do *cyberbullying*. Como já discutido, é dever de todos a promoção e a proteção da criança e do adolescente em um ambiente saudável e livre de preconceitos, de forma a proporcionar o seu desenvolvimento integral.

Importante salientar que as escolas, especialmente, possuem o dever de promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática, como preconiza o Art. 12, inciso IX, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 1996).

Os danos, ao seu turno, consistem na subtração ou diminuição de um bem jurídico tutelado (Bana, 2016) e atingem, neste caso, a vítima em sua esfera moral, uma vez que a afeta diretamente em sua dignidade e personalidade, infirmando-a em sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, em sua vida.

Por isso, tal como disposto no Art. 5º, incisos V e X, da CF/88, e pelo Art. 12 do CC, é assegurada à vítima a indenização moral pela violação de seus direitos da personalidade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

No tocante ao valor da indenização moral a ser fixada, deve levar em consideração as condições pessoais do lesado, a intensidade de seu sofrimento, a gravidade do dano, a condição econômica do ofensor e o seu grau de culpa, bem como as peculiaridades do caso concreto (Gonçalves, 2012).

Após a sanção das Leis no. 13.185/2015, 13.277/2016 e 13.663/2018, eventuais indenizações devem ser fixadas com maior rigorosidade, mormente no que tange à culpa das instituições de ensino, pela reprovabilidade e omissão com os deveres jurídicos antibullying e falta de implantação

dos programas antibullying, tal como imposto pela legislação (Rezende & Calhau, 2020).

Não apenas na esfera moral, o princípio da reparação integral e os mesmos dispositivos já elencados permitem a reparação de toda a espécie de dano, inclusive de ordem material, uma vez que a prática do *bullying* pode resultar, ainda, em agressões que ocasionem prejuízos patrimoniais diretamente aferíveis.

Ao ter em vista que a questão se caracteriza como um problema de saúde mental, trata-se de ilícito capaz de ocasionar lesão ou outra ofensa, convido destacar a especial hipótese aventada pelo Art. 949 do CCB (2002), que prevê, além do ressarcimento geral do prejuízo, a indenização pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença.

Acerca do nexo de causalidade, elemento aglutinador da responsabilidade civil, nota-se que este cuida da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado/dano suportado (Cavaliere Filho, 2005) e deve ser atribuído, necessariamente, ao autor dos atos de intimidação sistemática. Contudo, tendo em vista que os autores da prática de *bullying* são, em sua maioria, incapazes, visando a ampliar a esfera de proteção jurídica das vítimas, é possível a responsabilização objetiva de terceiros pela compensação dos danos, especificamente, os pais/responsáveis pelo infrator ou o próprio estabelecimento de ensino, quando os atos ocorrerem no âmbito da instituição, nos termos do Art. 932, incisos I e IV, do Código Civil (Brasil, 2002).

O dever de guarda do estabelecimento de ensino pelos alunos em suas dependências é incontestado. Ao receber o estudante, confiado à rede oficial ou particular, fica a entidade responsável pelo dever de preservar a integridade e empregar os meios esperados de vigilância, de forma a prevenir e evitar danos aos estudantes (Stoco, 2007). O dever de prevenção e combate ao *bullying* dessas instituições é expressamente previsto nos arts. 5o., da Lei no. 13.185/2015 (Brasil, 2015), e 12, inciso IX, da Lei no. 9.394/1996 (Brasil, 1996).

Cumprido lembrar que as instituições de ensino, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, são locais de fundamental importância para o desenvolvimento físico e psicológico da juventude; logo, é dever de todos primar pela proteção dos direitos dos sujeitos, conforme estabelece o Art. 227 da Constituição, sem desprezar igual dever imposto pelo Art. 4o. do Estatuto da Criança e do Adolescente (Bana, 2016).

Ainda na matriz constitucional, prevê-se a defesa do consumidor como direito fundamental e dever do Estado, reiterando igual compromisso quando da exposição dos princípios orientadores da Ordem Econômica, conforme estabelecem os artigos 5o., inciso XXXII, e 170, inciso V da Constituição (Brasil, 1988). Portanto, por serem particulares —e, logo, remunerados os serviços da instituição de ensino— e pela existência de relação privada de fornecimento de serviço, fica notória a subsunção dos fatos a uma relação de consumo, de modo que, também pelo Art. 14 da Lei no. 8.078/1990, respondem objetivamente pela falha na prestação de seus serviços educacionais (Lima, 2019).

O que atrai a aplicação do microsistema consumerista é a plena caracterização dos elementos da relação de consumo, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o objeto (Bana, 2016). O consumidor tradicional ou fático, nos termos do Art. 2o. do CDC, consiste na pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final; são, pois, os alunos da instituição privada, que adquirem ou apenas se utilizam dos serviços educacionais de forma final. Fornecedor, ao seu turno, consiste na pessoa física ou jurídica que, dentre outras modalidades, presta serviços de maneira remunerada no mercado. No caso, a descrição remete às próprias instituições privadas que prestam os serviços educacionais contratados. Por fim, tem-se o objeto da relação de consumo, os precitados serviços educacionais, nos quais também se inclui o dever de segurança e vigilância com a incolumidade dos consumidores. Essa relação de consumo, conforme explica Diniz (2011: 546), “refere-se à responsabilidade daqueles que mediante uma remuneração têm sob sua direção pessoas para serem educadas e receberem instrução”.

Nessa senda, destaca-se a Apelação Cível no. 0042163-02.2011.8.12.0001, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na qual se reconheceu a responsabilidade objetiva do estabelecimento de ensino pautado na relação consumerista havida em suas dependências:

Apelação cível – ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais e materiais com pedido de tutela antecipada – falha na prestação do serviço – responsabilidade objetiva – menor – agressão física e psicológica por parte de colegas – inércia da instituição de ensino – resolução do contrato – gastos com materiais escolares – danos materiais (R\$ 1.072,00) e morais (R\$ 6.000,00 primeira apelada – R\$ 4.000,00 segunda apelada) – mantidos – sentença mantida – honorários recursais – majoração em 2% – apelo impro-

vido. Presente a verossimilhança das alegações, uma vez que as instituições de ensino se submetem às normas do CDC, porquanto são prestadoras de serviços e respondem objetivamente por eventuais danos que possam vir a causar aos seus consumidores, conforme dispõe o art. 14 do CDC. Comprovado nos autos a agressão sofrida pela criança por parte de colegas e ante a inércia da apelante, é patente o dever de indenizar (Brasil, 2017, *on-line*).

Com relação às instituições públicas de ensino, debate-se se seriam os serviços educacionais abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não remunerados diretamente pelo usuário, mas custeados por receitas tributárias em uma relação *uti universi*, o que pareceria fugir às exigências do § 2o. do Art. 3o. da norma consumerista:

Art. 3o. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2o. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Brasil, 1990, *on-line*).

Não obstante, a norma referida não menciona que a remuneração do serviço deva ocorrer de forma direta, além do que o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor trata de serviços públicos essenciais que precisam ser prestados de forma contínua: “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (Brasil, 1990, *on-line*).

A despeito da aplicação ou não do microsistema consumerista, a responsabilidade objetiva do Estado não é afastada, mesmo em se tratando de um ato omissivo (falta de prevenção e/ou contenção). Como já alhures recorrido, o estabelecimento de ensino, ainda que público, possui um dever específico de promover a segurança, a fiscalização e a vigilância, a fim de garantir a integridade moral e física dos estudantes.

O Supremo Tribunal Federal encampa a responsabilidade civil objetiva do Estado mesmo em razão de omissão com base na teoria do risco administrativo insculpida no art. 37, §6o., da Constituição de 1988, contudo, nestes casos, o nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal só ocorrerá quando o Poder Público tenha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim descumpra essa obrigação legal. Em outras palavras, para que haja responsabilidade civil objetiva no caso de omissão, deverá haver uma omissão específica do Poder Público. Eis a ementa do citado julgado:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6o., da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (Brasil, 2015, *on-line*).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em recente julgamento proferido em 2019, na Apelação Cível no. 0008737-81.2014.8.16.0033, assim ementado:

Apelação cível. Ação com pedido de indenização por danos morais. Sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais. Aluna de colégio estadual vítima de *bullying*. Responsabilidade objetiva do estado. Inaplicabilidade do cdc. Inexistência de relação de consumo. Estado que não cumpriu com seu dever de prevenção e inibição da prática. Prova oral que comprova a disseminação dos boatos pelos alunos sem intervenção eficaz da escola. Danos morais constatados. Quantum indenizatório a título de danos morais que comporta minoração. Valor fixado em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) conforme precedentes. Consectários legais. Adequação de ofício. Sentença reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido (Brasil, 2019, *on-line*).

Como se sabe, há duas correntes no referente à responsabilidade civil estatal por omissão, uma que defende ser ela objetiva (independente da comprovação de culpa, mas de necessária demonstração do nexo causal) e outra que advoga ser responsabilidade subjetiva (com a necessidade de

comprovar a culpa, além do nexo causal). No caso do bullying, como a omissão é decorrente da violação de um dever legal específico, a saber, dever de cuidado, proteção e vigilância, se era possível impedir o resultado danoso e nada se fez por parte dos que atuam na escola, haverá responsabilidade objetiva. Afinal, não teria sentido haver a responsabilidade penal do agente com dever legal de responsabilidade pela omissão de resultado evitável nos termos do art. 13, § 2o., alínea a, do Código Penal (Brasil, 1940), mas sem uma correspondente responsabilidade no âmbito civil.

Desse modo, não há de se falar em omissão genérica e aplicação da teoria da culpa administrativa, mas, sim, em uma omissão específica de um dever legal de agir, de forma que ainda assim responda objetivamente (Cavaliere Filho, 2008), em razão da teoria do risco administrativo, insculpida no Art. 37, §6o., da CF/88, bem como no Art. 43 do Código Civil (Bana, 2016).

Em princípio, somente a escola ou o Estado serão responsáveis pelos atos de *bullying* praticados no ambiente escolar, a não ser que os pais do aluno agressor também concorram para o ato, como no caso de incentivo da prática, ou de não a coibir, caso em que a responsabilidade será solidária. No caso de *cyberbullying*, como normalmente os atos não são praticados no recinto da escola, advém a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos praticados pelos filhos, solidária com estes, conforme dispõe o Art. 932, inciso I, c/c Art. 942, parágrafo único, ambos do Código Civil (Brasil, 2002). Em conformidade com o Marco Civil da Internet, os mantenedores das redes sociais e provedores poderão ser responsabilizados se não retirarem o conteúdo ofensivo após ordem judicial nos termos do Art. 19 da Lei no. 12.965/2014, porém, conforme bem advertem Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019: 948-960), até mesmo antes disso, quando comunicados pelas vítimas ou seus representantes legais e não tomarem providências, de forma diligente, para indisponibilizar o conteúdo infringente em seus sítios da internet, caso em que a responsabilidade será subsidiária por força do Art. 21 da Lei no. 12.965/14 (Brasil, 2014).

A responsabilidade civil deve servir como um mecanismo de compensação das vítimas e repressão de novas práticas de violência escolar, de forma a desestimular o *bullying* e o *cyberbullying* e, de maneira geral, conscientizar e mobilizar a sociedade como um todo para a implementação de práticas efetivas à prevenção e à inibição desse problema.



## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da tutela jurídica dos direitos da personalidade das vítimas do *bullying* e do *cyberbullying* permitiu compreender a integridade do sistema jurídico de proteção brasileiro no tocante à responsabilidade civil.

O *bullying* e o *cyberbullying* consistem em recorrentes atos de violência física e/ou psicológica contra as vítimas. Trata-se, pois, de um fenômeno registrado frequentemente no âmbito das instituições de ensino, local que, pela intenção da Constituição, deveria ser um recanto de aprendizado, desenvolvimento e formação das pessoas, sobremaneira aquelas que estão em desenvolvimento, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

À vista disso, a legislação, principalmente após o ano de 2015, caminha no sentido de regulamentar e buscar alternativas eficazes de prevenção e contenção dessas práticas no meio escolar, impondo a previsão, nos planos pedagógicos das instituições, de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente o *bullying* e o *cyberbullying*.

Não apenas a instituição de ensino, como todos, conforme prevê a Constituição, possuem o dever de assegurar o desenvolvimento e proteger as crianças e os adolescentes contra toda e qualquer forma de discriminação.

Apesar das previsões normativas já narradas, o Brasil ainda lidera rankings de violência. Quando tratada a violência escolar, verifica-se que as escolas, públicas ou privadas, têm deixado de adotar medidas eficazes de inibir e conter essas agressões nas suas atividades.

O *bullying* e o *cyberbullying* resultam na violação de diversos direitos da personalidade das vítimas, como sua honra, imagem, integridade físico-psíquica e, em último caso, de suas próprias vidas, por consequência, tolhendo-as de sua dignidade humana. Tais práticas devem ser objeto de grande preocupação pelo poder público, ainda mais por se tratar de uma espécie de violência que compromete a cidadania e o futuro da sociedade.

Portanto, em razão da falta de prevenção à prática do *bullying* e do *cyberbullying* no ambiente escolar, deve a responsabilidade civil, nos casos aventados, servir como um meio de compensação, tutela e, de um modo geral, repressão de novos casos de violência escolar no âmbito das instituições de ensino, o que deve ocorrer de forma exemplar, sobremaneira após as Leis no. 13.185/2015, 13.277/2016 e 13.663/2018, pela maior reprovabilidade diante da inobservância dos deveres jurídicos antibullying.

## VI. REFERÊNCIAS

- ALLISON, K. R. & BUSSEY, K. (2016). “Cyber-bystanding in context: a review of the literature on witnesses’ responses to cyberbullying”. *Child Youth Serv Rev.* 65. Disponível em: <https://doi.org/doi:10.1016/j.childyouth.2016.03.026>.
- BANA, I. (2016). *Bullying, homofobia e responsabilidade civil das escolas: uma análise sob a proteção dos direitos da personalidade*. Birigui: Boreal.
- BAYRAKTAR, F. et al. (2015). “Cyberbullying: the discriminant factors among cyberbullies, cybervictims, and cyberbully-victims in a Czech adolescent sample”. *Journal of Interpersonal Violence*, 30. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0886260514555006>.
- BORGES, V. L. et al. (2018). “Relações entre bullying e Esquemas Iniciais Desadaptativos em estudantes universitários”. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*. 14(1). Rio de Janeiro. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/1808-5687.20180008>.
- Brasil (1940). Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Recuperado em 28 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).
- Brasil (1941). Decreto-Lei no. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Recuperado em 28 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).
- Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).
- Brasil (1990). Lei no. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266).
- Brasil (1996). Lei no. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)
- Brasil (2002). Lei no. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho,

2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

Brasil (2014). Lei no. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 julho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm).

Brasil (2015). Lei no. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado em 27 junho, 2021, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm).

Brasil (2015). Plenário do Supremo Tribunal Federal. *RE 677139 AgR-EDv-AgR Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de outubro de 2015. Brasília, 09 dez. 2015. Recuperado em 27 julho, 2021, de <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur33241/false>.

Brasil (2017). Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação no. 0042163-02.2011.8.12.0001. Apelante: Espaço Livre Educação Infantil e Ensino Fundamental Ltda. Apelada Maria Eduarda Nunes da Cunha Galvão, representada por Ana Laura Nunes da Cunha. Relator: Desembargador João Maria Lós. Campo Grande, 09 de maio. Recuperado em 26 setembro, 2021, de <https://esaj.tjms.jus.br/cjsjg/resultadoSimples.do?jsessionid=9A30F76A47088F8C3CF33FDE12ED1505.cjsjg4?conversationId=&nuProcOrigem=0042163-02.2011.8.12.0001&nuRegistro=>.

Brasil (2019). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível no. 0008737-81.2014.8.16.0033. Apelante: Estado do Paraná. Apelada: Kelle Camila Alves. Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes de Cunha. Curitiba, 30 de julho. Recuperado em 28 junho, 2021, de <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008637581/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008737-81.2014.8.16.0033#>.

Brasil (2019). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal no. 0000665-79.2014.8.24.0002. Apelante: I. R. P. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza. Florianópolis, 25 de abril. Recuperado em 26 setembro, 2021, de [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora).

- CAVALIERI FILHO, S. (2005). *Programa de Responsabilidade Civil*. 6a. ed. São Paulo: Malheiros.
- CAVALIERI FILHO, S. (2008). *Programa de Responsabilidade Civil*. 8a ed. São Paulo: Atlas.
- COUTINHO, K. de A. *et al.* (2017). “As representações sociais do bullying de acadêmicos do curso de Pedagogia”. *Revista CESUMAR*. 22(2). Maringá.
- DINIZ, M. H. (2011). *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 25a. ed. São Paulo: Saraiva.
- DODGE, R. E. F. (2013). *Roteiro de atuação: crimes cibernéticos*. 2a. ed. Brasília: MPF/2CCR.
- FACHIN, Z. (2013). *Curso de Direito Constitucional*. 6a. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FARIAS, C. C. *et al.* (2019). *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2012). *Direito Civil Brasileiro, 4, Resp. Civil*. São Paulo: Saraiva.
- HERRERA-LOPEZ, M. *et al.* (2018). “Bullying y cyberbullying em latinoamérica: um estudio bibliométrico”. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*. 23(76). Ciudad de México. Recuperado em 2 abril, 2021, de <https://www.comie.org.mx/revista/v2018/rmie/index.php/nrmie/article/view/1142>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE] (2016). *Pesquisa Nacional de Saúde Escolar (PeNSE 2015)*. Rio de Janeiro: IBGE.
- JUVONEN, J. & GROSS, E. F. (2008). “Extending the school grounds? Bullying experiences in cyberspace”. *Journal of School Health*. 78(9). Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1746-1561.2008.00335.x>.
- KANT, I. (1986). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Editora 70.
- LIMA, A. P. M. C. de. (2019). “Cyberbullying: agressão virtual, consequências reais e desdobramentos jurídicos”. In LIMA, A. P. M. C. de. *et al.* (orgs.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LOPES NETO, A. A. (2011). *Bullying: saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense.

- MALLMAN, C. L. *et al.* (2018). “Cyberbullying e estratégias de coping adolescentes do sul do Brasil”. *Acta Colombiana de Psicología*. 21(1). Recuperado em 10 dezembro, 2021, de <https://actacolombiana psicologia.ucatolica.edu.co/article/view/1162/1675>.
- MENDES, J. C. S. *et al.* (2019). “Importância dos enfermeiros na identificação do *Cyberbullying*: revisão sistemática”. *Revista Portuguesa de Investigação Comportamental e Social*. 5(1). Instituto Superior Miguel Torga, Coimbra.
- MORETTI, C. & HERKOVITS, D. (2021). “De vítimas, perpetradores y espectadores: una meta-etnografía de los roles en el cyberbullying”. *CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA*, 37(4), e00097120. Recuperado em 8 dezembro, 2021, de <https://www.scielo.br/j/csp/a/5tqGgm7fGVs8xDsKqmW9v7r/?format=pdf&lang=es>.
- OLIVEIRA, J. C. C. *et al.* (2015). “A produção científica sobre o *cyberbullying*: uma revisão bibliométrica”. *Psicologia em Pesquisa*, 9(1). Juiz de Fora. Recuperado em 2 abril, 2021, de <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psipesq/v9n1/v9n1a05.pdf>.
- OLWEUS, D. (1993). *Bullying at school: What we know and what we can do*. Oxford: Blackwell Publishing.
- OLWEUS, D. (2012). “Cyberbullying: na overrated phenomenon?”. *European Journal of Developmental Psychology*. 9(50). Recuperado em 10 dezembro, 2021, de <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17405629.2012.682358>.
- PIOVESAN, F. (2010). “Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos”. In PIOVESAN, F. & SOARES, I. V. P. (coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum.
- PORFÍRIO, F. (2021). “Violência no Brasil”. *Brasil Escola*. Recuperado em 11 junho, 2021, de <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-no-brasil.htm>.
- REZENDE, E. N. & CALHAU, L. B. (2020). “Cyberbullying, direito educacional e responsabilidade civil: uma análise jurídica e deontológica da realidade brasileira”. *Revista Online de Política e Gestão Educacional*, Araraquara, 24(2). Recuperado em 2 abril, 2021, de <https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/13630>.
- SARLET, I. W. (2004). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- SARLET, I. W. (2015). *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SILVA *et al.* (2021). “A influência da violência familiar e entre pares na prática do *bullying* por adolescentes escolares”. *Ciência & Saúde Coletiva*, 26 (Supl. 3). Recuperado em 8 de dezembro, 2021, de <https://www.scielo.org/pdf/csc/2021.v26suppl3/4933-4943/pt>.
- SOUSA, L. M. de (2010). “O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em região com excepcional patrimônio cultural”. In PIOVESAN, F. & SOARES, I. V. P. (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum.
- SOUZA, S. B. *et al.* (2016). “O cyberbullying em contexto universitário do Brasil e Portugal: vitimização, emoções associadas e estratégias de enfrentamento”. *Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*. 11(3). Recuperado em 10 dezembro, 2021 de <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/9067/5963>. DOI: <http://dx.doi.org/10.21723/riaee.v11.n.esp3.906>.
- STOCO, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. 7a. ed. São Paulo: RT.
- SWARTZ, J. (2005). “Schoolyard bullies get nastier online”. *USA Today*, 7 mar. Recuperado em 9 de dezembro, 2021, de [https://usatoday30.usatoday.com/money/industries/technology/2005-03-06-cover-cyber-bullies\\_x.htm](https://usatoday30.usatoday.com/money/industries/technology/2005-03-06-cover-cyber-bullies_x.htm).
- TARTUCE, F. (2012). “A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o *bullying*”. In LAGRATA NETO, C. *et al.* *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2a. ed. São Paulo: Atlas.
- TEPEDINO, G. (2004). “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In *Temas de Direito Civil*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- WEIMER, W. R. & MOREIRA, E. C. (2014). “Violência e bullying: manifestações e consequências nas aulas de educação física escolar”. *Rev Bras Cienc Esporte*, 36(1). Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpmed.2019.09.005>
- YAEGASHI, J. G. *et al.* (2021). “O cyberbullying e seus impactos na adolescência: uma revisão integrativa”. *Notandum*. Ano XXV (58). Maringá.



## COMENTARIO LEGISLATIVO



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## A cuatro años de la reglamentación del artículo 112 de la Constitución Política de Colombia y la promulgación de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición

### *Four years after the regulation of article 112 of the Political Constitution of Colombia and the promulgation of Law 1909 or Statute of the Opposition*

Joaquín NARRO LOBO\*

**RESUMEN:** El Estatuto de la Oposición Política de Colombia cumple cuatro años de haber sido promulgado. Después de décadas de inestabilidad política provocada por factores como violencia y corrupción, Colombia cuenta con un instrumento jurídico de la mayor relevancia en el reconocimiento a la pluralidad y la crítica como elementos fundamentales de la democracia y sus instituciones. Tras treinta y un años de haberse establecido en la Constitución y en un entorno político en el que una persona de izquierda asumirá la presidencia, la Ley 1909 enfrenta la oportunidad de probar su eficacia, al tiempo que tiene la posibilidad de convertirse en un referente para las democracias latinoamericanas.

**ABSTRACT:** *The Statute of the Political Opposition of Colombia celebrates four years of having been enacted. After decades of political instability caused by factors such as violence and corruption, Colombia has a legal instrument of the greatest relevance in recognizing plurality and criticism as fundamental elements of democracy and its institutions. After thirty one years of being established in the Constitution and in a political environment in which a left-wing politician will assume the presidency, Law 1909 faces the opportunity to prove its effectiveness, while it has the possibility to become a benchmark for latin american democracies.*

**Palabras clave:** oposición política, Estatuto de la Oposición, Constitución Política de Colombia, Ley 1909, acuerdos de paz.

**Keywords:** *political opposition; Statue of the Opposition, Political Constitución of Colombia, Law 1909, peace agreement.*

---

\* Profesor de tiempo completo y doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0463-0857>; [joaquin.narro@gmail.com](mailto:joaquin.narro@gmail.com).



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes y contexto del proceso constituyente de 1991*. III. *El artículo 112 en la Constitución colombiana, los actos legislativos de 2003 y 2015 y los intentos para contar con una legislación secundaria*. IV. *Los acuerdos de paz entre el gobierno colombiano y las FARC*. V. *Contenido general de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición*. VI. *Reflexiones para América Latina y el caso mexicano*. VII. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN

La oposición política es un tema cotidiano en el desarrollo de las relaciones entre aquellos que detentan el poder político y quienes forman parte de las minorías de cualquier Estado democrático. La crítica y la confrontación que estos últimos realizan en contra de quienes encabezan un gobierno son, por sí, oposición como acción política, lo cual resulta tan natural como el ejercicio mismo del poder dentro de una democracia. Con excepción de la fundación del Estado en la que todos los que participan manifiestan su conformidad de manera unánime (Garrido, 1996: 20-28), todos los demás actos dentro de una comunidad política estarán caracterizados por una mayoría que los apoya, y una o varias minorías que los rechazan, lo que necesariamente provocará la inconformidad y oposición —como acción o *lato sensu*— de estos últimos. En cuanto estas minorías comienzan a actuar de forma estructurada y coordinada, bien sea porque ya lo estaban a manera de partidos políticos e incluso representadas en el órgano legislativo, o porque lo hacen a partir de comprender su carácter minoritario, la oposición pasa de la simple acción a la organización o *stricto sensu*. Así, la oposición puede ser de acción o de organización, siendo esta última la que nos importa por ser la que el artículo 112 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1909, o Estatuto de la Oposición, buscan regular y dotar de instrumentos y herramientas que permitan garantizar su participación en el fortalecimiento de la democracia de aquel país.

## II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1991

Tras más de un siglo de vigencia, en 1991 fue promulgada la actual Constitución Política de Colombia, sustituyendo a la de 1886. Las razones y el contexto sociopolítico que llevaron al pueblo colombiano a una determinación tan grande son relevantes, pues en buena medida el proceso constituyente estuvo impregnado de consideraciones relacionadas con el fortalecimiento de la democracia y la creación de instituciones que sirvieran a esta causa, como es el precepto constitucional que da sustento a nuestra reflexión respecto a su reglamentación a través de la Ley 1909 o Estatuto de la Oposición.

Durante los años previos a la promulgación de su actual texto constitucional, Colombia atravesó por momentos de crisis institucional derivada de los altos índices de violencia, inseguridad, corrupción e impunidad, así como por la inestabilidad política y administrativa en los ámbitos federal y locales. El terror sembrado por el narcotráfico y la guerrilla, así como el caos producido por la ebullición social y la falta de herramientas institucionales eficientes, generaron condiciones en las que la viabilidad del gobierno se puso en duda, y el porvenir de la democracia se colocó en una situación de máxima complejidad (Cotes, 2021: 49 y 50). Tras algunos intentos realizados desde el gobierno por hacer cambios a la Constitución de 1886, fue la dinámica social, señaladamente la de los estudiantes, a través del movimiento “Todavía podemos salvar a Colombia”, y su iniciativa de la Séptima papeleta, quienes, derivado del asesinato del candidato liberal a la presidencia, Luis Carlos Galán, lograron posicionar como prioritaria la necesidad de contar con una nueva Constitución (Amaya, 2013: 12-18). Se trató, a diferencia de muchos otros, de un proceso constituyente producto de la protesta social de grupos sociales específicos, pero no de un movimiento revolucionario que rompiera con el orden jurídico, pues aun cuando se buscó que los grupos tradicionales que carecían de legitimidad no participaran en él, se realizó dentro de una institucionalidad tendiente a pacificar más de cuatro décadas de violencia generalizada (Correa, 1990: 25-27).

Por todas las razones anteriores, no es de extrañar que algunos de los pilares de la entonces naciente Constitución fueran el fortalecimiento de la democracia a través de instrumentos de participación ciudadana, la reivindicación de los derechos humanos y la construcción de una nueva institu-

cionalidad a través de mecanismos de control político del poder. El marco de todo ello fue la pacificación en el más amplio sentido del término, pues no solamente se trató de frenar la violencia desmedida que causó la muerte de miles de colombianos, sino también la erradicación de aquellos factores que la propiciaban, como la corrupción, la impunidad y la debilidad de buena parte de las estructuras estatales. Así, no es de extrañar que uno de los temas relevantes que se abordaron durante el proceso constituyente fuera el del papel que habrían de tener aquellos partidos políticos que no lograran la mayoría y que se convirtieran, *de facto*, en críticos del gobierno, y que dio como resultado la constitucionalización de la oposición política en el artículo 112. Sin embargo, fue hasta 2017 que, derivado de los acuerdos de paz entre el gobierno Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC), el Congreso de la República legisló para establecer una normativa que regulara la participación de la oposición política.

### III. EL ARTÍCULO 112 EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA, LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE 2003 Y 2015 Y LOS INTENTOS PARA CONTAR CON UNA LEGISLACIÓN SECUNDARIA

A lo largo de sus treinta y un años de existencia, el artículo 112 de la Constitución Política de Colombia ha sufrido dos modificaciones que han buscado clarificar sus alcances. En su publicación original, el artículo 112 establecía la libertad del ejercicio de la función crítica y de presentación de alternativas políticas de aquellos partidos y movimientos que no participaran en el gobierno, garantizándoles los derechos de acceso a la información pública; el uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con su representación política; el ejercicio del derecho de réplica frente a descalificaciones y señalamientos dirigidos desde el poder; la participación en los organismos electorales, así como la participación en las mesas u órganos directivos de cuerpos colegiados, conforme a su representación. Para la realización de todo esto, el párrafo tercero de dicho artículo consideró necesaria la promulgación de una ley estatutaria.

Doce años después, en 2003, el artículo 112 fue modificado para precisar algunos conceptos contenidos en la redacción original. Así, se obligó a los partidos y movimientos políticos a contar con personalidad jurídica, así como a declarar formalmente su oposición al gobierno y no solamente

a que esta se asumiera por su carácter minoritario al no participar en este. En esta ocasión se incorporó al texto constitucional el carácter opositor y no meramente crítico de aquellas organizaciones que pretendieran acceder a los derechos de la oposición. De igual manera, se precisó que el acceso a los medios de comunicación no estaría restringido a aquellos de carácter social del Estado, sino que se ampliaría a cualquier otro que hiciera uso del espectro electromagnético (Acto Legislativo 1 de 2003 por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones, del 21 de junio de 2002, artículo 5o.). El resto de los derechos garantizados a la oposición se mantuvieron como en el texto original.

En 2015 el artículo 112 nuevamente sufrió modificaciones a través del Acto Legislativo 2, el cual mantuvo el contenido de lo reformado en 2003 y adicionó tres párrafos. Mediante esta reforma, el Congreso de la República estableció la relevancia de reconocer el liderazgo político y la fuerza electoral de aquellos candidatos a presidente y vicepresidente, así como a gobernador y alcalde distrital o municipal que, habiendo sido derrotados en las elecciones, representaran el sentir y la preferencia de la primera minoría, otorgándoles espacios de representación en el Senado, en la Cámara de Representantes, en la Asamblea Departamental, en el Consejo Distrital y en el Consejo Municipal, respectivamente (Acto Legislativo 2 de 2015 por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, del 21 de junio de 2015, artículo 1o.). Esta reforma representó ya no solo reconocer el papel de los partidos y movimientos políticos, sino dar cabida a los individuos que, habiendo encabezado una opción electoral, no habían contado con el número necesario de votos para ganar, pero que sin duda contaban con una importante fuerza y legitimidad entre los electores.

Sin denuedo de lo relevante del reconocimiento de la oposición política en el texto original, así como del contenido en las reformas constitucionales de 2003 y 2015, lo correspondiente a la promulgación de una ley estatutaria que regulara la materia relativa a la oposición política se mantuvo como letra muerta por más de un cuarto de siglo. Tras once intentos por legislar en este tema, fue hasta 2017 que el Congreso de la República generó los concesos que le permitieron, un año después, promulgar una ley estatutaria que dio certeza al cumplimiento de los derechos de los partidos y movimientos políticos de oposición, así como de las personas que, habiendo participado como candidatas a los puestos ejecutivos anteriormente señalados, obtuvieran el segundo lugar en los procesos electorales

correspondientes (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia, 2018, 00:00:01-00:02:00).

#### IV. LOS ACUERDOS DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC

En 1991 Colombia buscó su pacificación a través de la promulgación de una nueva Constitución. Como consecuencia de eso, la Ley 1909 de 2018, o Estatuto de la Oposición, fue fruto de los diálogos y negociaciones entre el gobierno colombiano y las FARC. El punto 2 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, intitulado “Participación política: apertura democrática para construir la paz”, estableció como uno de los pilares para el inicio de la paz en Colombia, el fortalecimiento del pluralismo y la representación de las distintas visiones e intereses de la sociedad, dando especial énfasis en la participación efectiva, y con garantías, de la oposición política. En el apartado 2.1.1 se estableció una distinción relevante entre la oposición ejercida al interior del sistema político por partidos y movimientos, y aquella desplegada por movimientos sociales y populares contrarias al gobierno, reconociendo la necesidad de normativizar los derechos y garantías de aquellos, sin perjuicio de las libertades de las que pudieran gozar estos últimos (Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016: 35-38).

Entre los aspectos considerados por el Acuerdo de Paz, se contempló establecer el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política, el cual contribuyera “a crear y garantizar una cultura de convivencia, tolerancia y solidaridad, que dignifique el ejercicio de la política y brinde garantías para prevenir cualquier forma de estigmatización y persecución de dirigentes por motivo de sus actividades políticas, de libre opinión o de oposición” (Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016: 38). Lo anterior preveía el desarrollo de acciones en cuatro grandes rubros: 1) adecuación normativa e institucional; 2) prevención; 3) protección, y 4) evaluación y seguimiento. En este sentido, resultaba evidente que uno de los primeros aspectos que debían atenderse era crear la normatividad que regulara la participación política a partir de la oposición, pues las organizaciones y movimien-

tos sociales y políticos que se verían beneficiadas aspiraban a participar en política desde esta última ante la imposibilidad, cuando menos en el corto plazo, de hacerlo como gobierno.

Al respecto, es importante recordar que, si bien la incorporación al marco normativo colombiano del Estatuto de la Oposición encuentra una clara relación con las negociaciones por la paz y el fin del conflicto entre el gobierno colombiano y las FARC, no así su conceptualización, pues el texto original de la Constitución de 1991 ya la consideraba como un mecanismo para el fortalecimiento de la democracia y la participación política. Empero, fue gracias a la incorporación de este al Acuerdo de Paz que las fuerzas políticas representadas en el Congreso se vieron obligadas a alcanzar los consensos para legislar en la materia y, después de 26 años, dotar de una legislación reglamentaria al artículo 112 constitucional.

## V. CONTENIDO GENERAL DE LA LEY 1909 O ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN

Como señalamos anteriormente, los esfuerzos para la creación de un Estatuto de la Oposición constituyeron la presentación de once proyectos legislativos. Sin embargo, no fue sino hasta el desarrollo de los trabajos políticos emprendidos por el gobierno colombiano con la intención de lograr la pacificación del país que esto comenzó a rendir frutos. Con la firma del Acuerdo de Paz, el compromiso constitucional de dotar de derechos y garantías a la oposición se encontró en la negociación política la palanca que requería para encontrar su cumplimiento. En menos de un año de trabajo legislativo, el 9 de julio de 2018 el Estatuto de la Oposición vio la luz a través de la promulgación de la Ley 1909, la cual entraría en vigor once días después.

A lo largo de 32 artículos, el Estatuto de la Oposición regula lo establecido en el artículo 112 de la Constitución, reconociendo a la oposición política no solo como aquellos partidos y movimientos políticos que así se declaren, sino incluso como un derecho fundamental. En su artículo 5o., el Estatuto establece los principios rectores que habrán de regir, tanto a la norma como a la actuación de la oposición. Entre los más destacables se encuentra el de entender el ejercicio de la oposición como un elemento central para la resolución pacífica de los conflictos, así como el carácter esencial de esta en la democracia participativa y en el control político del

gobierno. Más adelante, el artículo 11 de la Ley 1909 reconoce derechos y libertades como la libertad de pensamiento, el derecho a la manifestación y la protesta social, la relevancia de la igualdad de género, así como el reconocimiento a la diversidad étnica. El resto del texto legislativo hace una puntual descripción de los mecanismos y procedimientos mediante los cuales los partidos y movimientos de oposición ejercerán sus derechos.

Una de las cuestiones más relevantes de esta ley estriba en los principios rectores que ya hemos señalado, pues es ahí donde se encuentra la esencia de la oposición y del reconocimiento a los derechos de las minorías, los cuales autores como Kelsen han planteado en cuanto a su existencia, su participación en la vida política, su papel como contrapeso del poder y la posibilidad de aspirar a convertirse en gobierno (Kelsen, 2002: 63-71). Es ahí, en el lugar que la Constitución le concede y la ley regula, donde la oposición política cumple su cometido en reafirmar el valor de la pluralidad, el disenso y las minorías, y contribuye al fortalecimiento de la democracia.

En un Estado como Colombia, asolado durante décadas por la violencia y el terror provocado por los cárteles del narcotráfico, los grupos paramilitares y las organizaciones guerrilleras, una ley como el Estatuto de la Oposición significa el reencuentro con la pluralidad y el diálogo como elementos fundamentales de la política. A treinta y un años de distancia de la promulgación de la Constitución, y a cuatro de la Ley 1909, la institucionalización de la diferencia, la crítica y la propuesta alternativa se colocan como una solución a lo que parecía ser un destino inevitable y que el movimiento “Todavía podemos salvar a Colombia” buscaba evitar: el fracaso del Estado, el cual hubiera podido llevar a consecuencias devastadoras. A cuatro años de su promulgación y con la llegada de Gustavo Petro a la presidencia de este país, más allá de ideologías o preferencias políticas, Colombia hoy enfrenta el reto de hacer efectivos los derechos de las minorías representadas por la oposición política.

## VI. REFLEXIONES PARA AMÉRICA LATINA Y EL CASO MEXICANO

La región de América Latina no se ha caracterizado por ser la más democrática del mundo ni por generar estabilidad y fortaleza institucional. Por diversas razones, el siglo XX, y las primeras décadas del XXI, no ha sido sencillo para la consolidación de Estados Democráticos de Derecho.

En algunos momentos de todo este tiempo, todos los países del subcontinente, en mayor o menor medida, han padecido excesos de autoritarismo y carencias de democracia. Incluso Estados que parecían que comenzaban el tránsito hacia una consolidación de las instituciones de la democracia, hoy se encuentran en riesgo de regresiones que, en caso de concretarse, significarían un retroceso para los derechos políticos de sus ciudadanos. Por ello, el ejemplo del Estatuto de la Oposición colombiano resulta tan significativo. Se trata, sin lugar a dudas, de un mecanismo que merecería la pena analizar y considerar para ser incorporado, con las adaptaciones necesarias, en prácticamente todos los textos constitucionales.

En el caso de México, la situación que hoy vive su sistema político hace pensar en la conveniencia de contar con una regulación que permitiera a la oposición hacer frente, de manera institucional y responsable, a un gobierno fuerte y ampliamente respaldado que, además, cuenta con mayoría en las dos Cámaras del Congreso, pero que incluso amenaza, por momentos, libertades fundamentales como la de expresión. Quizá si en este país se contara con una regulación normativa de la oposición política se podrían construir consensos y acuerdos en beneficio del fortalecimiento institucional. En los próximos años es necesario comenzar a explorar el camino seguido por Colombia y considerar la normativización de los derechos de las minorías que hoy no terminan de encontrar un rumbo que consolide la endeble democracia mexicana.

## VII. FUENTES CONSULTADAS

AMAYA, Renata (2013). “Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta o *Todavía podemos salvar a Colombia*”. *Revista de Derecho Público*. 30. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.30.2013.01> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

CORREA HENAO, Néstor R. (1990), “El proceso constituyente: el caso colombiano”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 91. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4535> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

COTES ZULETA, Aquilino (2021). “Treinta años de la Constitución de Colombia de 1991: ¿encarnación del ideal del actual constituyente prima-



rio?”. *Revista Latinoamericana de Difusión Científica*. 3(5). Disponible en: <https://doi.org/10.38186/difcie.35.05> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1996). “En torno a los conceptos de unanimidad y mayoría en el contrato social de J. J. Rousseau”. *Revista de Derecho Político*. 41. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.41.1996.8683> (fecha de consulta: 18 de junio de 2022).

KELSEN, Hans (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares.

### Videos

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO COLOMBIA (2018). *¿Qué es y cómo funciona el Estatuto de la Oposición Política en Colombia?*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iGtqaPV9q0k> (fecha de consulta: 12 de junio de 2022).



## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o caso *Herzog vs. Brasil*

### *The Inter-American Court of Human Rights and the case Herzog vs. Brazil*

Adolfo MAMORU NISHIYAMA\*  
Rafael de LAZARI\*\*

**RESUMO:** Em quinze de março de 2018, um triste pedaço do passado brasileiro foi passado a limpo. O Brasil foi, enfim, condenado pela omissão na apuração da detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog nos porões do regime ditatorial (fato ocorrido em 1975). O trabalho que segue busca pinçar dados pontuais da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contextualizando-a a fatos históricos concomitantes, para, ao fim, trazer algumas conclusões particulares favoráveis aos direitos à memória e à ver

**ABSTRACT:** On March 15th, 2018, a sad piece of the Brazilian past was cleared. Finally, Brazil was condemned for its failure to investigate the arbitrary detention, torture and death of journalist Vladimir Herzog in the basements of the dictatorial system (which occurred in 1975). The text that follows seeks to collect specific data from the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights contextualizing it to concomitant historical facts, to, at the end, bring some particular conclusions in favor of the rights to memory and the truth.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil da Universidade Paulista, Brasil, desde 1999. Relator da XX Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP - Brasil (2010-2012). Advogado. Autor de diversas obras jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7354-8267>; [ammadv@uol.com.br](mailto:ammadv@uol.com.br).

\*\* Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP, Brasil. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9808-8631>; [prof.rafaeldelazari@hotmail.com](mailto:prof.rafaeldelazari@hotmail.com).

dade. Serão vistos aspectos técnicos (majoritariamente) e sociais (minoritariamente), através dos métodos histórico e descritivo. Como material de pesquisa utilizou-se da doutrina e da jurisprudência.

*Technical (mostly) and social (minority) aspects will be seen, using historical and descriptive methods. As research material, doctrinal and jurisprudential analyzes were used.*

**Palavras-chave:** Lei da Anistia, direito à memória e à verdade, Convenção Americana de Direitos Humanos.

**Keywords:** Law of Amnesty, right to memory and truth, American Convention of Human Rights.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Desenvolvendo o caso*. III. *Breves considerações técnicas acerca da sentença do caso Herzog vs. Brasil*. IV. *Considerações finais*. V. *Referências*.

## I. INTRODUÇÃO

Em 10 de julho de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu petição inicial apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL); pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH); pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo; e pelo Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo. O caso foi autuado sob o nº 12.879. No mérito, discutia-se a suposta responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela inadequada investigação do caso de detenção, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante o período ditatorial.

Boa parte da impunidade dos fatos se deve à Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979). Pelo art. 1º, *caput*, dessa lei, foi concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Pelo parágrafo primeiro, foram considerados conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Pelo parágrafo segundo, ficaram excetuados dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de

terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Voltar-se-á a analisar a Lei da Anistia mais adiante neste trabalho.

Herzog, diretor da TV Cultura, em São Paulo/SP, apareceu morto nas dependências do DOI/Codi —Destacamento de Operações de Informações— Centro de Operações de Defesa Interna da capital paulista. A versão “oficial” dos fatos foi a de que o jornalista cometeu suicídio dentro do estabelecimento, inclusive correndo o mundo fotos suas enforcado com um cinto preso a uma janela e o corpo parcialmente suspenso.

A partir daí, uma árdua batalha foi travada para que ficasse esclarecido o quê aconteceu, de fato, naquele dia 25 de outubro de 1975. O estágio atual da questão é a recente condenação do Estado brasileiro no *caso Vladimir Herzog*, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Muito embora não se tenha encontrado um culpado (um “rosto”) pela morte do jornalista, o país foi condenado a reabrir as investigações, indenizar os familiares de Herzog e, se possível, encontrar e punir aqueles que, segundo a Corte, praticaram o imprescritível crime contra a humanidade ao ceifar a vida do ex-iugoslavo radicado no Brasil.

Este trabalho tenciona, em um primeiro momento, desenvolver a sentença prolatada pelo órgão do sistema interamericano de proteção de direitos humanos com atribuições jurisdicionais, para, em seguida, tecer singelos comentários de ordem técnica.

## II. DESENVOLVENDO O CASO

Nada obstante o peticionamento à Comissão Interamericana tenha se dado em 2009, somente em 2012 tem-se o relatório de admissibilidade (Relatório nº 80/12) e, em 2015, tem-se o relatório de mérito (Relatório nº 71/15) —este último consoante o artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”)—. Neste último documento, a Comissão concluiu pela responsabilidade internacional do Estado brasileiro, e recomendou:

- a. determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis por essas violações, e publicar os resultados

dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa humanidade são inaniestáveis e imprescritíveis; b. adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de non bis in idem não continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos; c. oferecer reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico e a realização de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso, além do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de sus familiares; e d. reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral (Corte Interamericana de Direitos Humanos [Corte IDH], 2018: 3 e 4).

O relatório de mérito foi comunicado ao Estado brasileiro em 22 de dezembro de 2015, ocasião na qual se lhe concedeu prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Ante a falta de soluções mais concretas, em 22 de abril de 2016 o caso foi apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, desenvolveu-se regular e devido processo em órgão com atribuições jurisdicionais, destacando aqui: o Brasil contestou e apresentou exceções preliminares (em número de nove); audiência pública realizada em março de 2017 (destaca-se o ingresso, como amigo da Corte, dentre outros, da Comissão Nacional de Direitos Humanos do México, sobre as normas de proteção a jornalistas, com especial ênfase no efeito amedrontador —também chamado “*chilling effect*”— que pode ter origem em agressões e ataques contra jornalistas); bem como alegações e observações finais escritas.

### 1. *Sobre as exceções preliminares alegadas pelo Estado brasileiro e seu afastamento*

Antes da discussão de mérito propriamente dita, o Estado brasileiro levantou nove exceções: *i*) a incompetência temporal da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a atuação em relação a fatos ocorridos antes do reconhecimento da sua competência contenciosa (lembra-se que, pelo Decreto nº 4.463/2002, o Brasil reconhece como obrigatória e por

prazo indeterminado a competência da Corte *para fatos posteriores a dez de dezembro de 1998*); *ii*) a incompetência temporal sobre fatos anteriores à adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (lembra-se que os fatos se deram em 1975 e o Brasil somente concluiu o procedimento de *internalização do Pacto pelo Decreto nº 678/1992*); *iii*) a incompetência material da Corte quanto a violações de dispositivos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; *iv*) a incompetência temporal sobre fatos anteriores à entrada em vigor da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura para o Estado brasileiro; *v*) o descumprimento do prazo para a apresentação de petição à Comissão (pelo artigo 46 do Pacto, a petição deve ser apresentada dentro do prazo de seis meses a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva ou, excepcionalmente, em prazo razoável); *vi*) a falta de esgotamento dos recursos internos para obter uma reparação pecuniária; *vii*) a inconveniência da publicação do relatório de mérito por parte da Comissão; *viii*) a incompetência material da Corte para revisar decisões internas; e *ix*) a incompetência material da Corte para analisar fatos diferentes daqueles submetidos pela Comissão.

Todas as questões preliminares acabaram refutadas. Sobre a suposta incompetência temporal da Corte se destacou:

27. O Brasil ratificou a CIPST e a Convenção Americana em 20 de julho de 1989 e 25 de setembro de 1992, respectivamente. A Corte observa que as obrigações internacionais que decorrem dos citados instrumentos adquiriram plena força legal a partir das referidas datas. Não obstante, o Tribunal observa que não foi senão em 10 de dezembro de 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana e a ela se submeteu. Em sua declaração, afirmou que o Tribunal teria competência a respeito de “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas a respeito de fatos alegados ou de condutas do Estado que sejam anteriores a esse reconhecimento de competência. 28. Não obstante, este Tribunal também concluiu que, no transcurso de um processo investigativo ou judicial, podem ocorrer fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas. Por conseguinte, a Corte tem competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos a respeito de um processo de investigação ocorrido posteriormente à data de reconhecimento de competência do Tribunal, ainda que esse processo tenha tido início antes

do reconhecimento da competência contenciosa. 29. A Corte observa que tanto a Comissão como os representantes afirmaram não pretender que se declare a responsabilidade internacional do Estado por fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Considerando os critérios expostos, o Tribunal tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998, tanto em relação à Convenção Americana como a respeito dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, pois se referem à obrigação estatal de investigar, julgar e punir (Corte IDH, 2018: 8 e 9).

Quanto à alegação do Estado brasileiro de falta de esgotamento dos recursos internos, a Corte a desconsiderou argumentando que o Brasil não especificou *quais* seriam esses recursos internos ainda não esgotados. No que tange à competência da Corte para fatos relacionados à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, se dispôs:

36. Este Tribunal determinou que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte, segundo a Convenção Americana, e em conformidade com seu artigo 62, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que a ela outorguem competência. 37. Embora o artigo 8º da Convenção contra a Tortura não mencione explicitamente a Corte Interamericana, este Tribunal já se referiu à sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção (Corte IDH, 2018: 10).

Quanto à razoabilidade do prazo para apresentação de petição à Comissão, a Corte não adotou como termo inicial a data da morte do jornalista (1975), mas a frustração em relação a expectativas não atendidas quanto a fatos posteriores a isso. Especialmente, se faz menção à promulgação da Lei nº 9.140/1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Essa lei criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), cujo relatório final somente foi emitido em 2007. Este relatório levou à ação manejada pelo Ministério Público Federal, cujo arquivamento somente se deu em janeiro de 2009. Portanto,



entre esse arquivamento (janeiro de 2009) e o peticionamento perante a Comissão (julho de 2009), transcorreu prazo razoável, entendeu a Corte.

No que tange à alegação de incompetência material da Corte para rever decisões internas, o aludido órgão com atribuições jurisdicionais frisou que nem a Comissão, nem os representantes, solicitaram a revisão de decisões internas relacionadas à avaliação das provas, dos fatos ou da aplicação do direito interno.

Quanto à alegada inconveniência da publicação do relatório de mérito por parte da Comissão Interamericana, se disse que o Estado brasileiro não justificou a razão deste seu entendimento. Por fim, no que tange à incompetência da Corte para analisar fatos não constantes do relatório de mérito apresentado pela Comissão, se decidiu:

...a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, o quadro fático do processo perante a Corte é constituído pelos fatos constantes do Relatório de Mérito, com exceção dos fatos que se qualificam como posteriores, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Isso sem prejuízo de que os representantes possam expor os fatos que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que tenham sido mencionados no Relatório de Mérito e submetidos à consideração da Corte. No presente caso, a Corte observa que a informação remetida pelos representantes tem relação com o alegado acobertamento institucional a que se refere a Comissão em seu Relatório de Mérito. Além disso, a Corte considera que, ainda que a Comissão não tenha estabelecido uma violação do direito à verdade, a ação civil pública está incluída no quadro fático do Relatório de Mérito, de modo que os fatos apresentados pelos representantes relacionados a essa iniciativa judicial são admissíveis e serão considerados no capítulo de mérito (Corte IDH, 2018: 20 e 21).

Pelo exposto, a Corte pôde passar à fase seguinte da apreciação dos fatos, consistente no conjunto fático-probatório (e, obviamente, histórico).

## 2. Sobre o conjunto histórico e probatório

Na análise do contexto histórico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos atentou para o fato de que no dia anterior à privação da liberdade de Vladimir Herzog, onze jornalistas estavam detidos: Sergio Gomes da Silva, Marinilda Marchi, Frederico Pessoa da Silva, Ricardo de Moraes

Monteiro, José Pola Galé, Luiz Paulo da Costa, Anthony de Christo, Paulo Sérgio Markun, Diléa Frate, George Duque Estrada e Rodolfo Konder. Ademais, fez menção à “Operação Radar”, uma ofensiva lançada pelo regime então vigente para combater e desmantelar o PCB - Partido Comunista Brasileiro e seus membros (a operação não se limitaria a deter, mas matar os dirigentes do partido).

Especificamente sobre Herzog, a sentença relata que na noite de 24 de outubro de 1975, dois agentes do DOI/Codi se apresentaram na sede da TV Cultura de São Paulo/SP, onde o jornalista estava trabalhando. A ideia era que Herzog os acompanhasse imediatamente a fim de prestar declaração testemunhal, situação contornada pela intervenção da direção do canal e o compromisso de Herzog para apresentar-se voluntariamente no dia seguinte (25 de outubro), o que efetivamente se confirmou. O jornalista Rodolfo Osvaldo Konder, que já se encontrava detido, visualizou Herzog na sala de interrogatório e ouviu seus gritos. Na tarde do dia 25, Herzog foi assassinado por estrangulamento (segundo perícia da Comissão Nacional da Verdade), muito embora o Comando do II Exército tenha divulgado a versão oficial de suicídio por enforcamento com um cinto após Herzog reconhecer, inclusive por escrito, que faria parte do PCB. A reação popular ao assassinato do jornalista fez com que o II Exército desse início a inquérito policial militar destinado a averiguar as circunstâncias do “suicídio” de Vladimir Herzog. Esse inquérito foi arquivado em 12 de fevereiro de 1976 com a ratificação da tese do suicídio por enforcamento (houve, inclusive, laudo de necropsia neste sentido). No atestado de óbito, constou como causa da morte “asfixia mecânica por enforcamento”.<sup>1</sup>

Já em abril de 1976, familiares do jornalista manejaram ação declaratória à justiça federal de São Paulo para declarar a responsabilidade da União pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog. Em

---

<sup>1</sup> Relata-se, inclusive, certa pressa para que o corpo de Herzog não fosse visto sequer por seus familiares e que fosse enterrado rapidamente: “Somente às 16h30 de domingo o corpo de Vlado, vindo do IML, chegou ao Hospital Albert Einstein, onde foi velado. No IML, foi impossível a qualquer pessoa da família, inclusive à esposa, ver o corpo. «Ordens superiores», era a resposta. Funcionários do IML também queriam o sepultamento imediato. Clarice exigiu o cumprimento do ritual judaico, que acabou ficando a cargo do Khevra Kadicha («Santa Irmandade»), uma instituição humanitária da comunidade judaica encarregada de cerimônias fúnebres... A pressa em terminar a cerimônia foi tal que, apesar dos gritos de protestos de Clarice e de diversos outros presentes, não se esperou pela chegada da mãe de Vlado, dona Zora, para o início do sepultamento, como manda a tradição judaica” (Markun, 1988: 21).

uma das audiências dessa ação, inclusive, o médico responsável por assinar o laudo de necropsia de Herzog declarou que o tinha feito sem nunca ter visto o seu corpo. Assim, em 27 de outubro de 1978, o Juiz Federal Márcio José de Moraes proferiu sentença na qual declarou que Vladimir Herzog havia morrido de causas não naturais quando estava no DOI/Codi. A autoridade judicial salientou que não havia razão para que Herzog tivesse com ele um cinto (que teria sido utilizado para o enforcamento por suicídio, conforme apontou o II Exército), porque sua roupa era inteiriça. Também, se referiu à ilegalidade da detenção de Vladimir Herzog, bem como à prova da tortura que sofreu. Após recursos por parte dos agentes estatais, em 1983 o Tribunal Federal de Recursos declarou a existência de uma relação jurídica entre os atores da ação declaratória e a União, que consistia na obrigação desta última de indenizar pelos danos decorrentes da morte de Herzog, e salientou que esses danos deveriam ser reclamados por meio de uma ação de indenização. A decisão tornou-se definitiva somente em setembro de 1995.

Em dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/1995, outrora mencionada, mediante a qual o Estado reconheceu sua responsabilidade, entre outros, pelo assassinato de opositores políticos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Essa lei também criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, bem como determinou a possibilidade de conceder reparação pecuniária aos familiares de mortos e desaparecidos políticos, trazendo um montante mínimo de reparação em R\$100.000,00 (cem mil reais). Foi esse o valor recebido por Clarice Herzog pela morte de seu marido.

Em 2007, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos publicou relatório-livro intitulado *Direito à memória e à verdade*, trazendo, dentre outros, o caso de Vladimir Herzog. Com base neste relatório, o advogado Fábio Konder Comparato solicitou ao Ministério Público Federal que investigasse os abusos e atos criminosos contra opositores políticos do regime militar. O MPF solicitou que membros do Ministério Público com atribuições penais investigassem os crimes contra Vladimir Herzog, mas esse processo foi arquivado em janeiro de 2009 (notadamente, com base na tese da prescritibilidade dos fatos).

Em 2011 foi promulgada a Lei nº 12.528, que criou a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos praticadas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de

outubro de 1988.<sup>2</sup> Analisando as fotos do caso Herzog, a Comissão concluiu que as marcas em seu pescoço e tórax eram próprias de uma morte por asfixia mecânica e não por suicídio por enforcamento.<sup>3</sup> Como parte de suas atribuições, a CNV solicitou a retificação da *causa mortis* registrada no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Em 24 de setembro de 2013, o Juiz interveniente ordenou que no atestado constasse que a morte de Vladimir Herzog ocorrera em consequência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI/Codi.

### 3. *Sobre a análise de mérito*

Afastadas as preliminares, bem como exaurido o conjunto fático-probatório em regular processo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a apreciar o mérito da questão.

De início, questionou —mais uma vez— a Lei da Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979), tal como já fora feito no *caso Gomes Lund vs. Brasil* envolvendo a Guerrilha do Araguaia (*caso Gomes Lund e outros*). Em breve comentário, bem se sabe hoje, a anistia representou mais um passo em prol da inevitável derrocada do regime militar vigente no país desde 1964. Nada obstante a Corte Interamericana tenha adotado a tese da inconstitucionalidade da Lei da Anistia brasileira (por ferir a Convenção Americana de Direitos Humanos), na ADPF nº 153/DF (Rel.: Min. Eros Grau. DJ. 29/04/2010) o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar, por iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca da recepção ou não do art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/1979, dispositivo que considerou conexos, para efeitos de anistia, os crimes de qualquer nature-

---

<sup>2</sup> Ainda: “A CNV merece ser estudada como mecanismo de proteção, notadamente como instrumento da justiça de transição, vez que... fez um grande trabalho de promoção dos direitos humanos (inclusive, não deixando de fazer menção a documentos protetores, como a Convenção Americana), em sintonia com o PNDH-3 (terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos)” (Lazari e Oliveira, 2018: 627).

<sup>3</sup> “A evidência de duas marcas distintas na região cervical foi determinante para os peritos criminais afirmarem que: Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montado um sistema de força, onde uma das extremidades foi fixada a grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço de Vladimir Herzog, por meio de uma laçada móvel. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta de forma a simular um enforcamento” (Corte IDH, 2018: 36).

za relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. O STF declarou essa tese recepcionada pela Constituição Federal de 1988, havendo atualmente, assim, decisões contraditórias entre o guardião da Constituição Federal e o órgão de atribuições jurisdicionais do sistema americano de proteção dos direitos humanos.

Prosseguindo, em seguida a Corte classificou como crimes contra a humanidade os atos praticados contra o jornalista Vladimir Herzog, lembrou que a proibição de crimes dessa natureza é norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*)<sup>4</sup> e que tais atos são imprescritíveis. Assim:

312. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em virtude da aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença (Corte IDH, 2018: 82).

Ato contínuo, a Corte tratou do direito de conhecer a verdade, uma vez que o Estado brasileiro: publicou uma versão falsa da morte de Herzog

---

<sup>4</sup> “Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo direito internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo direito internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de direito internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada” (Corte IDH, 2018: 49).

(vide a tese do suicídio, encampada até mesmo por laudo necroscópico forjado), sistematicamente negou acesso aos documentos militares, bem como permitiu a impunidade como obstáculo para conhecer a verdade (por conta da anistia dos fatos praticados no período).

Como última questão de mérito, a Corte considerou os familiares de Herzog igualmente vítimas. Considerou-se violado o direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima, por motivo do sofrimento adicional por que passaram como resultado das circunstâncias particulares das violações cometidas contra Herzog, e em virtude das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.

Após a análise meritória, foram discutidas as medidas de reparação, notadamente que seja feita uma investigação adequada para esclarecer *o quê* exatamente aconteceu em 25 de outubro de 1975 (reinício das investigações, na verdade), a fim de identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog (a possibilidade de punição partiu da tese da imprescritibilidade do crime contra a humanidade praticado contra o jornalista). No mais, determinou-se a concessão de \$40.000,00 (quarenta mil dólares americanos), a título de dano imaterial, para cada um dos familiares de Herzog (Clarice, André, Ivo e Zora Herzog —como Zora faleceu em 2006, o montante que lhe cabe deverá ser pago diretamente a seus sucessores—). Foi negada a indenização pedida em quase cinco milhões de dólares a título de lucro cessante (considerando o salário médio de Herzog atualizado, bem como a expectativa de vida média do brasileiro atualmente), tendo em vista que Herzog não foi considerado propriamente vítima neste processo, mas tão somente seus familiares.

Todas as decisões foram tomadas por unanimidade.

### III. BREVES CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS ACERCA DA SENTENÇA DO CASO *HERZOG VS. BRASIL*

Ao trazer um memorial descritivo da repulsiva morte de Vladimir Herzog nos porões da ditadura quer-se, mais que despertar um senso de inconformismo no leitor, dar continuidade à narrativa acerca do que efetivamente aconteceu: disseram que Herzog tinha cometido suicídio dentro da cadeia, mas viu-se que ele foi, na verdade, morto; disseram que um laudo necroscópico atestava a morte auto infligida, mas viu-se que o perito que o assi-

nou jamais viu o corpo de Herzog; disseram que o Estado tinha possibilitado todos os recursos possíveis às vítimas-familiares, mas viu-se bem o que foram esses quase quarenta anos de luta por uma reparação quanto aos brutais fatos ocorridos em outubro de 1975 (e, neste ponto, a sentença funciona como um respeitável álbum de recordações, deixando claro que muitos foram os que tentaram contar *o quê*, realmente, aconteceu). Por este prisma, este trabalho tem o humilde intento de propagar na comunidade acadêmica um exemplo exitoso de constante busca pela verdade, sem perder de vista os recursos técnicos exigidos para tanto. No *caso Herzog vs. Brasil*, a verdade venceu a mentira.

Analisando pelos tecnicismos puros e simples, têm-se alguns questionamentos quanto aos termos da sentença, entretanto. Em primeiro lugar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido a inconveniência da Lei de Anistia brasileira (de todas as leis de auto anistia, aliás), direcionando a questão para uma revisão unilateral do aludido diploma. Mais que o caráter unilateral ou bilateral incondicionado da Lei da Anistia brasileira, entende-se que a solução mais justa seria a do condicionamento do perdão à elucidação dos fatos. Ao optar por passar uma “borracha histórica” no passado ditatorial pátrio, sem questionamentos ou perguntas a quem praticou atrocidades para manter e para derrubar o regime então vigente (e elas existiram dos dois lados, não se pode mais negar), perdeu-se oportunidade singular de documentar, punir, indenizar e revisar versões oficiais.<sup>5</sup> Prova maior desse ressentimento histórico são os relatórios finais da Comissão Nacional da Verdade, que foram simplesmente criticados sem maiores aprofundamentos simplesmente por conta de uma suposta parcialidade de quem os elaborou. Tivesse a anistia sido condicionada a reparações e à verdade (num exemplo parecido do que foi praticado na África do Sul com a chegada de Nelson Mandela ao poder), possível-

---

<sup>5</sup> “Finalmente, em agosto de 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei de Anistia. Sancionada por Figueiredo cinco dias depois, ela excluía os «condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal», porém, incluía os acusados de tortura, assassinato e desaparecimento durante o regime militar. Era ampla e geral, mas não irrevocável. Perdoava a todos que cometeram ‘crimes políticos ou com eles conexos’ no período de 1961 a 1979. Assim, lideranças políticas, intelectuais, artistas e militantes de esquerda puderam retornar ao Brasil. Hoje, entretanto, pouco mais de um quarto de século depois, esse mesmo processo democrático deflagrado pela Lei da Anistia ainda é, para muitos, uma obra inacabada ou parcial. Isso porque os dois maiores traumas históricos do período ainda não foram resolvidos: a punição dos torturadores e o esclarecimento do paradeiro daqueles considerados «desaparecidos» pelo regime” (Buff, 2007: 282 e 283).

mente a solução fosse mais satisfatória.<sup>6</sup> Questiona-se a Corte, neste aspecto, pela visão “simplista” que tenta imprimir (da mesma maneira que se questiona o “simplismo” da Lei nº 6.683, vale frisar).

Em segundo lugar, parece forçoso ter a Corte definido como “crime contra a humanidade” os atos praticados contra Vladimir Herzog, por mais brutais e repulsivos que tenham sido. *Por definição técnica* (e aqui toma-se o melhor conceito que atualmente se tem, que é o do art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional), entende-se por crime contra a humanidade qualquer um dos atos seguintes (e neles realmente se menciona o homicídio, a prisão indevida e a tortura), desde que cometidos em um quadro de ataque, *generalizado ou sistemático*, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.<sup>7</sup> Repara-se, portanto, que o crime contra a humanidade exige generalização e sistematicidade para sua configuração, e não foi esse o caminho percorrido pela Corte Interamericana para definição da brutal morte de Herzog. No começo da sentença, os juízes parecem acertar o caminho: havia uma operação montada para dismantelar a estrutura e matar os dirigentes do Partido Comunista Brasileiro, o que em tese caracterizaria generalizado e sistemático quadro de perseguição. Entretanto, depois, a sentença não esclarece se Herzog realmente fazia ou não parte do PCB (faz-se, apenas, menção a uma declaração do jornalista reconhecendo isso, a qual também se entendeu forjada —assim como o laudo necroscópico—), deixando a morte de Herzog isolada em um universo de possibilidades diabólicas praticadas pela ditadura. Em outros termos, para que a morte de Herzog fosse, de fato, um crime contra a humanidade, seria necessário *ou* que fosse incluída

---

<sup>6</sup> Convém mencionar, aqui, a Comissão Verdade e Reconciliação (CVR), da África do Sul, instituída em 1995 pelo então presidente Nelson Mandela: “A CVR trabalhou com quatro conceitos de verdade: a verdade factual ou forense (do tribunal no qual se apoia a anistia); a verdade pessoal e narrativa ou das audiências e relatos; a verdade social ou a verdade do diálogo, ligada ao processo de partilha entre ofensores (chamados de perpetrators) e vítimas; e a verdade que cura (healing) ou da justiça restaurativa constitutiva da nova unidade africana... A questão da anistia foi o ponto mais longamente debatido nas negociações, e a passagem da Lei no Parlamento foi mais demorada que qualquer outra. Durante a anistia, opuseram-se os movimentos de liberação, que fizeram pressão em favor das perseguições criminais num processo do tipo Nuremberg e, de outra parte, o regime precedente, que esperava uma anistia geral, sem reexame do passado. A versão sul-africana de uma anistia condicionada apresentou a vantagem de pedir narrativas detalhadas aos criminosos e às instituições” (Buff, 2007: 225, 228 e 229).

<sup>7</sup> Também Piovesan (2006: 48).



em um quadro de matança generalizada de membros do PCB (e assim reconhecida na sentença, com nomes e provas após regular processo), *ou* que a ditadura brasileira como um todo fosse considerada um crime contra a humanidade. Nenhuma das duas situações aconteceu.<sup>8</sup>

Talvez, o grande objetivo de considerar a morte de Herzog um crime contra a humanidade tenha sido assegurar a imprescritibilidade dos fatos, notadamente para a punição dos eventuais culpados (ou seja, mais que *configurar* o crime, o que se parece buscar realmente é sua *consequência*). Fosse a sentença prolatada pela Corte meramente declaratória (e não condenatória, como foi), reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado brasileiro sem, contudo, constituir relações jurídicas (como as que foram constituídas entre o Estado brasileiro e os familiares de Herzog), essa questão da imprescritibilidade não seria um problema, pois tudo o que se buscaria seria uma declaração oficial da verdade. Como se quis mais que uma declaração, a saída foi considerar a detenção indevida, tortura e morte um crime contra a humanidade. Se o que está em jogo aqui é o vetor “*justiça*”, então o artifício foi perfeitamente válido; se o que está em jogo aqui é o vetor “*segurança jurídica*”, então o artifício foi indevido. Ao leitor cabe escolher seu lado (se quiser).

Em terceiro lugar, a Corte utiliza mecanismo de “ganchos históricos” para atuar em fatos anteriores ao reconhecimento da incidência de sua competência pelo Brasil. Como dito outrora, o Brasil reconhece a competência originária da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos posteriores a dez de dezembro de 1998 (Decreto nº 4.463/2002), o que cria interpretação dúbia: um literalista dirá que a violação de direitos humanos deve ser inteiramente posterior a dez de dezembro de 1998 para

---

<sup>8</sup> Como argumento complementar, Alberto Zacharias Toron, em interessante trabalho publicado em julho de 2018 pelo *site* Consultor Jurídico, frisa: “A tipificação da tortura como crime, sob esse nomen iuris, só veio a ocorrer na legislação ordinária brasileira com a edição da Lei 9.455/97, a qual, além de estabelecer as hipóteses do crime em foco, na linha da Constituição, fixou sua inafiançabilidade e a impossibilidade da concessão de anistia ou graça aos seus infratores, mas não a imprescritibilidade (*cfr.* artigo 1º, parágrafo 6º). Afora isso, mesmo se considerando a tortura como crime contra a humanidade e, segundo os tratados internacionais, imprescritível, é bem de ver que o Brasil é não é signatário da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e, por outro lado, só o foi da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, sendo, portanto, inaplicável retroativamente, no Direito interno, regras de Direito Penal, como a prescrição, mais gravosas” (Toron, 2018: s/n). Toron, aliás, foi perito do Estado brasileiro no *caso Herzog*.

que o Brasil possa ser julgado; um finalista dirá que isso inclui fatos que se arrastam anteriormente a esta data, mas que nesta data ainda não estejam resolvidos. A Corte tem utilizado esta segunda interpretação, analisando seu padrão de condenações (inclusive brasileiras). Ela diz respeitar a competência temporal da adesão do Estado brasileiro, mas verticaliza o máximo possível até chegar à origem do problema.

Observando o caso em estudo, a Corte faz exatamente isso: a condenação é um pacote que engloba fatos anteriores e posteriores a dez de dezembro de 1998 (prova disso, a Corte demonstra excessivo incômodo com a forja de suicídio pelo Estado brasileiro, o que contraria o direito à verdade, sendo que esse fato —a afirmação mentirosa do II Exército e o laudo necroscópico de suicídio dúbio— se deu ainda na década de 1970, quando o Brasil não tinha aderido temporalmente à Corte Interamericana de Direitos Humanos). Como esse tem sido um padrão da Corte em casos envolvendo ou não o Estado brasileiro sem que haja rechaço da comunidade interamericana quanto a isso, entende-se que o silêncio traz consentimento: somente um novo Decreto do Estado brasileiro pode modificar isso (artigo 62 da Convenção Americana), o que parece altamente não recomendável para o atual estágio democrático em que o país se encontra.

Em quarto lugar, a Corte age bem em considerar os familiares de Herzog vítimas, bem como em determinar a reabertura das investigações. Essa ampliação do conceito de vítima humaniza —um pouco— o tratamento burocrático dado ao pós-crime (quando tudo vira, no fim das contas, papel). A brutal morte de Herzog nos porões da ditadura, em contexto nunca antes esclarecido, ainda mais com uma falsa acusação de suicídio (o que é imperdoável para determinadas religiões, como o cristianismo, o espiritismo e o judaísmo —esta última, religião de Herzog e sua família—), provocou irreparável dano aos que ficaram para lutar por sua memória e para conviver com a dor da perda de um ente querido. É difícil se colocar no lugar dos familiares de Herzog, mas a incansável luta pela verdade (um inquérito policial militar, uma ação declaratória, uma ação civil pública, um reconhecimento de responsabilidade estatal em 1995 e uma reanálise de fatos pela Comissão Nacional da Verdade) mostra uma paz difícil de ser alcançada durante todo este período. Para Zora Herzog, mãe do jornalista e morta em 2006, a sentença da Corte certamente veio tarde demais.

Neste sentido, a reabertura das investigações funciona como um norte, um *modus operandi*, que, espera-se, seja replicado a fim de documentar mais esmiuçadamente o que aconteceu no período ditatorial brasileiro.

Para se ter ideia do quão longe ainda se está do fim da apuração deste “período 1964-1985”, menção se faz à “Vala de Perus” (Cemitério de Perus), localizada na zona norte da cidade de São Paulo/SP, conhecida por ter sido utilizada para o sepultamento de pessoas mortas pela ditadura. Em 1990, uma vala clandestina comum foi descoberta com mais de mil ossadas, as quais pertencem a indigentes, assassinados em contexto de violência geral e desaparecidos políticos. Dessas mil ossadas, apenas cinco foram identificadas quase trinta anos depois, devido às dificuldades dos exames de identificação (que precisam ser feitos em um laboratório na Bósnia). Esse singelo exemplo deixa claro o quão longe se está de uma história definitiva, de modo que a sentença da Corte foi apenas mais um passo nessa longa caminhada.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade maior do presente trabalho foi trazer ao leitor um contexto geral da recente condenação internacional do Estado brasileiro por violação a direitos humanos. Acredita-se que uma boa maneira de perpetuar histórias é não deixá-las cair no esquecimento, bem como cuidar para que o tempo ou as pessoas não as distorçam.

Nos tópicos que se seguiram, objetivou-se fazer uma análise da sentença prolatada contra o Estado brasileiro —no *caso Vladimir Herzog*— pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente seus aspectos jurídicos e históricos. Assim, discorreu-se sobre as preliminares alegadas pelo Estado brasileiro (e suas refutações), o conjunto fático-probatório e histórico que envolve a detenção arbitrária, tortura e morte de Herzog, bem como análise de mérito. Ao fim, singelas considerações técnicas foram feitas.

Se a sentença da Corte Interamericana é um ponto final na longa marcha processual que começou com o peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2009, bem como promove revisão histórica de processos anteriores inefetivos ou parcialmente efetivos (vide um inquérito policial militar totalmente “viciado”, por exemplo), deve, por outro lado, ser um ponto de partida para que o país se reconcilie com seu passado. Na história que se espera para o Brasil, revanchismos e ressentimentos não devem ter lugar.

## V. REFERÊNCIAS

- BUFF, Maria Luci (2007). *Horizontes do perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (2014). *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2018). *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Recuperado em 15 janeiro, 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf).
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2010). *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Recuperado em 15 janeiro, 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf).
- LAZARI, R. e OLIVEIRA, B. P. G. (2018). *Manual de direitos humanos*. 4a. ed. Salvador: JusPODIVM.
- MARKUN, Paulo (1988). *Vlado: Retrato da morte de um homem e de uma época*. São Paulo: Círculo do Livro.
- PIOVESAN, Flavia (2006). *Direitos humanos e justiça internacional*. 7a. ed. São Paulo: Saraiva.
- TORON, Alberto Z. (2018). “A condenação do Brasil e as dificuldades do caso Vladimir Herzog”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/toron-condenacao-brasil-dificuldades-herzog> (data da consulta: 16 de janeiro de 2019).

C

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

VIEIRA, Oscar Vilhena (2018). *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras.

Renato GUGLIANO HERANI\*  
Claudia ROSENBERG ARATANGY\*\*

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Oscar Vilhena Vieira<sup>1</sup> explora en el libro *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional* la dimensión interdisciplinar del constitucionalismo brasileño actual desde el problema de la interrelación entre los poderes políticos. Este tema específico es, en general, dominado por estudios legales. Sin embargo, Vieira, jurista y científico político, se ha diferenciado al romper con ese dominio monodisciplinar.<sup>2</sup> Así, aunque el tema es jurídico, el enfoque y el lenguaje utilizado permiten, a un público más amplio, rodearse de un tema que a menudo se trata

---

\* Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP; Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Pesquisador da Funadesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>; [renato@advgh.com.br](mailto:renato@advgh.com.br).

\*\* Mestranda em Função Social del Derecho en Faculdade Autónoma de Direito – FADISP, São Paulo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7573-2554>; [clauarat@gmail.com](mailto:clauarat@gmail.com).

<sup>1</sup> Oscar Vilhena Vieira es un jurista y científico político brasileño, autor de obras y artículos sobre derecho, principalmente derechos humanos, pero también sobre temas relacionados con la Constitución y el derecho constitucional. En 1999, el autor publicó el libro —ya agotado en Brasil— *Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais aos poderes de reforma*, en el que discute el problema de las cláusulas pétreas, o, como prefiere el jurista, *superconstitucionales*. En 2006, se centró más de cerca en la jurisprudencia de la Corte Suprema brasileña —el Supremo Tribunal Federal—, en el libro *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*, un trabajo que analiza casos reales decididos por el tribunal y que fue reeditado en 2017.

<sup>2</sup> Una evidencia de la propuesta interdisciplinar está luego en quién publicó el ensayo, que fue la Companhia das Letras, una editorial que no se especializa en títulos legales.

de manera tan técnica que se vuelve hermético. Este es, sin duda, uno de los méritos del trabajo: a la vez que es preciso y coherente, el autor discute temas complejos de una manera comprensible sin descuidar la epistemología multidisciplinar.

La idea inicial de Vieira era hacer, como se muestra en la introducción, un balance de los 30 años que la Constitución brasileña completó en 2018, una ruta que consideró simple. Sin embargo, sus planes cambiaron cuando, en 2013, el país se ve embargado por la intensa crisis política que sacudió las instituciones constitucionales. Esto hace que el análisis sea más interesante, al tratar de entender los episodios de ese año, se remonta al periodo anterior a 1988, cuando los vientos democráticos soplan nuevamente y la sociedad empieza a organizarse para traer la nueva Constitución.

Dado que no es un libro con objetivos y supuestos sólo académicos, el autor no subraya cuáles fueron sus elecciones metodológicas; sin embargo, es posible inferirlas. Gran parte de lo que se aborda tiene lastre en los estudios e investigaciones que Vieira ha desarrollado durante la última década, particularmente cuando se aborda el tema de la resiliencia constitucional en un texto publicado poco antes de la publicación del trabajo que ahora comentamos.<sup>3</sup> Por lo tanto, se puede decir que el estudio es una convergencia o incluso una síntesis de su pensamiento sobre el estado del arte del constitucionalismo brasileño.<sup>4</sup> Se muestra en esta propuesta la importancia de presentar el trabajo más allá del público brasileño de Vieira. Por ello, la dedicación de este estudio a ofrecer a otras escuelas jurídicas, especialmente la latinoamericana, la oportunidad de esta revisión. Elegimos su versión informativa, ya que su objetivo no es criticar los argumentos del autor, sino promover, con cierto juicio de valor, una fructífera presentación

---

<sup>3</sup> Alla explica que en un plano más amplio y general sobre la metodología de sus estudios, asume que "...comprender los procesos institucionales de implementación de la Constitución de 1988, a través de una investigación sobre la relación entre las estructuras políticas, los derechos/promesas de transformación y el sistema de actualización constitucional creado por el texto de 1988. Se trata de una investigación de carácter jurídico-institucional que busca detectar en qué medida los arreglos jurídicos concebidos por la Constitución han contribuido a la realización de sus pretensiones normativas" (Vieira, 2017: 225).

<sup>4</sup> Como se verá, las notas de esta investigación, así como otras reflexiones suyas, presentes en el artículo "Supremocracia", publicado en 2008 en la Revista de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas, o el texto de resiliencia constitucional de 2012, así como el texto de 2017, ya citado, son bastante visibles en el trabajo que es objeto de esta revisión —incluyendo el título de los capítulos—.

de la obra, exponiendo las ideas generales de sus cuatro capítulos: “La Constitución en tiempos difíciles”, “La idea de Constitución”, “De compromiso maximizador a la resiliencia constitucional” y “Supremocracia en crisis”.

## II. LA CONSTITUCIÓN EN TIEMPOS DIFÍCILES

El primer capítulo se basa en un análisis de las causas de la crisis brasileña de 2013, que sacó a millones de ciudadanos del estado de inercia delante de los más recientes y desajustes políticos y económicos que han distanciado a la sociedad del constitucionalismo normativo de amplias y substanciales transformaciones sociales, como ha pretendido el pueblo brasileño con el texto de la Constitución de 1988. Para el autor, la movilización que salió a las calles en 2013 estuvo relacionada con las expectativas creadas por la Constitución de 1988; fueron especialmente los jóvenes y los sectores organizados de la sociedad que querían ver cumplidas las promesas hechas en la Constitución, en especial en lo que respecta a los derechos fundamentales sociales. El propósito fue transformar la Constitución de nominativa a normativa<sup>5</sup> por la tensión popular.

Uno de los aspectos que se destacó en las manifestaciones fue el hecho de repudiar a los partidos y líderes políticos. El aparente equilibrio institucional que había desde la Asamblea Constituyente, las relaciones de fuerzas entre los poderes, especialmente entre los órganos políticos y jurídicos, que tendían al consenso, comenzaron a tener más fricciones. Más que eso, los instrumentos destinados a mantener la democracia comenzaron a ser utilizados como armas de disputa política. La pregunta que se plantea el autor es si tras el resultado de las elecciones de 2018, la democracia brasileña, que resistió la inestabilidad política de 2013 a 2018, se mantendrá firme en el contexto que de hecho se materializó.<sup>6</sup> El autor

<sup>5</sup> Se refiere a la clasificación ontológica de Karl Loewenstein (1976: 217) de las Constituciones en normativa, cuando hay una convergencia entre las normas constitucionales y la realidad del proceso de poder; nominales, en los casos en que la Constitución, aunque válida, no se adapta a la realidad existencial; semántica, la Constitución se convierte simplemente en una forma jurídica deseada por los que están en el poder.

<sup>6</sup> A lo largo de 2019 y 2020 hubo pocas manifestaciones ahora contra la Corte Suprema, o pidiendo el cierre del Congreso Nacional, incluso con el apoyo del propio presidente de la República y/o sus correligionarios.



desafió esa cuestión discutiendo los principales acontecimientos políticos del periodo, como los casos de *impeachment* presidencial y las repercusiones y consecuencias de la *Operación Lava Jato*,<sup>7</sup> para responder a dos preguntas cruciales sobre las razones de la crisis: ¿tiene Brasil un problema estructural, que opone pobres y ricos, y que pasa por una dimensión ética, política y económica o son un reflejo de las deficiencias en el propio diseño institucional? (Vieira, 2018: 15), y ¿el abandono de los actores políticos, para jugar el juego de acuerdo con las reglas constitucionales, es una señal de que el sistema democrático tal como lo conocemos está viviendo sus estertores o, por el contrario, saldrá fortalecido, con ajustes, haciendo más equilibrada la correlación de fuerzas entre los poderes?

Otro punto nodal referido por Vieira es el aumento de la tensión entre las esferas jurídica y política que se establece a partir de 2005 con el *Mensalão*<sup>8</sup> y la degradación de los presidencialismos de coalición. En este punto, Vieira comenta las conclusiones de Limongi y Figueiredo cuando afirman que el Ejecutivo tiene instrumentos de poder que eludirían la fragmentación partidaria y proporcionarían un equilibrio de fuerzas, pero los critican porque no ven el problema “que son la desigualdad profunda y persistente y el corporativismo extractivo y el patrimonialismo” (Vieira, 2018: 19).

Al citar a Roberto Gargarella, el autor se pregunta si el problema en la “sala de máquinas” de la democracia brasileña no estaría precisamente en el arreglo institucional, que habría nacido de una coyuntura muy propia de estar fresco de una dictadura que llevó a la elaboración de una ambiciosa declaración de derechos, por un lado, y, por el otro, a la fragmentación del poder. Es interesante notar que, en un texto de 2012, Vieira enumera las características que hicieron que el modelo brasileño de Constitución —a pesar de haber recibido muchas críticas—, fuera resiliente y hubiera cumplido una parte importante de las expectativas puestas en él. Su argu-

---

<sup>7</sup> La *Operação Lava Jato* es un operativo de la Policía Federal (PF) que investiga esquemas de corrupción multimillonarios que involucran a Petrobras, varios contratistas y políticos de diferentes partidos. Iniciada en 2014, se considera la operación anticorrupción más grande en la historia del país y ya ha arrestado a importantes figuras de la política nacional, así como a empresarios y contratistas (<https://tudo-sobre.estadao.com.br/operacao-lava-jato>).

<sup>8</sup> *Mensalão* fue uno de los mayores escándalos de la historia política de Brasil. Políticos de varios partidos, principalmente del gobierno, estuvieron involucrados en esquemas de corrupción que se hicieron públicos en 2005.

mentación, en defensa de la resiliencia constitucional, nos hace regresar al momento constituyente, para cuestionar si el pueblo no fue excesivamente pretencioso o cauteloso en su reacción al régimen dictatorial que precedió a la reactivación democrática, al crear un marco *jusfundamental* que todavía se espera que lleve a Brasil a transformaciones sociales. Las reflexiones sobre ese momento difícil del constitucionalismo brasileño terminan con la afirmación de que aunque existía lo que él llama “malestar constitucional” a finales de 2018, el juego político era una de las normas constitucionales, pero anticipó la preocupación por la integridad de nuestra democracia, es decir, con la propia lucha para que la Constitución sobreviva.

### III. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

En “La idea de Constitución”, Vieira hace un rescate histórico de las Constituciones no sólo en Brasil, sino también en el mundo, remitiendo al lector al inicio de los ideales liberales, pasando por los contractualistas, para discutir la fuente legitimadora del poder hasta llegar al constitucionalismo moderno con los padres fundadores de la Constitución americana y la realización de la “teoría del poder constituyente”. Para él, este mito resuelve el problema de la legitimidad, porque atribuye a la Constitución la fuerza de voluntad popular que sería superior a la de los representantes electos de la población.

Vieira avanza en la discusión sobre la legitimidad del Poder Constituyente y sus implicaciones, trayendo diferentes críticos a la idea racionalista de la Constitución, para señalar que “con la crítica tanto de la izquierda revolucionaria como del conservadurismo elitista, la constitución se convirtió en un modelo de pensamiento y acción política desde el siglo 19 en adelante, al menos nominalmente” (Vieira, 2018: 68).

Así, con el tiempo, la idea de Constitución cambia y adquiere nuevas facetas, como la Constitución conservadora de Brasil en 1824 y otras europeas del mismo siglo. A principios del siglo XX, la idea de Constitución se transforma de nuevo, y tenemos en Hans Kelsen la máxima expresión del positivismo legal, con sus consecuencias para el constitucionalismo, desde los avances teóricos al concepto de supremacía y jurisdicción constitucionales.

Estos avances han ganado contornos definitivos en el periodo posterior a la Guerra Mundial, cuando hay un proceso de cambio en las Constitucio-

nes, desde su propio significado y contenido. Ese cambio constitucional en Brasil sólo ocurriría en 1988, una ocasión en que, hacia una mayor garantía de los derechos fundamentales y un mayor control de las posibilidades de cambio, se incluyen las cláusulas *pétreas*. Es en este momento que los tribunales constitucionales en Brasil, el Supremo Tribunal Federal, ganan más espacio y poder, especialmente para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Siempre con un desarrollo científico en medio de reflexiones libres sobre el momento político del Brasil, Vieira recurre al modelo de Lijphart para distinguir las democracias, y presenta dos tipos de Constitución: la mayoritaria y la consensuada. Define que “son democracias porque aceptan el principio de soberanía popular, pero no se guían sólo por el gobierno de la voluntad de la mayoría” (Vieira, 2018: 76), y consagran la supremacía de la Constitución. Algunos elementos indican hasta qué punto las democracias y, por lo tanto, las Constituciones son consensuadas.

En primer lugar, el grado de flexibilidad de la Constitución y, reflexionando sobre eso, a partir de los puntos tratados en su publicación *A constituição como reserva de justiça* (Vieira, 1997: 53-97), llama la atención sobre el hecho de que la amplitud de la Constitución brasileña requiere que haya más consenso entre los presupuestos políticos, porque será necesario hacer cambios en el texto siempre que se quieran transformaciones más relevantes. El segundo elemento se refiere a cómo se hace el control de constitucionalidad. Los controles estrictos realizados por órganos separados de los de representación política confieren mayor credibilidad. Las formas de control, difusas y concentradas, se han acercado, y en el caso de Brasil tenemos un sistema mixto. El tercer elemento se refiere al sistema de presidir: parlamentario o esencialista. Los gobiernos parlamentarios serían más mayoritarios que los gobiernos presidenciales. El autor advierte que en el presidencialismo brasileño, con la fragmentación de los partidos, esto no es necesariamente cierto. Otro elemento “es la forma, la libertad y la naturaleza de los derechos fundamentales incorporados por la Constitución” (Vieira, 2018: 85). Los derechos que aseguran la participación democrática son diferentes de los relacionados con las garantías de las libertades y puede haber tensiones entre ellos. “Los derechos sociales tienen un impacto directo en la restricción de los derechos de propiedad y el libre empleo” (Vieira, 2018: 88).

En este punto del texto el autor se hace una pregunta: ¿qué es una Constitución que funciona bien? ¿Cómo el proyecto de país, esbozado en él, se

convierte en un compromiso de la sociedad y llega a buen término? Hacer efectiva la carta es un problema de muchas Constituciones, no sólo de la brasileña, y su desempeño depende de diferentes factores. Una vez más, el autor recurre a los contractualistas para abordar este tema y avanza en el tiempo, llevando las críticas de diferentes pensadores a los idealismos presentes en las Constituciones, pero no sin antes posicionarse, destacando que estos autores no entendían que las Constituciones tenían la función de guiar un orden social hacia valores fundamentales.

#### IV. DEL COMPROMISO MAXIMIZADOR CON LA RESILIENCIA CONSTITUCIONAL

En este capítulo, Vieira regresa aún más en el camino histórico del constitucionalismo brasileño para destacar acontecimientos que anticiparon el constituyente y, de alguna manera, influyeron en su conformación, como el resultado final de la Constitución de 1988. Después de la *Diretas já*,<sup>9</sup> la elección, muerte de Tancredo (presidente elegido) y la toma de posesión de Sarney, el clima político-social fue de frustración. El autor profundiza su diagnóstico sobre ese momento, que es una de las raíces de la crisis de 2013, mientras problematiza el proceso de redacción de la Constitución brasileña. Discute lo que él llama un *compromiso maximizante*, alusión que hace a la composición de diversos intereses que caracterizaron la redacción de la Constitución. De un lado, estaban las fuerzas progresistas, que insertaban los derechos sociales, la protección de intereses difusos, entre otros, y, de otro, las fuerzas conservadoras, las oligarquías que buscaban mantener los privilegios. El acuerdo alcanzado entre estas fuerzas permitió que se pudieran contemplar diversos intereses, a veces contradictorios, pero los comprometió con el mantenimiento del pacto constitucional. La contraposición de ideologías dominantes en el instante constituyente fue así representada por otros tantos juristas.

Vieira afirma que muchos temas fueron constitucionalizados debido a esta desconfianza, de origen tanto de la sociedad en relación con la clase política como de los propios políticos, y el resultado fue una Constitución que no delegaba los poderes del sistema político para implementar gra-

---

<sup>9</sup> El movimiento *Diretas Já* fue una importante campaña de movilización popular que tuvo lugar en Brasil en 1984, cuando aún estaba bajo un régimen antidemocrático, y en el que se pretendía que el país tuviera elecciones directas para la presidencia.

dualmente los cambios necesarios en el país. Aquí parece estar la génesis de uno de los fenómenos político-partidarios de gran influencia histórica sobre la concretización de las transformaciones del Constituyente: el llamado *Centrão*. Es un agregado de intereses que hasta hoy domina la política nacional, centrado en un grupo, así llamado, formado en reacción al texto constitucional aprobado en la primera etapa del proceso constitucional. Señala que la aprobación de la Constitución de 1988 se debió a que la mayoría de los constituyentes pudieron aplacar parte de sus propuestas, y no, como se espera de un pacto constituyente, porque se construyó un consenso en torno al texto.

Hasta 2013, a pesar de las disputas y las muchas críticas hechas por expertos a su contenido y forma de organizar el Estado, la Constitución brasileña era suficientemente resistente como para hacer funcionar, con controles, el juego democrático. Su disposición normativa extensa y detallada permite que algunos puntos específicos sean alterados, sin que las estructuras constitucionales se sacudan. Por otro lado, el grado de abstracción y apertura de algunos de sus dispositivos requieren que la acción del legislador y del Poder Judicial sea imputable. Es un texto con gran capacidad de adaptación formal debido, principalmente, a su flexible sistema de reformas. Finalmente, el hecho de que diferentes sectores de la sociedad estuvieran involucrados en el proceso constituyente y la incompletitud del texto mismo contribuyeron a la competencia permanente para atribuir significado al texto constitucional y, al mismo tiempo, velar por él.

## V. SUPREMOCRACIA EN CRISIS

Hasta este capítulo, el libro parece retardar, intencionalmente, pero muy oportuno, el debate sobre una pieza fundamental en la batalla de los poderes. A partir de la Constitución de 1988, poco a poco, el Supremo Tribunal Federal, órgano máximo de la justicia constitucional brasileña, empieza a ocupar más espacio en la arena política, hasta llegar a un poder que antes no había tenido. La Corte empieza a decidir sobre una variedad de temas y esferas, incluidos los vinculados a las enmiendas a la Constitución, siendo, ella en sí, la fuente principal de la concretización de los comandos constitucionales.

Este poder, que el autor llama *supremocracia*, es el resultado de una secuencia de hechos. Empieza con la desconfianza en el sistema político y

como un efecto de la *hiperconstitucionalización de la vida brasileña* (Vieira, 2018: 135). Pero también está asociado a los problemas endógenos del judicialio brasileño como a la falta de consolidación de una cultura del precedente. En este pasaje hay una distinción importante —aunque hay una concentración de poderes en el Supremo Tribunal, lo que lleva al cuestionamiento de la legitimidad democrática—, ya que es un poder que no tendría la representatividad de la mayoría, como el Legislativo y el Ejecutivo, y se debe a la propia Constitución. Pero, advierte el autor, esto no significa que no existan situaciones de abuso o extrapolación del Supremo Tribunal.

Vieira analiza el fenómeno de la judicialización de la política, distinguiendo corrientes que la explican. La primera, que cuenta con Hirsch (2006: 139-178) entre sus exponentes, explica la expansión del desempeño de los tribunales en la mayor fiabilidad de sus decisiones a los ojos del mercado. La segunda explica el mismo fenómeno en los fracasos de los otros poderes para realizar “las promesas de justicia e igualdad inherentes al ideal democrático e incorporadas a las constituciones contemporáneas” (Vieira, 2018: 138), lo que, para él, agravaría aún más la crisis de representatividad de los otros poderes. Para otros, se deriva de los sistemas de control de constitucionalidad. De cualquier forma, la tesis es que el embrión de este fenómeno se ubica en 1988, en el amplio aglutinado de intereses contradictorios garantizados en el compromiso *maximizador*, combinado con la desconfianza del legislativo, que terminó atribuyendo al Supremo Tribunal el poder de bloquear decisiones que amenazaban cambios en este equilibrio. La Corte debería implementar la nueva Constitución, pero modulando y mitigando sus efectos sobre el orden actual, pues se trata de un poder moderador contemporáneo: “El Supremo ejerce control sobre ambas políticas ordinarias, analizando la constitucionalidad de las leyes y actos del Ejecutivo, así como sobre la política constitucional” (Vieira, 2018: 138).

En las últimas tres décadas, el Tribunal ha ido acumulando funciones; asumió el poder de reforma, en la medida en que comenzó a juzgar las enmiendas constitucionales; tiene en sus manos el control de constitucionalidad de leyes y actos de gobierno; es tribunal en casos de foro por prerrogativa de función y tribunal de última instancia con numerosos procesos, lo que deja a los ministros desbordados. La enmienda constitucional 45, que creó la llamada *súmulas vinculantes*, así como sentencias con repercusión general, para estabilizar las decisiones y reducir la carga de la Corte, mejoró, pero no resolvió, el exceso de demandas o estabilizó una cultura de precedentes judiciales. Cabe señalar, sin embargo, que la admisión del

*amicus curiae* y las audiencias públicas incrementaron la participación de la sociedad, haciendo que el Tribunal fuera más plural.

El autor resuelve muy bien el concepto de “activismo judicial” con un análisis que comienza desde las posturas institucionales de deferencia y capacidad de respuesta. Del exceso de deferencia resulta la omisión, y del exceso de capacidad de respuesta, la usurpación de poderes. Pero en muchas situaciones los límites no están claros, hay una zona de penumbra en la que se toman muchas decisiones. Es necesario construir estándares racionales para determinar cuándo el Supremo debe actuar con deferencia y cuándo con responsabilidad, pero la Corte no lo ha hecho, lo que ha generado inseguridad jurídica.

Vieira hace un historial del desempeño del Supremo Tribunal desde la promulgación de la Constitución en 1988 hasta las elecciones de 2018, destacando las decisiones o hechos que consolidaron el cambio de postura de la Corte de un desempeño más omitido a la *supremocracia*. Atribuye el actual desgaste de la confianza en el Supremo a causas multifactoriales, lo que busca diagnosticar a lo largo de la obra, pero señala que el exceso de poderes concentrados en ella ha debilitado aún más el sistema de representatividad política. No se trata sólo de una cuestión de hermenéutica constitucional, hay un problema, según lo expresa Gargarella, de maquinaria constitucional. Las atribuciones de la Corte deben reducirse y, sobre todo, racionalizarse su jurisdicción con la institucionalización de los procesos de toma de decisiones. Otro punto es la cuestión de la colegialidad de las decisiones: el exceso de decisiones individuales y los votos dispares reflejan un tribunal en el que el consenso funciona poco. El autor propone una deliberación en tres pasos, que da más coherencia y cohesión a las decisiones y busca establecer una jurisprudencia más coherente, dando más seguridad a todo el Poder Judicial. Finalmente, hace una crítica mordaz a la forma de actuar de los ministros —poco coherente, guiada por la opinión pública; poco discreta, que poco ha contribuido al mantenimiento de la reputación del Tribunal—.

## VI. CONCLUSIONES

El punto fuerte del libro es el hecho de que Vieira no libera lentes exclusivamente legales sobre los 30 años de Constitución brasileña; su enfoque más amplio —político y social— permite al lector comprender las

contradicciones en proceso de concreción del pacto constitucional. Puede señalar las debilidades derivadas de la propia redacción de la Ley y, al mismo tiempo, su fortaleza o *resiliencia*. Una de las mayores e interesantes contradicciones señaladas es precisamente el hecho de que algunos de los compromisos estipulados en la Carta, que denotaban avances significativos propuestos en el campo de los derechos sociales, crearon expectativas de acceso pleno a la salud, la educación, la seguridad social, que se frustraron, convirtiéndose en uno de los motores de la crisis de 2013, que indicó una sacudida en las estructuras de la democracia. Así, una de las principales preguntas que plantea en el libro sigue abierta: ¿demuestra esta crisis que nuestro diseño institucional es irrecuperablemente deteriorado o, por el contrario, que se ajustará, reorganizando el sistema de frenos y contrapesos y seguirá siendo resistente durante unas décadas más?

## VII. REFERENCIAS

- HIRSCHL, Ran (2006). “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. *Fordham Law Review*. Trad. de Diego Werneck Arguelhes y Pedro Jimenez Cantisano. V. 75, n. 2.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
- VIEIRA, O. V. (2018). *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao malestar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras.
- VIEIRA, O. V. (2007). “Constituição como reserva de justiça”. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo. N. 42. 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>.
- VIEIRA, O. V. (2008). “Supremocracia”. *Revista de Direito GV*. N. 4. São Paulo. Jul-diez.
- VIEIRA, O. V. y GLEZER, R. (orgs.) (2017). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*. Bruno Meyerhof Salama et al. São Paulo: FGV Direito SP.





## CUESTIONES Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 47, Julio-Diciembre 2022  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2020). *Crítica del constitucionalismo feminista*. Barcelona: Atelier. 246 pp.

Alberto PATIÑO REYES\*

El objetivo del libro es estudiar en qué consiste el constitucionalismo feminista como movimiento jurídico y político que analiza la norma suprema desde la perspectiva de género. Para tal fin, el autor divide su obra en cinco capítulos, de los que se desprenden una serie de argumentos para explicar el estado de la cuestión.

Es inexacto hablar de un feminismo en singular, son distintos feminismos. Por ello, el autor, en un primer momento, hace un periplo de las distintas olas de surgimiento, desde el feminismo —reivindicado a mediados del siglo XVIII— que tiene el cometido de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley —destacan las sufragistas y su reclamo a “votar y ser votadas”—, hasta el *feminismo jurídico posmoderno*.

El profesor Álvarez explica cada ola del feminismo, como la de Simone de Beauvoir (pareja de Sartre) y su *Segundo sexo*, publicado en 1948, con la tesis central “la mujer no nace, sino que se hace”. Sus características serán la reivindicación de la “liberación” del patriarcado y “lo personal es político”, para evidenciar y erradicar el patriarcado, tanto de la vida privada como de la pública. Sobre esta base, reposan los feminismos revolucionario y radical. Ambos comparten que el hombre es la causa de la opresión femenina.

La obra analiza la tercera ola (vigente en la actualidad), también llamada *posfeminismo*, teniendo como protagonistas a *las mujeres olvidadas* o comunidades negras, las *queer*, las transgénero, las lesbianas; las doctrinas

---

\* Académico de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4722-192X>; [alberto.patino@ibero.mx](mailto:alberto.patino@ibero.mx).

post y anticoloniales, y el feminismo islámico. Un acierto del autor es precisar sus notas diferenciadoras: *i*) el género (aparece el uso del término por primera vez) es una construcción artificial que “encorseta” en unos patrones, no existen hombres y mujeres, sino cuerpos; *ii*) sólo existen esas subjetividades, por lo que el género se convierte en un *performance* que las personas podemos elegir, y *iii*) no hay que prohibir las manifestaciones patriarcales, para tener claro el objeto de la crítica y poder “resignificarla”. Además, “la pornografía, la prostitución, los vientres de alquiler son cuestiones de la esfera de la libre decisión individual”.

Su *leitmotiv* será explorar las identidades individuales y las subjetividades, haciendo que el género pase a incluir estas nuevas manifestaciones. Es el aquí y el ahora de términos como *gender fluid* (género fluido): el género es un constructo social que puede ser deconstruido y reconstruido a placer por las personas. “Si quiere, puede”, es la síntesis de la idea posfeminista, empleando el propio cuerpo como instrumento de lucha política y vehículo de protesta.

El autor recurre a la cuarta ola o *ciberfeminismo* para demostrar la influencia del movimiento digital. Así, irrumpen términos como *mansplaining* (cuando el hombre le explica algo a una mujer de forma paternalista); *maninterrupting* (cuando se interrumpe a una mujer que se encuentra en el uso de la palabra), y *manspreading* (el esparcimiento de los hombres en lugares y transporte públicos); *manpropriating* o *bropropriating* (hombres que se apropian de ideas o logros de mujeres). Aquí coloca las actitudes de personas que amparándose en el movimiento *MeToo* o similares (pervirtiendo su esencia) han propiciado cacerías personales.

En un segundo momento, el profesor Álvarez, destaca el feminismo según la metáfora de las ramas. En primer lugar, el feminismo *liberal de la igualdad* (sufragistas). En segundo plano, el *feminismo de la diferencia* considera al hombre inclinado a la violencia intrínseca, desde el acoso y el abuso sexual, hasta la violación. Con su vertiente, el lesbianismo político separado aboga por una sociedad aparte, paralela y formada por mujeres, basada en la autonomía y en la autoorganización. Su derivación, el *transfeminismo*, con su postulado “el derecho que tiene toda persona a definir su propia identidad y a no ser discriminado, [por un lado], y por otro, el derecho de las personas a tomar las decisiones que estimen oportunas en relación con sus cuerpos...”.

Un tercer modelo, el *feminismo socialista y el marxista*, tiene una raíz común, estos consideran que la principal causa de opresión/explotación

de la mujer no es el patriarcado, sino el capitalismo. En cuarto lugar, el *feminismo anarquista* aplica las doctrinas anarquistas a la mujer. El quinto, *ecofeminismo*, explota las cualidades vinculadas entre naturaleza (*Madre Tierra*) y mujer. Por último, el *feminismo poscolonial* aboga por entender y tener en cuenta cómo el racismo y la mentalidad colonial afecta a las mujeres que no pertenecen al segmento de mujer blanca occidental de clase media.

Con el deseo de mayor integración, el *feminismo jurídico liberal*, en Estados Unidos inició con las *affirmaritive actions*. Mientras tanto, en Europa, las *acciones positivas* con conceptos como “autonomía”, “libre elección”, “individuo” e “individualismo”. El mecanismo para su implementación serán las medidas específicas de igualación.

El argumento central del autor es: el feminismo jurídico radical o *derecho feminista* dice que la Ley —*lato sensu*— es un producto típicamente realizado por el hombre y para el hombre que refleja valores, estilos e ideologías netamente masculinas. En tal virtud, esto debe cambiar empleando la “perspectiva de género/feminista”.

Los postulados del *feminismo jurídico posmoderno* serían que ahora no hay objetividad, sino subjetividades; no hay verdad, sino verdades; no hay criterios objetivos, hay opiniones. “Hay relatos. Todo es”, en definitiva, puro *nihilismo* que da lugar a que las personas se deconstruyan, reconstruyan, se inventen y reinventen sin fin. Pugna por el reconocimiento de todas las identidades sexuales.

Al hilo de lo anterior, uno de los caballos de batalla es el uso del lenguaje del derecho, hay que deconstruirlo porque el lenguaje de las normas es masculino (*todos*) debe visibilizar a la mujer (*todos y todas*). Luego, construirlo de nuevo (*todes*) para dar encaje a esas personas con sus nuevas realidades y subjetividades, derivadas de la autoidentificación de género.

Por lo demás, el feminismo constitucional “todas aquellas propuestas del feminismo que pretenden trasladarse al ámbito constitucional...”. Coexiste con varios feminismos y sus propuestas tienen que ir a la Constitución. Empero, el *feminismo liberal* es el ideal para el disfrute de derechos, la igualdad ante la ley y la no discriminación.

El autor es tajante al señalar que

...el problema viene con el feminismo posmoderno, lo que antes se entendía que garantizaba unos derechos y deberes de forma no discriminatoria para todos, ahora es objeto de crítica porque no reconoce todas las identidades

sexuales ni las identidades por las que se auto perciban las personas. Lo cual es tanto como apostar porque las personas no pisen nunca suelo firme, lo que conduce al absurdo de negar la propia libertad que dicen reivindicar, porque sin unas normas básicas, ésta es imposible.

El panorama expuesto por el autor conduce al planteamiento siguiente. Ante una ciudadanía sexual, *queer*, homosexual, transexual o intersexual, los sistemas jurídicos están intentado acomodar, constitucionalmente, los nuevos ejercicios de libertad. Sin embargo, la duda es, si el hecho de reclamarse diferente deba dar lugar a un trato jurídico “privilegiado”.

Una de las respuestas emitidas por el profesor Álvarez es un dato irrefutable: el feminismo constitucional está virando hacia un pretendido constitucionalismo feminista como movimiento holístico que desea orientar la Constitución con perspectiva de género, por ejemplo, el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El constitucionalismo feminista está relacionado con cómo se implementa en la Constitución, donde la meta sería alcanzar una presencia determinada de mujeres para construir el cambio, el cual vendrá a consolidar una masa crítica (un porcentaje de representantes) que rompa el *techo de cristal* (el umbral que las mujeres no conseguían superar hasta adoptar estas medidas). Más mujeres en el parlamento es sinónimo de más y mejores intereses defendidos ¿Qué medios utilizan para conseguirlo?

El mecanismo son las cuotas electorales, primero como acciones positivas, definidas como aquellas que se orientan a compensar y neutralizar las diferencias que suponen desventaja; en un momento posterior, la democracia paritaria. Además de las cuotas, otras medidas adicionales serían la sanción al partido que incumpla con la paridad; la lucha contra la violencia de género en el ámbito político y *ad extra* (acoso sexual, acoso verbal, etcétera). Estados Unidos sería el país que no tiene ninguna medida, ni reserva de puesto, ni cuota legal, ni cuota de partido alguno.

Cuando el autor explora el caso español, presenta algunas posibles reformas que gozarían de consenso en unas eventuales cortes constituyentes, por ejemplo, elevar a rango constitucional el matrimonio igualitario y el divorcio libre, o la garantía de la paridad electoral. Otro tipo de reformas sobre las que aún no existe consenso son: el derecho a vivir una vida libre de violencia; el derecho al propio cuerpo; o el derecho a la educación igualitaria; el empleo del lenguaje inclusivo y no sexista en la Constitución.

Otro tema en la agenda del *feminismo posmoderno* es reeditar las ideas añejas del hombre nuevo y su correlato, así como la sociedad nueva en la doctrina de la “nueva masculinidad”. En paralelo a las reivindicaciones clásicas feministas se ha dado carta de naturaleza a una reformulación del los conceptos de “hombre” y de “masculinidad”, que da pie a una alteración en su lugar en el mundo y en la sociedad. El hombre es el que debe cambiar para adecuarse a los cambios del movimiento feminista. Por otro lado, se aplica al varón la máxima, también en su caso, de que el hombre “no nace, sino que se hace”. Por lo que debe someterse a un proceso de deconstrucción y reconstrucción.

En la agenda, también está la implantación del lenguaje inclusivo, la Real Academia Española ha advertido de la deconstrucción del lenguaje, por ejemplo, el uso genérico del masculino se basa en su condición de término no marcado en la oposición masculino/femenino. Por ello, es incorrecto emplear el femenino para aludir conjuntamente a ambos sexos, con independencia del número de individuos de cada sexo que formen parte del conjunto. Por ejemplo, lo cierto es que, los “alumnos” es la única forma correcta de referirse a un grupo mixto, aunque el número de alumnas sea superior al de los alumnos varones.

La otra cara de la moneda es el discurso del odio sexista y su eventual prohibición. Si con introducir el lenguaje inclusivo no fuera suficiente, se podría “limpiar” éste de impurezas sexistas, con una interpretación restrictiva de la libertad de expresión, al extremo de que la penalización del discurso de odio parece alimentar la idea de la poscensura.

El autor demuestra la censura a profesores universitarios por parte de grupos LGBTI o feministas, quienes no consienten la actividad científica-investigadora del académico censurado. Una causa de este tipo de comportamientos es que suelen anteponer el frenesí ideológico a la vertiente académica, rechazando la opción de debatir. Es el caso del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Pablo de Lora, a quien le reprocharon que no era trans y, por tanto, no podía hablar de lo transexual.

Un dato no menor, en España, ante la imposición del constitucionalismo feminista, se registran algunas reacciones como, por ejemplo, la iniciativa de padres de familia de vetar ciertas actividades escolares —adoctrinadoras en perspectiva de género— llamada PIN Parental, dando lugar a supuestos de objeción de conciencia, reconocida implícitamente en el derecho fundamental a la libertad ideológica, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 53/1985) y (STC 145/2015).

El autor reconoce que la relación entre feminismo y Constitución no es sencilla, por esta razón sólo es posible con el feminismo liberal. Y recurre a Owen Fiss, quien dice que “el feminismo tendrá éxito antes como teoría de la igualdad que como teoría del derecho”. En definitiva, el constitucionalismo feminista tiene más de feminismo que de constitucionalismo.