

CUESTIONES Constitucionales

ISSN: 2448-4881

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 48, Enero-Junio de 2023

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

Edna María López García

Cuidado de la edición: Rosa María González Olivares, Karla Beatriz Templos Núñez, Miguel López Ruiz, Oscar Martínez González y Edna María López García.

Formación en computadora: Rosa María González Olivares, Karla Beatriz Templos Núñez, Javier Mendoza Villegas y Edna María López García.

Asistente de la revista: Anna Karen Navarro Méndez

CUESTIONES CONSTITUCIONALES
Revista Mexicana de Derecho Constitucional

Dr. Edgar Corzo Sosa
Director

Dr. José María Soberanes Díez
Coordinador de secciones

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. 48, enero-junio de 2023, 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. 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: 19 de abril de 2023

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.	XIII
--------------------	------

ARTÍCULOS DOCTRINALES

El derecho a un ambiente sano que vulnera a los animales domésticos en México	3
<i>The Right to a Healthy Environment that Infringed Domestic Animals in Mexico</i>	
Teresa BAENA SÁNCHEZ	
Acceso a la justicia: posible Zahir en la jurisprudencia mexicana	37
<i>Access to Justice: A Likely Zahir in Mexican Jurisprudence</i>	
D. A. CAMACHO ORTIZ	
El juicio político como objetivación de la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral en la Constitución Política del Perú	71
<i>The Political Trial as Objectiveness of the Cause of Presidential Vacancy due to Permanent Moral Disability in the Political Constitution of Peru</i>	
Deymor Beyter CENTTY VILLAFUERTE	
Iris Marina ROSADO TORRES	
Análisis de la normatividad nacional e internacional sobre el derecho de atención en salud integral de las personas migrantes venezolanas en situación de irregularidad en Colombia . . .	107

<i>Analysis of National and International Regulations on the Right to Integral Health Care for Irregular Venezuelan Migrants in Colombia</i>	
Georgina Isabel DE LEÓN VARGAS Mariana Isabel OÑATE CARRILLO Jhorman Elí CÁRDENAS AROCA	
Disfuncionalidades do modelo institucional liberal: juristocracia e <i>backlash</i>	131
<i>Dysfunctionalities of the Liberal Institutional Model: Juristocracy and Backlash</i>	
Melina Carla DE SOUZA BRITTO Claudia Maria BARBOSA	
Determinantes de las designaciones de ministros de la Suprema Corte de Justicia de México, 1995-2021	151
<i>Determinants of the Appointments to Mexico' Supreme Court of Justice, 1995-2021</i>	
Alejandro DÍAZ DOMÍNGUEZ Camilo SAAVEDRA HERRERA	
El Estado social de derecho expósito: la sostenibilidad fiscal y la regresión judicial de derechos sociales en Colombia	183
<i>The Exposed Social State of Law: Fiscal Sustainability and the Judicial Regression of Social Rights in Colombia</i>	
Carlos Arturo DUARTE MARTÍNEZ	
Análisis crítico de la STC 172/2020 (Pleno) en cuanto a la constitucionalidad del artículo 20.2b de la Ley de Seguridad Ciudadana	219
<i>Critical Analysis of STC 172/2020 (Plenary) Regarding Constitutionality from the Article 20.2b of the Citizen Security Law</i>	
Valentín GUILLÉN PÉREZ	

<p>Liberdade de expressão e o discurso profano: reflexões sobre a um caso concreto no Brasil</p> <p><i>Free Speech and the Secular Reasoning: Some thoughts a Brazilian Judicial Case</i></p> <p>Vitor MAIA VERÍSSIMO Marcelo CAMPOS GALUPPO</p>	251
<p>Parámetro de regularidad constitucional: 10 años de la reforma constitucional en derechos humanos. Implicaciones teóricas y limitaciones prácticas</p> <p><i>Parameter of Constitutional Regularity: 10 Years after the Constitutional Reform on Human Rights. Theoretical Implications and Practical Limitations</i></p> <p>Armando Ramón MATA MIRANDA</p>	279
<p>El derecho a la educación en Brasil: diálogo multinivel y las amenazas internas</p> <p><i>Right to Education in Brazil: Multilevel Dialogue and its Internal Threatens</i></p> <p>Ana Claudia SANTANO</p>	325
<p>La justicia indígena como resignificadora de los derechos humanos en el sistema de justicia penal de México</p> <p><i>Indigenous Justice as a Resignifier of Human Rights in the Mexican Criminal Justice System</i></p> <p>Juliana VIVAR VERA</p>	357
<p>Derecho y democracia en la periferia de la sociedad moderna. Estructuras, semánticas y expectativas.</p> <p><i>Law and Democracy in the Periphery of Modern Society. Structures, Semantics and Expectations</i></p> <p>Raúl ZAMORANO FARÍAS</p>	389

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México que reconoce el supuesto derecho a interrumpir el embarazo. 419
Commentary on the Judgment of the Supreme Court of Justice of Mexico that Recognizes the Alleged Right to Interrupt Pregnancy
 Jorge ADAME GODDARD

El derecho de las mujeres y las personas gestantes a decidir . . . 437
A Woman's & Pregnant Person's Right to Choose
 Jazmín BONILLA GARCÍA

La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México 451
The Weighing of Rights of Robert Alexy in a Judicial Decision of the Highest Court in Mexico
 Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ
 Priscila ÁLVAREZ BAUTISTA

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Apuntes constitucionales sobre la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos. 485
Constitutional Notes on Mexico's Time Zone Law
 Fernando BATISTA JIMÉNEZ
 Gunther HERNÁNDEZ BERNAL

La transferencia de facultades a la Secretaría de la Defensa Nacional para el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional. Un análisis desde el diseño constitucional del carácter civil de la Institución 497

The Transfer of Powers to the Secretary of National Defense for the Operational and Administrative Control of the National Guard. An Analysis from the Constitutional Design of the Civil Character of the Institution

Juan Manuel OTERO VARELA

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa (2022). *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 272 pp. 523

Luisa Gabriela MORALES VEGA

BOGDANDY, A. von et al. (eds.) (2022). *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. Un enfoque de derechos para la movilidad humana*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2022. 470 pp. 529

Juan RUIZ RAMOS

RÍOS VEGA, L. y SPIGNO, I. (dirs.); ESQUIVEL ALONSO, Y. (coord.) (2021). *La paridad de género en la justicia electoral mexicana: el modelo Coahuila. T. IV: Los derechos civiles y políticos, estudios de casos líderes nacionales y locales*. Vol. XXIV. México: Academia Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch. 303 pp. Los derechos fundamentales del siglo XXI 541

Adriana Beatriz SALINAS CERRILLO



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

EDITORIAL

Una vez más tiene el lector ante sí un nuevo número de *Cuestiones Constitucionales*, el 48, que viene a sumarse al esfuerzo por dar cuenta de las principales preocupaciones y los momentos constitucionales por los que estamos atravesando. En esta ocasión, el número está compuesto por 14 artículos doctrinarios, tres comentarios jurisprudenciales, dos comentarios legislativos y tres reseñas bibliográficas, textos todos que ofrecen un amplio panorama sobre lo constitucional.

El lector encontrará que en los artículos de investigación siguen apareciendo reflexiones principalmente en torno a los derechos humanos, pero notará, igualmente, que se publican análisis relacionados con temas jurisdiccionales e institucionales.

En cuanto al grupo de artículos relacionados con los derechos humanos, los textos que aparecen en este número exponen una variedad de ellos. Ahí está, por ejemplo, una reflexión sobre el derecho al medio ambiente sano desde la óptica de los seres vivos para dar cabida a los animales domésticos, que merecen respeto, un trato digno y que se les otorgue una categoría de derecho fundamental.

El acceso a la justicia es otro de los derechos humanos abordados en este número, en cuyo artículo se señala que ha sido la jurisprudencia mexicana, no obstante que no está expresamente reconocida en el texto constitucional, la que ha utilizado esta expresión, dedicándole infinidad de reflexiones, razón por la cual valdría la pena clarificar el sentido de dicho término, así como su alcance normativo.

La salud integral también es motivo de análisis en un artículo donde se sostiene que es un derecho que tienen las personas migrantes venezolanas en Colombia, sobre todo bajo la consideración de que, mediante el desarrollo progresivo de los derechos humanos —especialmente de los económicos, sociales y culturales, donde se ubica el derecho a la salud—, el Estado colombiano está, actualmente, en la obligación de garantizarlo.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

Un tema de gran preocupación son los registros corporales externos, en los que se pueden dejar a la vista partes del cuerpo por lo general cubiertas por ropa, conocidos como desnudos parciales o integrales, lo que puede incidir en el derecho a la intimidad de las personas, por lo que en un artículo se estudia con detalle una sentencia del Tribunal Constitucional español que sostiene la no vulneración de este derecho.

La libertad de expresión es puesta en entredicho al momento de contrastarla con la labor de una artista plástica que transformó las imágenes de santos de una religión en personajes comunes, lo que se analiza en un artículo tomando como base una decisión jurisdiccional, sosteniéndose que es necesaria una legislación especial al respecto.

Un último artículo en este primer grupo de textos aborda el derecho humano a la educación, en el que, a la luz de los estándares interamericanos, se estudia el cuestionamiento que ha tenido este derecho en Brasil durante el gobierno de Bolsonaro, en aspectos como su acceso, la libertad de cátedra y la autonomía universitaria.

En el segundo grupo de artículos, relacionados con las preocupaciones constitucionales sobre aspectos jurisdiccionales y de justicia, el lector encontrará un artículo en donde se cuestiona la discrecionalidad judicial ante los arreglos institucionales liberales que marcan una tensión entre el constitucionalismo y la democracia, surgiendo como reacción la *juristocracia*.

El nombramiento de los más altos responsables de la justicia, los ministros, es motivo de análisis en otro artículo donde, a raíz de la pregunta de cuáles han sido los factores que han influido en estos procesos, se analizan como determinantes los elementos del entorno político y las características de las personas propuestas.

Otro texto que se integra a las preocupaciones jurisdiccionales lo constituye la judicialización del Estado social de derecho, bajo los criterios de sostenibilidad fiscal y la regresión de derechos sociales en Colombia, con los que algunas sentencias de la Corte Constitucional han creado lo que el artículo en cuestión denomina “elusión constitucional”, pasando con ello toda la carga política a dicha Corte.

La justicia indígena es motivo de diversas reflexiones en otro artículo, en el cual se realiza un análisis constructivo del sistema de justicia penal mexicano en los pueblos indígenas para sostener una justicia penal pluricultural, resignificándose de esta manera los derechos humanos de este grupo de personas indígenas.

Un tercer grupo de artículos son los que abordan cuestiones institucionales públicas. Ahí el lector encontrará el juicio político que puede seguirse con motivo de la incapacidad moral en la Constitución Política del Perú, el cual, sin lugar a dudas, tiene una gran actualidad, y siguiendo el contenido del artículo, es un proceso que, respetándose el debido proceso, podría ayudar a comprobar actos de corrupción, deficiencia en la gestión y excesos en el equilibrio entre poderes, y no quedarse sólo como un juicio por infringir la Constitución.

La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos fue motivo de reflexiones en dos artículos doctrinarios. En uno de ellos se aborda el alcance del parámetro de constitucionalidad construido al resolverse la contradicción de tesis 293/2011, lo que ha sido, se señala en el artículo, un criterio restrictivo de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos que ha hecho que se pierda consistencia y coherencia en el ordenamiento constitucional.

En el otro artículo se parte de la hipótesis de que, con base en la mencionada reforma constitucional, al unirse la práctica del Estado de derecho con la de los derechos humanos, se tiene como resultado la constitucionalización de la persona, sobre todo al señalarse que toda actividad de las autoridades públicas debe respetar los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

Por último, el análisis del derecho y la democracia en la periferia de la sociedad moderna se efectúa en un artículo en el que se busca estudiar la operatividad de los Estados, desde la periferia de la sociedad moderna que se articula sobre la base de formas que se desenvuelven en el campo de las relaciones personales y no en el de la organización, ya que las estructuras operativas estratificadas parasitan y disponen de las diferencias socioestructurales producidas por la misma modernidad.

En la sección de comentarios jurisprudenciales el lector encontrará tres textos que abordan el tema de la interrupción del embarazo, realizándose un contraste interesante, pues en uno de ellos se expone el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace más de 10 años, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007; mientras que los otros dos comentan lo resuelto a últimas fechas por la misma Suprema Corte con motivo de la acción de inconstitucionalidad 148/2017.

En el apartado de comentarios legislativos se trata la Ley de Husos Horarios, y en un segundo texto se aborda la transferencia de facultades a la Secretaría de la Defensa Nacional para el control de la Guardia Nacional.

Por último, en la sección de reseñas bibliográficas en esta ocasión se comentan tres obras relacionadas con el asilo como derecho en disputa en México, la migración y el constitucionalismo transformador en Colombia, y una última sobre la paridad de género en la justicia electoral mexicana.

Con todo este material estamos seguros de que el lector tendrá una visión actualizada de las principales *Cuestiones Constitucionales* de nuestro tiempo.

C

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El derecho a un ambiente sano que vulnera a los animales domésticos en México

The Right to a Healthy Environment that Infringed Domestic Animals in Mexico

Recepción: 5 de junio de 2020

Aceptación: 15 de septiembre de 2021

Teresa BAENA SÁNCHEZ*

RESUMEN: A partir de mediados del siglo pasado la preocupación por un medio ambiente sano ha ido en incremento y ha hecho que la regulación ambiental sea analizada por los Estados a partir de sus Constituciones y leyes federales. Realizaré un análisis breve del artículo 4o. constitucional para reflexionar en qué estatus se encuentran los animales cuando se habla del derecho a un medio ambiente sano, ya que es en el medio ambiente donde nacen, crecen y se reproducen los animales y, en general, todos los seres vivos.

ABSTRACT: *Since the middle of the last century, the concern for a healthy environment has been increasing and has caused environmental regulation to be analyzed by the States based on their Constitutions and federal laws. I will brief analyze article 4 of the Constitution to reflect on the status of animals when speaking of the right to a healthy environment, since it is in the environment where animals and, in general, all living beings are born, grow and reproduce.*

Palabras clave: derecho ambiental, animales domésticos, Constitución federal.

Keywords: *environmental law, domestic animals, federal Constitution.*

* Maestranda en derecho por la UNAM; editora y consultora en derecho animal.
ORCID: 0000-0002-8567-6303; terebaena8@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Medio ambiente*. III. *Breve análisis del artículo 4o. constitucional*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes*.

I am smaller than an insect.

Pablo NERUDA

I. INTRODUCCIÓN

El deterioro ambiental ha generado los términos siguientes —lamentablemente, de manera global y local los hechos también—: *cambio climático, contaminación atmosférica, pérdida de suelos, deforestación, extinción de especies*. La protección al ambiente es uno de los temas globales que refleja la preocupación inminente de salvaguardar la vida de los ecosistemas, del agua, del aire, así como de aquellas relaciones existentes entre los seres vivos y el ambiente.

El derecho internacional ambiental se ha convertido en un puente importante para el reconocimiento del derecho humano de tercera generación, como lo es un ambiente sano. Desde la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional ambiental ha emergido con el nacimiento de organizaciones internacionales: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972); la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sustentable (Johannesburgo, 2002), y su práctica en los Estados se ha materializado tanto en instrumentos jurídicos no vinculantes como en los que sí cuentan con fuerza de obligatoriedad: tratados internacionales, convenciones, Constituciones o acuerdos.

En México, el artículo 4o. constitucional establece que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, a su vez, el Estado garantizará el respeto a este derecho. Es importante señalar que, respecto al mundo animal, la vida silvestre se encuentra de forma indirecta contemplada en el artículo constitucional. Así, el abuso indiscriminado de la vida silvestre es un problema social que va en incremento: el tráfico de especies, la extracción de pieles que se convierten en ornamentos y el comercio de animales en peligro de extinción, cuyo negocio ilegal es el tercero más lucrativo en el mundo después del narcotráfico y la venta de armas, trae como consecuencia su protección.

No obstante, a nivel constitucional no se encuentran reguladas las prácticas con animales que abarcan desde la experimentación;¹ los que son destinados al consumo humano; los que son utilizados en rituales religiosos; los que mueren durante la captura, el transporte y el decomiso; los que son parte de la clase trabajadora, hasta los que son utilizados en el deporte y el entretenimiento de rodeos. Quedan fuera los animales domésticos (perros y gatos) que terminan en condición de calle y abandono, los que son expuestos a peleas clandestinas —a pesar de ser delito federal— y los aniquilados en la cacería y la tauromaquia.

Por lo anterior, en el presente trabajo llevaré a cabo un breve análisis del artículo 4o. constitucional y de legislación ambiental federal para reflexionar en qué estatus se encuentran la vida silvestre y los animales domésticos, enfocándome en perros y gatos, cuando se habla del derecho a un medio ambiente sano.

II. MEDIO AMBIENTE

No ha habido mayor destrucción al medio ambiente como la de este siglo, ni mayor impacto en anteriores décadas y siglos, como en éste. La Tierra es la casa de todos; hablemos de personas y animales juntos: de todos los ecosistemas.

Un ejemplo de ello está presente en la obra cumbre *Primavera silenciosa*, donde la bióloga marina Rachel Carson (1969) afirma que cada ser humano está en contacto con productos químicos peligrosos desde el momento de la concepción hasta la muerte. Los pesticidas sintéticos se han distribuido de manera completa y se encuentran prácticamente en todas partes. Los residuos de estos químicos permanecen en el suelo y se han alojado en peces, aves y reptiles, así como en animales domésticos y sal-

¹ Es importante mencionar la iniciativa #LibreDeCrueldad, con la que se encabezó el trabajo legislativo y civil (por parte de Animal Heroes), lográndose la prohibición en México de la fabricación, importación y comercialización de productos cosméticos en los que se realicen pruebas en animales. Por lo tanto, el 14 de octubre de 2021 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud”. A través de dicho decreto se reformaron los artículos 414 Bis, primer párrafo; 421 Bis; se adicionó un tercer párrafo al artículo 270, recorriéndose los subsecuentes; un artículo 271 Bis; un tercer párrafo al artículo 272; una fracción VI Bis al artículo 425, y un artículo 465 Bis, de la Ley General de Salud. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5632679&fecha=14/10/2021#gsc.tab=0.

vajes de manera universal. De modo que los científicos que realizan experimentos con animales encuentran casi imposible localizar sujetos libres de esta contaminación.

Dichos productos químicos ahora se almacenan en los cuerpos de la gran mayoría de los seres humanos, independientemente de la edad —desde los tejidos del feto hasta durante la lactancia, con la leche materna—. Todo esto se debe al aumento y crecimiento de la industria que produce productos químicos sintéticos o artificiales con propiedades insecticidas; industria que ha nacido y es hija de la Segunda Guerra Mundial.

El tema de los pesticidas es un problema que ha impactado en el medio ambiente. El agua, el suelo y el manto de las plantas forman el universo que sustenta la vida animal de la Tierra, y pese a que el ser humano moderno rara vez recuerda este hecho, no podría existir sin las plantas que aprovechan la energía del sol y fabrican los alimentos básicos (Carson, 1969) de los que depende la vida.

Ahora bien, a partir de mediados del siglo pasado, de los años setenta y del año 2000, la preocupación por un medio ambiente sano ha ido en incremento y ha hecho que la regulación ambiental sea analizada y trabajada por los Estados a partir de sus Constituciones y leyes federales. No obstante, plantea Zaffaroni (2000: 266), “el ser humano ya no se pregunta *quién² soy, para qué soy, dónde estoy, qué es el mundo, qué es el ser*: es decir, ya no se pregunta *por qué ser a porqué no nada*. Y cuando olvida estas preguntas, *deja de pensar*”. A pesar de que el reconocimiento constitucional del derecho humano de tercera generación es el avance más significativo que en materia ambiental (Alanís, 2013) ha tenido el orden jurídico mexicano, nos encontramos con distintas limitantes, por lo que corre el peligro de quedar sólo en una norma programática —y en no pragmática a la vez—.

1. *Derecho a un ambiente sano*

El Diccionario del Español de México (DEM) define al ambiente³ como un “conjunto de las condiciones naturales, particularmente las atmosféricas

² Las itálicas vienen del texto origen.

³ En la tesis aislada I.3o.A.16 A se expresa como “Medio ambiente. Su concepción es multifactorial y su protección es interdisciplinaria e intersectorial”, se presenta una definición del medio ambiente y se dice que “se trata de un concepto multifactorial, que

ricas y climáticas, que rodean algo o a alguien, o que privan en un lugar determinado”, donde los seres humanos y los animales necesitan las condiciones naturales para existir.

Por su parte, la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁴ manifiesta que ambiente es el “conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”. Es preciso señalar que antes de la década de los setenta la voz “ambiente” no había nacido todavía como un concepto de derecho, a pesar de que ya se llegaba a utilizar en otras ciencias.

La voz “ambiente”, en realidad, antes de la década de los setenta no se había empleado (Nava Escudero, 2013) para describir al objeto de una crisis que ha sido percibida y valorada como tal. En dicha década se crearon organismos de carácter mundial, y en México, un año después, se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación (Meave y Carabias, 2005).

En nuestro país la protección al ambiente empezó a ser una preocupación del gobierno, aunque el texto original del artículo 27 constitucional ya manifestaba el derecho de la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para así hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. De tal suerte que la primera mención constitucional del ambiente se llevó a cabo en 1987, afirman Fix-Fierro y Martínez Uriarte (2018).

En el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de agosto de 1987 se confirieron facultades al Congreso de la Unión para expedir las leyes que establecieran la concurrencia entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados y los municipios en materia de protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico del artículo 73, fracción XXIX-G (Fix Fierro y Martínez Uriarte, 2018), fundamento que sirvió para la creación de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que sigue en vigor con numerosas reformas.

responde a la necesidad de determinar cuáles son los elementos que, a partir de su interacción, permiten al ser humano una vida con calidad, lo que hace indispensable tutelar jurídicamente los bienes necesarios para la satisfacción de los requerimientos sociales presentes y futuros”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, abril de 2016, p. 2508.

⁴ Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo83191.pdf>.

De acuerdo con Fix-Fierro y Martínez Uriarte (2018), los artículos que están directamente relacionados con el derecho al medio ambiente son tres: 4o., 27 y 73. De ellos, el artículo 27,⁵ por sí solo, genera un tema en particular: la propiedad, cuyo nacimiento en México marca uno de los antecedentes históricos respecto de los movimientos campesinos que reivindicaron el reparto de las tierras (Floris Margadant, 1971), entonces recordemos que desde comienzos de la época colonial:

Fuera de todo repartimiento entre españoles individuales o poblaciones de españoles debían quedarse, como principio general, las tierras y aguas de los indios. Éstos no podían ser despojados, pero tampoco podían disponer libremente de sus tierras: para los traspasos que excepcionalmente eran considerados lícitos, la autoridad debía intervenir en tutela de los indios. Desde luego, hubo muchos despojos, por el sistema de la encomienda, la dudosa eficacia del derecho indiano en general, el problema del idioma, la tendencia del indio a someterse a la autoridad superpuesta, la dificultad de probar sus títulos, y también la vaguedad, provocada por la enorme disminución de la población india durante el primer siglo del virreinato (si los indios huyeron, en caso de epidemias, sus tierras se convertían en realengas) (*ibidem*, 85).

No obstante, como postula Muñoz Machado, “el derecho ha tardado en incorporar hasta finales del siglo XX regulaciones que se corresponden con una nueva sensibilidad sobre la naturaleza que el darwinismo había establecido ya a mediados del siglo XIX” (1999: 28). Así, en algunas legislaciones europeas —como Austria, Alemania, Suiza, Francia (Franza, 2020), ahora España— sus códigos civiles internos comienzan a reconocer

⁵ Este artículo no se encuentra separado de la regulación animal, cuyo marco constitucional tiene una relación con el *Libro segundo. De los Bienes*, título primero: “Disposiciones preliminares”; título segundo: “Clasificación de los bienes”, capítulos I, II, III, VI y V; título tercero: “De la posesión”, y título cuarto: “De la propiedad”, capítulos I, II y IV, del Código Civil Federal —donde los animales son considerados bienes muebles e inmuebles—. En cuanto al derecho privado, las preocupaciones que se expresan en el puñado de los artículos del Código Civil —en este caso el nuestro—, que se refieren a los animales, representan los intereses de la sociedad agraria que debieron tener presentes los juristas de la segunda mitad del siglo XIX. La industrialización no había acabado todavía de sustituir al animal como fuerza de trabajo y los animales eran elementos fundamentales de la economía agraria de la época (Muñoz Machado *et al.*, 1999). Por parte de Hribal, existe una explicación histórica del papel y la función que los animales han tenido en el desarrollo de las revoluciones agrícola e industrial (Hribal, J., 2003).

el estatuto del animal no como un objeto apropiable, sino como un ser sensible o sintiente.

Como se sabe, son 110 países los que han incorporado el derecho a un ambiente sano en sus Constituciones; no obstante, también son varios los países que reconocen la protección, sintiencia, bienestar y trato digno de los animales en sus mencionadas Constituciones. Resulta que no es exclusivo de las generaciones futuras contar con un medio ambiente sano, por eso es inexcusable mirar a los seres vivos que cohabitan en el medio natural y urbano de las naciones del mundo para darse cuenta que los animales sí pueden ser protegidos tanto en las legislaciones locales como en el orden constitucional.

Señala Mulá: “El respeto hacia los animales es una cuestión de formación, voluntad y desarrollo social” (2015: 334). Aunque en la Constitución federal mexicana los animales, en general, no se encuentran reconocidos como seres sintientes y, en lo particular, no estén incorporados los animales domésticos, no significa que en cierto momento histórico y democrático no exista una reforma constitucional en beneficio de ellos, al menos, como primer paso, en la que se exprese respeto a la vida animal.

El desafío está en que el término *medio ambiente* no debe limitarse a un derecho sólo humano y de futuras generaciones —como tradicionalmente se ha justificado—, ya que “el derecho humano a un medio ambiente sano, el cual, de acuerdo a su interpretación teleológica, incluye la preservación y conservación de las especies que lo conforman, lo que además constituye un asunto de orden público e interés social” (Amparo en revisión 630/2017: 62) puede interpretarse de una forma integrativa y no divergente.

Mediante la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 2012, el artículo 4o. constitucional expresa que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”. Reforma constitucional en cuyo proceso legislativo “se observa que el Constituyente Permanente destacó la relevancia de la protección al medio ambiente y a sus elementos, al considerarlos como un asunto de orden público e interés social, lo cual —se afirmó— orienta también la preservación del equilibrio ecológico, los ecosistemas y su diversidad biológica” (Amparo en revisión 630/2017: 55).

2. *Estatus de los animales silvestres y los animales domésticos en ordenamientos federales*

A. *Código Civil federal*

En México, y en la mayoría de los países, los animales son clasificados y definidos como cosas. En el artículo 753 del Código Civil federal mexicano, los animales quedan segmentados (Baena y Sánchez, 2020) en bienes muebles: “los cuerpos que se pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior”.

Pero es el derecho pretorio (D’ors, 1993) el que atiende a las cosas (las *res*) y por ello la palabra *bona* (los bienes) es el término central de todo el ordenamiento edictal. En este orden destaca el hecho de la *possessio* (tenencia de las cosas); en primer lugar, los inmuebles. Por tanto, de la conjunción de esas dos proyecciones, la “personal” del derecho civil y la “real” del más pragmático derecho pretorio, va resultando el armónico y progresivo ordenamiento jurídico romano. Lo que deriva también en el nacimiento de los derechos reales, de la cosa —como elemento corpóreo o incorpóreo, dentro del comercio o fuera de él—.

Tanto por su influencia cultural como por su extensión geográfica, la familia romano-germánica, la cual constituye el derecho codificado, “está presente en la mayor parte de Europa, en toda la América nuestra, en una gran porción de África, en el cercano Oriente, en Japón e Indonesia” (Valadés, 2005: 45).

Entonces, la cosificación jurídica hacia los animales proviene de las *Instituciones*, de Gayo (c. 120-c. 178), y de Justiniano (483-565), para ordenar en el derecho a las personas, las cosas y las acciones. Se sabe que Gayo fue quien entendió el derecho de esta forma, pero Justiniano, “casi cuatro siglos después”, canonizó la mencionada triada.

Un ejemplo prejustiniano se encuentra en la división entre *res Mancipi* (cosas adquiridas por mancipación), donde se incluía a los animales de carga y tiro: bueyes, caballos, mulas y asnos, y “*res nec Mancipi*,”⁶ que abarcaba a corderos y cabras” (Nava Escudero, 2019: 49). Clasificación referente a cosas que eran susceptibles de propiedad privada, cuya exis-

⁶ Dicha denominación se trata de las cosas que estaban dentro del comercio; objetos de mayor interés para las comunidades agrícolas. Se transmitían por la simple tradición y bastaba con la entrega de la cosa para su adquisición.

tencia se remonta a la época de la Ley de las XII Tablas, y fue “suprimida por Justiniano en el año 531 de nuestra era”. De ahí que el derecho romano clásico refleje el ejemplo de una aristocracia jurídica (D’ors, 1993).

B. *Leyes federales ambientales*

a. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente

En el capítulo III, “Flora y fauna silvestre”,⁷ título segundo relativo a la biodiversidad de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, artículo 79, fracción VIII, se establece “el fomento del trato digno y respetuoso a las *especies animales*, con el propósito de evitar la crueldad en contra de éstas”.

Sin embargo, no se ha aprobado una ley federal en materia de bienestar animal, a pesar de que se han presentado al Congreso de la Unión distintas propuestas de ley. La mayoría de los estados de la República cuenta con una ley de protección y bienestar animal para salvaguardar a los animales del maltrato y la crueldad; logro y esfuerzo que ha sido, también, gracias al trabajo y desempeño de las organizaciones civiles, que día con día se enfrentan a desafíos no sólo doctrinarios, sino prácticos.

Estados como Chiapas, Morelos, Nayarit y Yucatán no cuentan con una ley de esta índole, pero resulta acuciante que todos estén en consonancia y actualizados conforme a las Constituciones siguientes: Constitución de la Ciudad de México, en su artículo 13, inciso B; Constitución Política del Estado de Durango, en su artículo 26, párrafos quinto y sexto, y Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en su artículo 12, apartado A, ordenamientos que reconocen la sintiencia animal en México.

Sin embargo, la protección jurídica para distintos animales es limitada y nula. Los enfoques antropocentrista o antropomorfista⁸ y utilitarista⁹

⁷ Este capítulo se llamó “Flora y fauna silvestres y acuáticas” a partir de la publicación, en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1988, de la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Sin embargo, el 13 de diciembre de 1996 se reformó al título señalado.

⁸ El antropomorfismo es la atribución de características que se aplican sólo a los humanos a cosas no humanas (Regan, 2016).

⁹ El utilitarismo moderno usa el concepto *interés* en vez de puro placer y dolor, reconociendo que los intereses pueden incluir más que placer y dolor; por ejemplo, el

limitan el entendimiento de cómo debemos actuar, ética y jurídicamente, hacia los animales, sin poner los intereses humanos por encima de ellos. Enfoques que están presentes en la legislación mexicana —lo que también se distingue en la siguiente ley—.

b. Ley General de Vida Silvestre

Esta ley es reglamentaria del párrafo tercero del artículo 27, y de la fracción XXIX, inciso G, del artículo 73, constitucionales. Tiene como objeto establecer la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en cuanto hace a la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y su hábitat en el territorio nacional y en las zonas en donde la nación ejerce su jurisdicción.

Contiene expresiones, repetidas a lo largo del texto, tales como aprovechamiento sustentable, aprovechamiento extractivo, no extractivo, recursos forestales, conservación, ejemplares, poblaciones, especies, etcétera, y clasifica las especies y poblaciones en riesgo: a) en peligro de extinción; b) amenazadas, y c) sujetas a protección especial.

El artículo 4o. de la Ley General de Vida Silvestre (LGVVS) establece que es deber de los mexicanos conservar la vida silvestre y que queda prohibido cualquier acto que implique su destrucción, daño o perturbación, en perjuicio de los intereses de la nación, y “los propietarios o legítimos poseedores de los predios en donde se distribuye la vida silvestre, tendrán derechos de aprovechamiento sustentable sobre sus ejemplares, partes”. Lo que se contrapone con los derechos de los animales o *animal rights*, movimiento en el que existe una consideración moral más elevada y donde se ponderan los intereses del individuo (Rivero Sosa, 2017) y no los de la especie o grupo. Asimismo, existe una completa erradicación de la explotación como recurso, elevando el derecho natural de vivir.

La acepción *derechos de los animales* (Nava Escudero, 2018a) tiene un doble significado: el primero se trata de las ideas, teorías, criterios, perspectivas o formas de pensamiento, ya sean científicas o religiosas, que argumentan la consideración moral de los animales; el segundo responde a “una teoría que propone el reconocimiento de derechos a los animales (en inglés, *the rights view*) bajo la premisa de que éstos pueden y, de hecho,

cumplimiento de actividades y planes para el futuro, los cuales requieren varios sacrificios de hoy (Hall, 2015).

tienen derechos” (*ibidem*, 728). Una postura discutible en el derecho y la sociología.

Por su parte, el artículo 29 de la LGVS manifiesta que

Las entidades federativas, los municipios, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y la Federación, adoptarán las medidas de trato digno y respetuoso para evitar o disminuir la tensión, sufrimiento, traumatismo y dolor que se pudiera ocasionar a los ejemplares de fauna silvestre durante su aprovechamiento, traslado, exhibición, cuarentena, entrenamiento, comercialización y sacrificio.

Pero esta ley, ¿cómo define al trato digno y respetuoso? Realmente no dice mucho, a pesar de que en su glosario dé una definición un tanto a medias, ya que manifiesta que el trato digno y respetuoso es/o son las acciones o medidas que la propia ley, su reglamento, así como tratados internacionales, normas ambientales y normas oficiales mexicanas establecen para “evitar dolor, deterioro físico o sufrimiento, durante su posesión o propiedad, crianza, captura, traslado, exhibición, cuarentena, comercialización, aprovechamiento, adiestramiento o sacrificio”.

Tratándose del traslado de ejemplares vivos de fauna silvestre, así como su exhibición, entrenamiento y procesos de comercialización —en estos dos últimos casos mediante el uso de métodos e instrumentos que sean adecuados—, se deberán efectuar bajo condiciones que eviten o disminuyan la tensión, el sufrimiento, el traumatismo y el dolor.

Es una ley que presenta un enfoque bienestarista a término medio. La Organización Mundial de la Salud Animal (OMSA) considera que un animal se encuentra en un estado satisfactorio de bienestar cuando está sano, confortable y bien alimentado, y puede expresar su comportamiento innato y no sufre dolor, miedo o distrés (OMSA, 2008).

La Ley prohíbe “todo acto de crueldad en contra de la fauna silvestre”, mas, a la vez, permite la caza deportiva, una contradicción absoluta si lo que realmente se quiere es hablar de protección animal: “la preocupación por el bienestar de los animales es consecuencia, en buena medida, de que los animales pueden experimentar emociones y, por lo tanto, sufrir” (Manteca y Salas, 2015). Entonces, ¿los animales destinados a ser un trofeo no sufren su muerte o, de acuerdo con el mecanicismo cartesiano, son máquinas vivientes que no merecen ser protegidas porque, en teoría, tienen una muerte inmediata? La respuesta resulta un tanto sobrada de

explicar si se argumenta que el bien jurídico tutelado de los animales es la vida.

No obstante, entre contradicciones y baches a medio término resulta un logro mencionar qué especies están protegidas en la presente ley, ya sea porque nuevas áreas del conocimiento se han involucrado para su salvaguarda y visibilización o porque existe una preocupación a nivel de investigación que logra resguardarlas:

- Los ejemplares de mamíferos marinos, y no podrán ser sujetos de aprovechamiento extractivo, con excepción de la captura que tenga por objeto “la investigación científica y la educación superior de instituciones acreditadas”. De igual forma, “queda prohibida la utilización de ejemplares de mamíferos marinos en espectáculos itinerantes”.
- Los ejemplares de primates, quienes no podrán ser sujetos de aprovechamiento extractivo, ya sea de subsistencia o comercial, y “sólo se podrá autorizar la captura para actividades de restauración, repoblamiento y de reintroducción de dichas especies en su hábitat natural”.
- Las tortugas marinas, quienes no podrán ser sujeto de aprovechamiento extractivo, ya sea de subsistencia o comercial, incluyendo sus partes y derivados.
- Queda prohibido el aprovechamiento extractivo con fines de subsistencia o comercial de las especies de: tiburón blanco (*Carcharodon carcharias*), tiburón ballena (*Rhincodon typus*), tiburón peregrino (*Cetorhinus maximus*), pez sierra peine (*Squalus pristis*) y pez sierra de estero (*Pristis pectinata*), y sólo se podrá autorizar su captura para actividades de restauración, repoblamiento o reintroducción de dichas especies en su hábitat natural.
- Ningún ejemplar de ave correspondiente a la familia *Psittacidae* o psitácido podrá ser sujeto de aprovechamiento extractivo. Sólo se podrán otorgar autorizaciones de aprovechamiento extractivo con fines de conservación o investigación científica.

c. Ley Federal de Sanidad Animal

Por su parte, la Ley Federal de Sanidad Animal (LFSA) manifiesta:

Artículo 1o. La Presente Ley es de observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto fijar las bases para: el diagnóstico, prevención, control y erradicación de las enfermedades y plagas que afectan a los animales; procurar el bienestar animal; regular las buenas prácticas pecuarias aplicables en la producción primaria, en los establecimientos dedicados al procesamiento de bienes de origen animal para consumo humano, tales como rastros y unidades de sacrificio y en los establecimientos Tipo Inspección Federal; fomentar la certificación en establecimientos dedicados al sacrificio de animales y procesamiento de bienes de origen animal para consumo humano, coordinadamente con la Secretaría de Salud de acuerdo al ámbito de competencia de cada secretaria; regular los establecimientos, productos y el desarrollo de actividades de sanidad animal y prestación de servicios veterinarios; regular los productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos. Sus disposiciones son de orden público e interés social.

No obstante, la LFSa procura la salud de los animales para que su carne no se encuentre contaminada y perjudique a los seres humanos al momento de su consumo. Hace referencia a que la Secretaría de Salud y la Sader (antes Sagarpa) se encargarán de vigilar la observancia de la ley.

Además, la ley refiere el término *bienestar animal*, pero existe una diferencia muy clara entre este término¹⁰ y los derechos de los animales, ambos planteados desde la vertiente de la liberación animal. El primero “se enfoca en las metas a corto plazo y la liberación animal busca la liberación de toda explotación de éstos” (Rivero Sosa, 2017: 53). Aunque en ambos movimientos existe una preocupación por el animal, al ofrecerles cuidados y “abolir las prácticas de maltrato y crueldad”.

En cuanto a instrumento jurídico, la LFSa está lejos de hablar de los derechos de los animales, a pesar de que éstos, advierte Ortiz Millán:

Tienen —de diferentes formas, según su especie— necesidad de libertad para desarrollar sus capacidades, por ejemplo, de afiliación, de juego, etcétera. Mantenerlos en cautiverio significa no satisfacer sus necesidades básicas,

¹⁰ En bienestar animal, recordemos el papel fundamental de la doctora alemana Aline Schunemann de Aluja (médico veterinaria zootecnista de la UNAM), una de las pioneras del bienestar animal en México y el mundo. Fue la primera en dar un curso de bienestar animal en nuestro país, en 1989, y colaboró en la elaboración y desarrollo del proyecto de la Plaza Ganadera San Bernabé, en el Estado de México, que se llevó a cabo con la finalidad de contar con instalaciones modernas y adecuadas para ofrecer condiciones dignas al ganado que ahí se comercializa.

frustrar sus preferencias y su posibilidad de desarrollar sus capacidades; implica vulnerar sus intereses básicos y, tal como podríamos afirmarlo en el caso de los humanos, violar sus derechos (2017: 399).

Asimismo, afirma Derrida: “nadie puede negar el sufrimiento, el miedo o el pánico, el terror o el pavor que puede apoderarse de algunos animales y del que nosotros podemos dar testimonio” (2008: 44. Y si nadie escapa a esta negativa, ¿cómo empatizar con aquellos ojos cuya indefensión se encuentra fuera de su alcance? No debemos olvidar que la relación humano-animal ha existido desde siempre: “después de Darwin, los hombres somos también animales que hemos ganado las formas y la inteligencia en un proceso selectivo que se inició hace algunos miles años, pero que tenemos un origen común con otras especies con las que mantenemos un parentesco genético asombroso” (Muñoz Machado *et al.*, 1999: 43).

Lamentablemente, el maltrato, la violación, la tortura y la muerte de los animales incrementa en toda la República mexicana. Como menciona Herrera Ocegueda: “determinados sectores sociales y políticos se han mantenido insensibles frente a la necesidad de garantizar el derecho a la salud, el respeto y buen trato a los animales, ya que si bien existen diversos ordenamientos administrativos, éstos resultan insuficientes” (2017: 128).

De modo que, por un lado, se tiene la percepción de que el maltrato hacia los animales no constituye un problema social por las propias características de la violencia y de las víctimas contra las que se ejerce (Bernuz Beneitez, 2015), convirtiéndose en una violencia invisible y silenciosa, ya que se produce en el ámbito de los hogares, y porque en raras ocasiones, y por su extrema dureza, llega a los medios de comunicación. Las víctimas directas son los animales, quienes no cuentan con una voz propia y son considerados las víctimas ocultas de la violencia doméstica.

Por el otro, en el pensamiento ético y filosófico, y también en la cultura (Giménez-Candela, 2018), la referencia a los animales ha estado relacionada a un término que se ancla a la realidad y que expresa una relación tan compleja como enigmática.

d. Normas Oficiales Mexicanas

Tratándose de la salud del animal como producto, del manejo de los animales en laboratorio y del sacrificio humanitario, entre otros temas, y

cuyos fines últimos son los intereses económicos humanos, se encuentran las siguientes Normas Oficiales Mexicanas:

<i>Norma Oficial Mexicana</i>	<i>Nombre</i>
NOM-001-ZOO-1994	Campaña nacional contra la varroasis de las abejas.
NOM-002-SAG/GAN-2016	Actividades técnicas y operativas aplicables al programa nacional para el control de la abeja africana.
NOM-006-ZOO-1993	Requisitos de efectividad biológica para los ixodicidas de uso en bovinos y método de prueba.
NOM-012-ZOO-1993	Especificaciones para la regulación de productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-022-ZOO-1995	Características y especificaciones zoonosanitarias para las instalaciones, equipo y operación de establecimientos que comercializan productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-023-ZOO-1995	Identificación de especie animal en músculo de bovinos, ovinos, equinos, porcinos y aves, por la prueba de inmunodifusión en gel.
NOM-024-ZOO-1995	Especificaciones y características zoonosanitarias para el transporte de animales, sus productos y subproductos, productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-025-ZOO-1995	Características y especificaciones zoonosanitarias para las instalaciones, equipo y operación de establecimientos que fabriquen productos alimenticios para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-026-ZOO-1994	Características y especificaciones zoonosanitarias para las instalaciones, equipo y operación de establecimientos que fabriquen productos químicos, farmacéuticos y biológicos para uso en animales.
NOM-027-ZOO-1995	Proceso zoonosanitario del semen de animales domésticos.
NOM-030-ZOO-1995	Especificaciones y procedimientos para la verificación de carne, canales, vísceras y despojos de importación en puntos de verificación zoonosanitaria..
NOM-031-ZOO-1995	Campaña Nacional contra la Tuberculosis Bovina (<i>Mycobacterium bovis</i>).

<i>Norma Oficial Mexicana</i>	<i>Nombre</i>
NOM-033-SAG/ZOO-2014	Métodos para dar muerte a los animales domésticos y silvestres.
NOM-040-ZOO-1995	Especificaciones para la comercialización de sales puras antimicrobianas para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-040-ZOO-1995	Especificaciones para la comercialización de sales puras antimicrobianas para uso en animales o consumo por éstos.
NOM-041-ZOO-1995	Campaña Nacional contra la Brucelosis en los Animales.
NOM-045-ZOO-1995	Características zoonositarias para la operación de establecimientos donde se encuentran animales para ferias, exposiciones, subastas, tianguis y eventos similares.
NOM-046-ZOO-1995	Sistema Nacional de Vigilancia Epizootiológica.
NOM-051-ZOO-1995	Trato humanitario en la movilización de animales.
NOM-054-ZOO-1996	Establecimiento de cuarentenas para animales y sus productos.
NOM-056-ZOO-1995	Especificaciones técnicas para las pruebas diagnósticas que realicen los laboratorios de pruebas aprobados en materia zoonositaria.
NOM-057-ZOO-1997	Método de prueba para la evaluación de efectividad en acaricidas para el control de la varroa.
NOM-059-ZOO-1997	Salud animal. Especificaciones de productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos. Manejo técnico del material publicitario.
NOM-060-ZOO-1999	Especificaciones zoonositarias para la transformación de despojos animales y su empleo en la alimentación animal.
NOM-061-ZOO-1999	Especificaciones zoonositarias de los productos alimenticios para consumo animal.
NOM-062-ZOO-1999	Especificaciones técnicas para la producción, cuidado y uso de los animales de laboratorio.
NOM-064-ZOO-2000	Lineamientos para la clasificación y prescripción de los productos farmacéuticos veterinarios por el nivel de riesgo de sus ingredientes activos.
NOM-067-ZOO-2007	Campaña nacional para la prevención y control de la rabia en bovinos y especies ganaderas.

<i>Norma Oficial Mexicana</i>	<i>Nombre</i>
NOM-011-PESC-1993	Para regular la aplicación de cuarentenas, a efecto de prevenir la introducción y dispersión de enfermedades certificables y notificables, en la importación de organismos acuáticos vivos en cualesquiera de sus fases de desarrollo, destinados a la acuicultura y ornato en los Estados Unidos Mexicanos.
NOM-030-PESC-2000	Que establece los requisitos para determinar la presencia de enfermedades virales de crustáceos acuáticos vivos, muertos, sus productos o subproductos en cualquier presentación y artemia (<i>Artemia spp.</i>), para su introducción al territorio nacional y movilización en el mismo.

FUENTE: Gobierno de México, disponible en: <https://www.gob.mx/senasica/documentos/normatividad-en-materia-de-salud-anim>.

Respecto a la NOM-033-SAG/ZOO-2014, “Métodos para dar muerte a los animales domésticos y silvestres”, los animales son privados de su vida sin aturdimiento, sin anestesia, sin la intervención de un veterinario y en lugares insalubres. Entre su agonía se festejan nacimientos o fiestas patronales, y no se le da ningún respeto ni se muestra gratitud al animal que será comido o vendido. Sin embargo, el conflicto no radica en si los animales serán vendidos o comidos, o si lo es, ¿por qué no mirar otras alternativas de consumo para prolongar una vida saludable, éticamente responsable?

La obligación que se desprende de un trato digno a los animales se relaciona con la simpatía,¹¹ en *The Lives of Animals* se narra que el corazón es el asiento de la simpatía, lo que nos permite compartir el ser de otro. La simpatía tiene mucho que ver con el sujeto y poco con el objeto: no vemos a un murciélago como un objeto. Hay personas que tienen la capacidad de imaginarse a sí mismas como otra persona; hay quienes no la tienen, y hay otros que sí la tienen, pero eligen no ejercerla (Coetzee, 1999).

¹¹ Darwin, respecto a este sentimiento, en *The Expression of the Emotions in Man and Animals* (publicado por primera vez en Londres, en 1980, por John Murray), expresó lo siguiente: “The feelings which are called tender are difficult to analyse; they seem to be compounded of affection, joy, and especially of sympathy. These feelings are in themselves of a pleasurable nature, excepting when pity is too deep, or horror is aroused, as in hearing of a tortured man or animal” (Darwin, 2009: 226).

Doniger, en esta obra de Coetzee, a la cual hacemos referencia, cita que “Emmanuel Lévinas dijo una vez que el rostro del otro dice: no me mates. Este es el lenguaje que debemos aprender a leer, y el lenguaje que niegan las personas que defienden el derecho a tratar a los animales como cosas, mediante una tautología interesada”¹² (*ibidem*, 104). Es mediante el lenguaje, en un primer momento, donde podemos descifrar emociones como el dolor y el sufrimiento de los animales. Entonces, “sólo hablando su lenguaje [el de la vaca o el de cualquier otro animal] podremos saber realmente cómo pensaríamos y sentiríamos si fuéramos peces o caballos”¹³ (*ibidem*, 104 y 105).

Sin embargo, vayamos todavía más lejos del lenguaje, tratándose del derecho animal¹⁴ en México, éste despunta como una rama del derecho de una forma pausada, a pesar de que por más de 30 años se ha ido actualizando y permeando en países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile, Colombia, Brasil, Australia, Suiza, Alemania, Francia, España, Portugal y la India.

Ahora bien, se ha cuestionado si el derecho animal es una rama en sí, por lo que Mulá plantea que, aunque no es admitida de manera formal

¹² Traducción propia. La cita original dice: “Emmanuel Lévinas once said that the face of the other says, don’t kill me. This is the language that we must learn to read, and the language that is denied by people who defend the right to treat animals as things, through a self-serving tautology”.

¹³ Traducción propia. La cita original dice: “Only by speaking their language will we really be able to know how we would think and feel if we were fish or horses”.

¹⁴ Respecto al derecho animal pueden consultarse las obras siguientes: Tischler, Joyce (1977). “Rights for Nonhuman Animals: A Guardianship Model for Dogs and Cats”, *San Diego Law Review*. 14 (484); Sandys-Winsch, G. (1984). *Animal Law. A Concise Guide to the Law Relating to Animals*. 2a. ed. Reino Unido: Shaw and Sons; Cooper, Margaret E. (1987). *An Introduction to Animal Law*. Academic Press; Favre, D. y Borchelt, P. L. (1999). *Animal Law and Dog Behavior*. Estados Unidos: Lawyers and Judges Publishing Company; Schaffner, J. E. (2011). *An Introduction to Animals and the Law*. 5a. ed. Estados Unidos: Palgrave-MacMillan; Wagman, Bruce A. y Liebman, Matthew (2011). *A Worldview of Animal Law*. Carolina Academic Press; Favre, D. (2011). *Animal Law, Welfare, Interests and Rights*. 2.a ed. Nueva York: Wolters Kluwer Law and Business; González M., Israel (coord.) (2016). *Aproximaciones filosóficas y jurídicas al derecho animal: actas de los Primeros Coloquios de Derecho Animal UCN*. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago; Steven, W. (ed.) (2016). *Animal Law and Welfare-International Perspectives*. Springer; Tischler, Joyce et al. (2017). *Animal Law. New Perspectives on Teaching Traditional Law*. Carolina Academic Press; Montes Franceschini, M. (2018). *Derecho animal en Chile*. Santiago de Chile: Editorial Libromar; Peters, A. (ed.) (2020). *Studies in Global Animal Law*. Springer.

por los doctrinarios del derecho y existen ciertas resistencias por parte de éstos, “sí cumple con los requisitos para ser una disciplina autónoma. El Derecho refleja las preocupaciones de las personas y por esta razón el derecho animal existe y está alcanzando un desarrollo significativo” (2015: 331). Además de que interactúa con diferentes ordenamientos jurídicos internos y se encuentra en constante relación con el derecho internacional aplicable a la materia (Franza, 2020); involucra no sólo al derecho —y sus distintas ramas—, sino que requiere de una actitud proactiva por parte de los Estados en términos de política ambiental.

En legislaciones del mundo se ha avanzado de manera paulatina para la mejora de la protección animal, pues “el derecho ha tratado de encontrar los términos más pertinentes, que han sido cambiantes, para poder condensar cómo se debe tratar a los animales y cómo se regula la relación con ellos, en el seno de una sociedad organizada” (Giménez-Candela, 2018: 6).

Dado que el derecho no es un fenómeno natural, sino un producto social cuya naturaleza y estructura cambian en función del tiempo y el lugar, la epistemología de la ciencia del derecho (Ferrajoli, 2004) depende de forma estrecha de la naturaleza del derecho mismo; es decir, del lenguaje en que consiste y ha variado con los cambios de paradigma que el derecho ha sufrido en su historia milenaria. Para Valadés, el derecho:

Como fenómeno cultural es tan estable o *tan dinámico* como la lengua a través de la cual se expresa. Hay instituciones que perduran, la usucapión es un ejemplo; *otras que evolucionan*, como la propiedad; unas más que *se transforman*, como la monarquía; y numerosas que van resultando de nuevas realidades, como los contratos electrónicos... En ocasiones las instituciones y los conceptos guardan una relación sincrónica; esto suele suceder con el derecho legislado (2005: 28).

En el derecho existen otros instrumentos para difundir las normas, pero sigue habiendo sólo uno para elaborarlas: la palabra. Aunque en esto hay un nuevo problema: las palabras de la ley se han multiplicado, a la par de los procesos que las normas regulan. Entre estos procesos los más representativos tienen que ver con el conocimiento científico: “El mundo de nuestro tiempo es el del conocimiento” (*ibidem*, 2005: 65). La difusión de las voces que identifican al derecho actual tiene un efecto muy amplio. A diferencia de lo que sucedió durante siglos, la consulta del léxico jurí-

dico bien elaborado enseñará qué es un contrato o un delito, pero también lo que es una especie protegida. Así, el derecho se ha extendido a todas las áreas del conocimiento y a todos los ámbitos de la actividad intelectual.

Por lo anterior, no queda más que abrir caminos de investigación y espacios ciudadanos para que sean las personas quienes puedan saber, entender y procesar la información que se requiere para comenzar a respetar y proteger a los animales, sean silvestres o domésticos, y respetar la vida misma a través de ellos.

III. BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO

40. CONSTITUCIONAL

Es importante puntualizar que la estructura del artículo 40. constitucional resulta híbrida en su totalidad, pues se agrupan distintos derechos:

- Igualdad del hombre y la mujer.
- Organización y desarrollo de la familia.
- Derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.
- Derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.
- Derecho al acceso a los servicios de salud.
- Derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.
- Derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata al nacimiento.
- Principio del interés superior de la niñez.
- Derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de los niños.
- Derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado y el ejercicio de los derechos culturales.
- Derecho a la cultura física y a la práctica del deporte.
- Derecho de recibir una pensión por parte del Estado a las personas mayores de 68 años, así como de indígenas y afromexicanos a partir de los 65 años de edad.
- El sistema de becas para los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza para garantizar el derecho a la educación.

Tales derechos han marcado antecedentes valiosos en México. Por ejemplo: el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos; la igualdad entre el hombre y la mujer;¹⁵ los derechos de la niñez,¹⁶ y el derecho a la cultura.¹⁷

Respecto al ambiente, en México “con fecha 23 de junio de 1999, se expidió en la residencia del Poder Ejecutivo federal el decreto por el que se declaró la adición de un párrafo quinto al artículo 4o. constitucional” (Nava Escudero, 2018b: 23), en consecuencia, el 28 de junio de 1999 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la adición del párrafo quinto al artículo 4o. constitucional, que establece que “ Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”.

La titularidad de este derecho humano de tercera generación corresponde a las personas de forma individual, y su obligación compete al Estado. No obstante, la redacción constitucional deja en el camino varios baches, pues la idea de que “ toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar”, en su componente sintáctico, como afirma Chomsky (1978), debe proporcionar, para cada interpretación de cada oración, una estructura profunda semánticamente interpretable;¹⁸ además de que el

¹⁵ Su incorporación a la Constitución estuvo motivada por el Año Internacional de la Mujer (1975), proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1972); por la celebración en México de la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer; por la Tercera Conferencia Mundial sobre Población, que se llevó a cabo en Bucarest, Rumania (1974), y por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Teherán, Irán (1968). De acuerdo con Fix-Fierro y Martínez Uriarte (2018), la igualdad entre el hombre y la mujer está asociada a un cambio importante en la política demográfica de nuestro país.

¹⁶ Que aparecieron por primera vez el 18 de marzo de 1980. A través del decreto publicado el 12 de octubre de 2011 se adicionó que “el Estado velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez”, garantizando de manera plena sus derechos (Fix-Fierro y Martínez Uriarte, 2018: 68).

¹⁷ En el país contamos con un patrimonio cultural de abundante diversidad, que tanto sociedad como Estado tienen el compromiso de preservar y difundir.

¹⁸ Esto es en lo que compete al campo de la semántica. Tratándose de redacción legislativa: “redactar normas de manera «simple, clara y concisa», como postulaban los clásicos, es un problema que se intenta resolver desde el siglo XVIII. Hasta antes de los textos publicados a partir las obras de Bentham y de Hamilton, esta materia no había generado más que expresiones aisladas. Hoy, por el contrario, la bibliografía es muy amplia. Corresponde a la necesidad de adoptar un método para la redacción pulcra de las normas, tomando en consideración la dificultad de construir textos inteligibles con la participación de varias personas, que además pretenden introducir tesis no siempre compatibles entre sí. El proceso legislativo en una democracia es particularmente complejo,

...conjunto de fonemas que forman una palabra está mentalmente asociado a un contenido semántico, a un sistema de conexiones sintácticas. Toda palabra significa algo, y además establece relación con otras palabras. En ninguna faltan conjuntamente ambos valores, si bien la proporción en que se dan uno y otro varía según las partes de la oración (Gili Gaya, 1980: 98).

Y si toda palabra significa algo en específico, en el aspecto constitucional cada derecho tendría que reflejar, en el tema que nos compete, la objetividad¹⁹ y la realidad que de forma universal se traslada al contexto latinoamericano y, por supuesto, al mexicano en el tema ambiental. Para Alexy, “la simplicidad no debe lograrse a costa de la adecuabilidad. Además, un concepto complejo puede también ser claro” (2004: 49). La teoría del derecho se concibe como una teoría que es empírica, una cuyos términos y tesis mantienen una relación semántica con un determinado ámbito de la experiencia o de la realidad; las proposiciones con sentido y que tienen función prescriptiva se hallan sistematizadas en documentos normativos cuyo conjunto se presenta como un universo lingüístico complejo y articulado: el discurso del legislador expresado en un lenguaje legal (Ferrajoli, 2004).

Entonces, si las proposiciones comprenden dos criterios, “la forma gramatical y la función” (Bobbio, 2005: 43), al analizar la preposición “el Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”, en el discurso del legislador faltó señalar lo siguiente:

y exige reglas mínimas para armonizar las propuestas y los resultados. A las dificultades intrínsecas de las materias que hoy deben ser objeto de regulación, se suma el concurso de muchos autores, por lo general no profesionales y, por añadidura, contendientes entre sí por el poder” (Valadés, 2005: 77 y 78). No está de más decir que la lingüística nació del estudio tanto de las lenguas romances como de las germánicas “y tiene conexiones muy estrechas con varias ciencias, unas que le dan datos, otras que se los toman. Los límites que la separan de ellas no siempre se ven con claridad” (Saussure, 1945: 32 y 34). Tampoco está de más decir que Ferdinand de Saussure fue uno de los padres de la semiótica, en la forma de la semiología; se dedicó a la lingüística y a la semiología. Fue el fundador de la lingüística estructural mediante su noción de sistema, e hizo distinciones entre lengua y habla, sincronía y diacronía, sintagmático y paradigmático (Beuchot, 2004).

¹⁹ El Universo del discurso de la dogmática jurídica y de la teoría del derecho de corte normativista, plantea Ferrajoli (2004), consiste en un universo, a su vez, lingüístico, que requiere como método específico de observación el *análisis del lenguaje legal*; es decir, la interpretación jurídica de los datos empíricos que consisten en las proposiciones normativas que se derivan del discurso del legislador.

- 1) El respeto a la naturaleza o el respeto hacia los animales en general.
- 2) La protección jurídica de los animales en particular.
- 3) La incorporación de la educación ambiental y animal por parte de los ciudadanos, escuelas, organizaciones y empresas.
- 4) Los delitos ambientales que a futuro se incorporaran en materia federal.

A pesar de que el reconocimiento constitucional al derecho ambiente cumplió con las prerrogativas internacionales y se plasmó en nuestra Constitución mexicana, este derecho se encuentra desarticulado, tal vez porque ha sido producto de varias reformas constitucionales producidas en diferentes tiempos y no se tuvo la oportunidad de realizarlo de manera integral y uniforme (Corzo, 2010).

No se efectuó un análisis todavía mayor —y si se llevó a cabo, no se logra leer y observar— a lo establecido de las problemáticas ambientales y sus posibles soluciones, como en otros preceptos constitucionales de distintos países, para incorporar un medio ambiente libre de contaminación; regular el daño ecológico y su posible reparación; la prohibición de sustancias peligrosas; el compromiso con las generaciones presentes y futuras; el impacto ambiental; la participación de la sociedad; la educación ambiental, y el acceso a la tutela judicial del derecho al medio ambiente (*idem*).

Asimismo, la contaminación atmosférica, lumínica y de ruido, además de los desechos de las empresas y de las personas civiles, es cada vez más visible y difícil de erradicar. El Estado mexicano, ¿cómo logra que el medio ambiente sea sano? Esa equivocidad sintáctica de la palabra “sano” debería hacernos reflexionar si somos los únicos que debemos gozar de este derecho, cuando cada ecosistema cumple con una función en la naturaleza (Nino, 2003).

Tampoco se plasmó el respeto hacia la naturaleza (*Pachamama*) sin prevenir que el neoconstitucionalismo latinoamericano depararía cambios o “sorpresas. Entre ellas no es menor el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en las Constituciones de la República del Ecuador (2008)²⁰ y de Bolivia (2009)” (Zaffaroni, 2011); la prohibición de la

²⁰ Dice Llasag (2019: 293 y 294): en la que hubo un reconocimiento a “la visión y lucha indígena que nunca fue abandonada, consistente en el reconocimiento de la naturaleza como la «madre naturaleza» o, en *kichwa*, la *Pachamama* (Martínez y Acosta 2009: 91-92)”.

cruidad, como lo hizo Brasil;²¹ el reconocimiento de la dignidad en los animales, en Constituciones como la de Suiza,²² y, como lo considera Franza, “el reconocimiento de derechos fundamentales —muchos de los cuales coinciden con los reconocidos a los seres humanos—, hasta su identificación como parte indispensable de nuestra biodiversidad y del desarrollo sustentable” (2020: 88).

Ahora bien, Franza (2020) va más lejos del orden constitucional, pues hace referencia a la “tutela de los animales [que] se extiende desde su consideración como sujetos de derecho”. Tema que es abordado por autores subsecuentes (Zarka, 1999; Padilla, 2019; Nava Escudero, 2019; Pezzetta, 2017, etcétera). Casos como el de las orangutanas Sandra y Cecilia, el perro Clifor,²³ el oso Chucho, la mona Estrellita, la puma Lola Limón, han sido una muestra procesal de la evolución de derechos en América Latina.

²¹ En el artículo 225 de la Constitución de la República Federativa de Brasil se establece que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, imponiéndose al gobierno y a la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”, y corresponde a las autoridades públicas “proteger la fauna y la flora, prohibiendo, según lo dispuesto por la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a crueldad”.

²² Como referente internacional, el término *dignidad de la criatura* (animales) aparece en la Constitución de Suiza del 18 de abril de 1999, en el artículo 120.2, noción que fue retomada en 2008 y transformada en *dignidad del animal*, en la ley de protección de animales que había sido completamente revisada. En el ámbito del tratamiento y consideración que se debe a los animales, Suiza es considerado el país precursor y pionero. Fue en 1893 cuando “el pueblo suizo y los cantones votaron a favor de una prohibición constitucional de cualquier método de sacrificio sin aturdimiento previo al desangrado”. Por tanto, Suiza fue el primer país del mundo que impuso la obligación de aturdir a los animales antes del sacrificio, además de que el sacrificio ritual sigue prohibido. “Suiza también fue el primer país europeo en incluir el bienestar de los animales como un tema singular en su Constitución ya en 1973, como se puede ver en el artículo 80 de la Constitución Federal” (Giménez-Candela, 2018: 5). No obstante, en 1992 una segunda disposición constitucional reforzó el bienestar animal: como consecuencia de un referéndum nacional, Suiza enmendó la Constitución añadiendo una disposición que obligaba a la legislación a aprobar leyes sobre el uso de material genético y reproductivo de animales, plantas y otros organismos, y a tener en cuenta la dignidad de los seres vivos, incluida la dignidad animal.

²³ Véase Olalde Vázquez, Brenda Yesenia (2020). “La protección animal en las Constituciones como primer paso del reconocimiento de los derechos fundamentales de los demás animales”, *Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*. 3 (1): 222-234. La autora animalista expone a detalle estos tres casos.

En el artículo 4o. constitucional no se expresó todo lo anterior, ya que, de acuerdo con diversos textos constitucionales, en Constituciones latinoamericanas, tratados internacionales, como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, de 1973, o el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992, o a leyes administrativas o ambientales, a los animales se les ha clasificado como “recursos naturales, criaturas, especies, poblaciones, ejemplares, individuos, organismos, comunidades, fauna” (Nava Escudero, 2019: 50),²⁴ y no como seres sintientes ni sujetos de derecho.

Manifiesta Doménech: “la Constitución ordena la defensa del medio ambiente desde una perspectiva antropocéntrica. No se protege la naturaleza, ni cada uno de los elementos minerales, vegetales y animales que la componen... los intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y la vida de ciertos animales” (2020: 108 y 110).

Por otra parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo en revisión 163/2018,²⁵ analizó distintos puntos de un tema de constitucionalidad: las peleas de gallos. Este amparo fue elaborado por el ministro Arturo Zaldívar, y dejó claro que “en términos constitucionales la protección del medio ambiente no puede equipararse con la protección del bienestar animal”. Lo que va de la mano con lo afirmado por Doménech (2020), cuando manifiesta que la legislación que trata de prevenir los sufrimientos de los animales domésticos y de los destinados al consumo humano nada tiene que ver con la protección ambiental, pero esto último es evidente que responde a nobles sentimientos que manifiestan un nivel de desarrollo civilizatorio elevado.

²⁴ También existe otra clasificación, cuya raíz es romana y de naturaleza escolástica, que parte de la “distinción entre animales domésticos, amansados y silvestres, entre los que se incluyen los animales que se pescan y se cazan, así como los animales exóticos, procedentes de tierras lejanas, por los que el hombre siempre ha sentido una irresistible atracción” (Giménez-Candela, 2018: 6).

²⁵ El debate inició debido a la promoción de un amparo indirecto que señaló como autoridades responsables al Congreso de la Unión y al gobernador del estado de Veracruz. El primero fue señalado por las reformas realizadas a la Ley de Protección de Animales para el estado de Veracruz, mientras que el segundo por su promulgación. El objeto de la reforma fue la de prohibir expresamente las peleas de animales, lo que ocasionó que una persona moral solicitara la protección de la Suprema Corte, al sentirse vulnerada en sus derechos. La sentencia del ministro Zaldívar reflejó y sustentó que las peleas de gallos representan en sí una expresión cultural, pero que no son una expresión cultural digna de protección constitucional, ya que se trata de un duelo a muerte entre animales.

Sin embargo, la postura del ministro refleja una delimitación a todas luces: por un lado, el medio ambiente forma parte ya no de un todo, y por otro, ese posible todo, junto con su interacción (tratándose de animales domésticos), queda excluido de ser protegido.

Asimismo, el ministro Zaldívar recalcó que la

Constitución no contiene ninguna disposición de la que pueda desprenderse un mandato dirigido al legislador para proteger a los animales más allá de la protección a la fauna silvestre que sí podría derivarse del derecho a un medio ambiente sano previsto en el artículo 4o. constitucional... la protección que otorga este derecho no puede equipararse con la protección del bienestar animal (50 y 51).

Esta línea divisoria doctrinal se encuentra presente en la legislación ambiental federal, ya que no se contempla a perros y gatos dentro de la vida silvestre, pues son considerados especies invasoras. Se dice que la introducción de perros y gatos es un problema poco evaluado, pero que impacta de manera negativa a muchas especies nativas. En México existen poblaciones ferales de especies domésticas que incluyen a perros, gatos, burros, cerdos, cabras y conejos (Ceballos *et al.*, 2005).

Sin embargo, hoy en día es necesario que exista un puente conciliador entre la defensa de vida silvestre y de animales domésticos (perros y gatos), porque cuando se habla de ambiente, éste parte de un todo interconectado, aire, suelo: bioma. Los animales de vida silvestre, y también los domésticos, forman este constructo natural. No se puede hablar de qué animal es más importante que otro; tanto un perro como una zarigüeya merecen vivir en un hábitat determinado. Por consiguiente, las dualidades que forman parte del pensamiento jurídico positivista traen consigo trabas ideológicas y no apertura a un diálogo integrativo.

No obstante, en líneas subsecuentes el ministro expresó de manera discordante que

Aunque el mandato constitucional de protección al medio ambiente supone la posibilidad de establecer normas generales que protejan especies animales que “subsisten sujetas a los procesos de selección natural y que se desarrollan libremente” —normalmente conocidas como fauna silvestre— no hay que perder de vista que existen muchas especies animales que nacen, crecen y se reproducen en ambientes controlados por los seres humanos con distintos propósitos: alimentación, experimentación para fines

médicos o científicos, compañía o ayuda a las personas, entretenimiento, entre otros.

Así, la protección de toda la vida animal no es una cuestión²⁶ que pueda reconducirse a la protección del medio ambiente o de los recursos naturales (22 y 23).

¿Pero por qué menciono el adjetivo discordante? Porque el último párrafo de la cita representa un criterio actual de jueces federales que han ponderado al medio ambiente como un todo, y donde la “justiciabilidad del derecho ambiental no puede desarrollarse a partir de los modelos clásicos o tradicionales de impartición de justicia” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*: 1314). Abriéndose una pauta mediante el “principio democrático, el pluralismo político y la función integradora de la Constitución es que sí pueda restringirse un derecho fundamental²⁷ en aras de un fin de rango infraconstitucional [ya que]... la restricción de los derechos fundamentales debería guardar una mínima coherencia” (Doménech, 2020: 121).²⁸

En cuanto a los derechos fundamentales de segundo grado —en los que los animales se encuentran—, el ministro Zaldívar expresó lo siguiente:

La doctrina especializada denomina principios constitucionales de segundo grado a los fines que el legislador democrático persigue con las intervenciones en derechos fundamentales que no están amparados ni vedados por la Constitución... para que una finalidad perseguida por el legislador democrático al intervenir un derecho fundamental pueda considerarse un principio constitucional de segundo grado es necesario que el objetivo en cuestión no esté ordenado ni prohibido definitivamente constitucionalmente (49).

²⁶ Véase la tesis PC.II.A. J/18 A. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2020, p. 1314.

²⁷ Cuando se habla de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidas en aras del bienestar, éstas deben respetar el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el órgano competente tendrá que realizar una ponderación que “debe realizarse observando determinadas reglas de procedimiento, que tienden a incrementar la probabilidad de acierto y legitimidad de la misma y deberá averiguar cuáles son los bienes jurídicos afectados por la decisión que vaya a tomarse... tendrá que proporcionarse los mejores conocimientos sobre la materia disponibles, recabando cuando sea necesario la opinión de expertos imparciales”, además de motivar su decisión (117, 119 y 120).

²⁸ Respecto a tal coherencia, como ejemplo expone Doménech: “resulta cuestionable que se prohíban las corridas de toros blandiendo el argumento del bienestar animal al tiempo que se permite la caza deportiva” (2004: 122).

Y como uno de los postulados finales en beneficio de los animales, está el siguiente:

Aunque la protección del bienestar de los animales no es una finalidad ordenada constitucionalmente, ello no supone que deba entenderse que está prohibida constitucionalmente, puesto que no hay ninguna norma en la Constitución que expresamente prohíba que el legislador democrático avance medidas para cumplir con este propósito (51).

Postulado que deja un camino abierto en el proceso legislativo a favor de los animales; todavía pendiente de abordar. Por eso es necesario “priorizar las actuaciones de la concienciación y educación, a efectos de transmitir los valores más positivos de la generación más antigua a la de relevo, así como sensibilizar a la población en general para prever, reducir o anular el maltrato y la violencia ejercida en contra de los animales” (Mulá, 2015: 334).

Lo que va de la mano con el artículo 73 constitucional, fracción XXIX-Q, el cual establece que es el Congreso quien tiene facultad “para legislar sobre iniciativa ciudadana y consultas populares”. Relacionándose con la sección II, “De la iniciativa y formación de las leyes”, del artículo 71 constitucional. En consecuencia, el derecho de iniciar leyes o decretos compete, primero, al presidente de la República; segundo, a los diputados y senadores del Congreso de la Unión; tercero, a las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México, y finalmente, los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al 0.13% de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

Aunque dicho proceso legislativo no sólo compete a diputados y senadores, como se conoce tradicionalmente, sino a los actores de la sociedad. Es necesaria la participación tanto ciudadana como de organizaciones civiles o asociaciones que, de cierta forma, cuentan con la aprobación colectiva para realizar acciones a favor de los animales. Dichas organizaciones cuentan con estatutos conformados por abogados, profesionistas de la salud, politólogos y personas que han brindado servicio durante muchos años para el bienestar y respeto de los animales en México. Ahora, ¿la idea paternalista de que el Estado debe garantizar este derecho da pie a la no participación ciudadana para tomar acciones a favor del medio ambiente?²⁹ Valadés responde:

²⁹ A esta brecha reductiva de la sociedad a no participar en asuntos públicos, Luigi Ferrajoli le llama *pasividad política*, asimismo, el jurista italiano dice que hay un factor *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

Hay un mecanismo defensivo que se llama indiferencia, merced al cual nos habituamos con prontitud a las condiciones más adversas y acabamos por considerarlas parte de nuestra normalidad. Por eso, no nos conmovemos por saber que cada hora fallecen, de inanición, mil quinientos seres humanos; que cada tres minutos disminuye la diversidad biológica por la pérdida de una especie; que cada día es destruida una extensión de bosques tropicales equivalente al área del Distrito Federal [ahora Ciudad de México] (2010: 101 y 102).

Resulta complejo pensar que el Estado es quien debe garantizar que las industrias no contaminen el aire o el agua, pero no sólo eso: el respeto hacia los animales no nada más es un tema que compete a las autoridades, sino a toda la comunidad humana.

Sobra decir que se trata de un reto mayúsculo; la ciudadanía debe alzar la voz y proteger a los animales mediante una tutela responsable a través de valores que fomenten el respeto y el reconocimiento de la valía de un animal, sea silvestre, doméstico o en condición calle. ¿Cómo hacerlo? Por medio de una cultura cívica del respeto y la visibilización del Otro.

IV. CONCLUSIONES

Desde la vertiente del derecho ambiental, los animales son vistos como recursos naturales, productos cuyo aprovechamiento es en beneficio del ser humano. En la legislación ambiental mexicana ciertas especies son protegidas; no obstante, en materia constitucional la protección al ambiente queda limitada y no se manifiesta ni el respeto hacia los seres que habitan en la naturaleza ni la participación de la ciudadanía para llevar acciones a favor del ambiente.

El derecho a un ambiente sano vulnera, en su sentido interpretativo, la protección de los animales domésticos (entre ellos perros y gatos) en México. Éstos no son protegidos en la Constitución, a pesar de la existencia del principio de preservación y restauración de la biodiversidad.

de crisis por abajo de la democracia política: “la quiebra de la participación de los ciudadanos en la vida pública —de sus formas, sus sedes y sus ocasiones— determinada por el correspondiente factor de crisis por arriba, es decir, por el creciente distanciamiento de los partidos de la sociedad y por su pérdida de representatividad y de *arraigo social*” (2011: 77).

El derecho a un ambiente sano está constituido meramente para el concepto de *persona*. Pero a partir de la dignidad³⁰ como atributo intrínseco de los animales (Giménez-Candela, 2018) se puede analizar que el fundamento para determinar si los animales son portadores de derechos no depende de que se les otorgue el estatus de personas jurídicas: si los animales son vistos desde el derecho ambiental como recursos, y desde el derecho civil como cosas, para una mayor protección es necesario, como primer paso, descosificarlos mediante una reforma al Código Civil federal, incluyéndose el bienestar animal en su totalidad, así como la prevención del maltrato animal, ya que las problemáticas y situaciones a las que se enfrentan los animales no son finitas: de ciertas prácticas se derivan otras cada vez más crueles e injustificadas.

La tutela del animal, dice Franza (2020), debe homogeneizarse en los ordenamientos jurídicos internos y eliminar toda referencia como un bien mueble, y comenzar a referirse al animal como lo que realmente es: un ser vivo y sintiente que merece el mismo trato digno y respetuoso que cualquier otro ser vivo que habita la Tierra.

Un segundo paso es reflexionar el constructo ético realizado por Jeremy Bentham, de si los animales pueden sufrir en lugar de hablar o razonar. La racionalidad era la idea dominante para argumentar que los animales no tenían derechos en sí mismos, y mucho menos se les debía una consideración moral o, todavía más lejos, jurídica.

El tercer paso es justificar el nacimiento de nuevos derechos a partir de la necesidad de un grupo determinado, en este caso de los animales. Para ellos, ¿cuál es la necesidad predominante? Sencillo: su protección jurídica, ya que son expuestos a múltiples vejaciones y delitos que van de un grado o polo a otro entre mínimos y máximos; como una tutela irresponsable, el maltrato, la crueldad, el abuso sexual y hasta la privación de su vida, sin importar la dignidad irrestricta que tienen como seres vivos o seres sintientes. Recordemos que los delitos señalados son el portal social para cometer otros delitos que afectan a mujeres, niños o grupos en situación de vulnerabilidad.

El cuarto paso se presenta con el pluralismo jurídico y el principio democrático, para así incorporar a la Constitución federal, y a las locales, la regulación de las prácticas que van en contra del respeto y dignidad de

³⁰ Respecto a este concepto, Nussbaum (2007) desarrolla toda una teoría, la de las capacidades, en *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

los animales domésticos o de compañía, para también así hablar de una prevención del delito adecuada, verdadera y pragmática, y de un respeto a la naturaleza y sus criaturas. Asimismo, es vital que se consideren otros derechos fundamentales: el del reconocimiento de seres vivos o seres sintientes, el del derecho a la vida, además de que “no se les infrinja sufrimientos [y] el derecho a no ser tratados con crueldad” (Muñoz Machado *et al.*, 1999: 74).

Los pasos anteriores son eslabones para una transición fáctica en aras de la protección de los animales domésticos en nuestro país. Si se protege la integridad y la vida de los animales, hablaremos de una nueva forma interpretativa de justicia.

V. FUENTES

- ALANÍS ORTEGA, G. A. (2013). “Derecho a un ambiente sano”. En FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo *et al.* (coords.) *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung.
- BAENA Y SÁNCHEZ, T. (2020). “Tutela responsable: ¿es lo mismo cuando nos referimos a los animales?”. *Animal Político*.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J. (2015). “El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas”. *Revista de Victimología/Journal of Victimology*. 2.
- BEUCHOT, M. (2004). *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO, N. (2005). *Teoría general del derecho*. 2a. ed. Colombia: Temis.
- CARSON, R. (1969). *Primavera silenciosa*. 2a. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos.
- CEBALLOS, G. *et al.* (2005). “Diversidad y conservación de los mamíferos de México”. En CEBALLOS, Gerardo y OLIVA, Gisselle (coords.) *Los mamíferos silvestres de México*. México: Fondo de Cultura Económica-Conabio.
- CHOMSKY, N. (1978). *Problemas actuales en teoría lingüística. Temas teóricos de gramática generativa*. 8a. ed. España: Siglo XXI.
- COETZEE, J. M. (1999). *The Lives of Animals*. Princeton University Press.

- CORZO, E. (2010). “Derecho al medio ambiente adecuado, reconocimiento jurídico y acceso a la justicia (protección). Un esbozo”. En CARMONA TINOCO, Jorge Ulises y HORI FOJACO, Jorge M. (coords.). *Derechos humanos y medio ambiente*. México: Semarnat-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- DARWIN, C. (2009). *The Expression of the Emotions in Man and Animals*. Cambridge University Press.
- DERRIDA, J. (2008). *El animal que luego estoy si(gui)endo*. España: Trotta.
- DOMÉNECH, P. G. (2004). *Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales*. Barcelona: Atelier.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- FIX-FIERRO, H. y MARTÍNEZ URIARTE, J. (2018). *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FLORIS MARGADANT, G. (1971). *Introducción a la historia del derecho mexicano*. México: UNAM.
- FRANZA, J. A. (2020). “El derecho animal dentro del nuevo paradigma del derecho ambiental”. *Pensar en derecho*. Año 9. 15.
- GILI GAYA, S. (1980). *Curso superior de sintaxis española*. 13a. ed. Barcelona: Vox.
- GIMÉNEZ-CANDELA, M. (2017). “La descosificación de los animales”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. 12 (1).
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. (2018). Dignidad, sentiencia, personalidad: relación jurídica humano-animal. *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. 9 (2).
- HERRERA OCEGUEDA, J. R. (2017). “Delito de maltrato o crueldad a los animales. Estudio dogmático”. En Ambrosio Morales, María Teresa y ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (coords.). *La protección jurídica de los animales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HRIBAL, J. (2003). “Los animales son parte de la clase trabajadora”. *Labor History*. 44 (4).
- LLASAG F. R. (2019). “De la *Pachamama* a los derechos de la naturaleza en la constitución plurinacional del Ecuador”. En ESTUPIÑAN ACHURY,

- Liliana *et al.* (eds.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre.
- MANTECA, X. y SALAS, M. (2015). *Concepto de bienestar animal*. Zoo Animal Welfare Education Centre (ZAWEC).
- MEAVE, J. y CARABIAS, J. (2005). *Ecología y medio ambiente*. México: Pearson-Prentice Hall.
- MULÁ, A. (2015). “Derecho ambiental vs. derecho animal”. En FAVRE D. y GIMÉNEZ-CANDELA T. (coords.). *Animales y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ MACHADO, S. *et al.* (1999). *Los animales y el derecho*. Madrid: Civitas.
- NAVA ESCUDERO, C. (2013). *Ciencia, ambiente y derecho*. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NAVA ESCUDERO, C. (2018a). *Estudios ambientales*. 3a. ed. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NAVA ESCUDERO, C. (2018b, julio-diciembre). “Análisis histórico de la reforma constitucional de 1999 sobre el derecho a un (medio) ambiente adecuado”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 39.
- NAVA ESCUDERO, C. (2019). “Los animales como sujetos de derecho”. *D. A. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. 10 (3).
- NINO, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 2a. ed. Argentina: Astrea.
- ORTIZ MILLÁN, G. (2017). “¿Tienen derechos los animales?”. En Cerdio, Jorge *et al.* (coords.). *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PADILLA VILLARRAGA, A. (2019). “Animales no humanos: nuevos sujetos de derecho en el constitucionalismo latinoamericano”. En ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana *et al.* (eds.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre.
- PEZZETTA, S. (2017). “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho”. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*.
- REGAN, T. (2016). *En defensa de los derechos de los animales*. México: UNAM-PUB-Fondo de Cultura Económica.

- RIVERO SOSA, I. G. (2017). “Enfoque ético y jurídico de la protección animal”. En AMBROSIO MORALES, María Teresa y ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (coords.). *La protección jurídica de los animales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SAUSSURE, Ferdinand de (1945). *Curso de lingüística general*. 24a. ed. Buenos Aires: Losada.
- SPIELMANN, H. (2015). “Legal and Ethical Aspects of the German Animal Welfare Act.”. *ALTEX Proceedings*. 4 (1).
- VALADÉS, D. (2005). *La lengua del derecho y el derecho de la lengua. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua 25 de agosto de 2005*, respuesta de Miguel León-Portilla. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ZAFFARONI, E. R. (2000). *Derecho penal. Parte general*. 2a. ed. Buenos Aires. Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- ZARKA, C. Y. (1999). “La invención de sujeto de derecho”. *Isegoría*. 20.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Acceso a la justicia: posible Zahir en la jurisprudencia mexicana

Access to Justice: A Likely Zahir in Mexican Jurisprudence

Recepción: 23 de septiembre de 2020

Aceptación: 26 de septiembre de 2021

D. A. CAMACHO ORTIZ*

RESUMEN: Pese a no aparecer en ninguna disposición constitucional o legal relevante, el empleo de “acceso a la justicia” se ha ampliado notablemente en la jurisprudencia. Analizamos el Proyecto de Florencia como antecedente de este fenómeno y rastreamos sus propuestas en 191 tesis jurisprudenciales publicadas entre 1994 y 2019. Empleando algunas categorías analíticas, concluimos que la influencia de dicho proyecto es notoria en el reconocimiento de deberes judiciales contra el formalismo judicial y menor en la flexibilización del amparo o el reconocimiento de derechos sociales. Identificamos distintos sentidos de la expresión, criticando aquel que entiende acceso a la justicia como un derecho a “la resolución justa e igualitaria de los conflictos”, para lo cual empleamos la imagen del Zahir borgiano.

ABSTRACT: Although the expression “right to access to justice” is part of no relevant Constitutional article or Law, its use in Mexican mandatory interpretative criteria has risen. This paper analyzes the Florence Project as an antecedent of this phenomenon and looks for signs of its influence in 191 jurisprudence criteria enacted between 1994 and July 2019. This influence is confirmed in Mexican Jurisprudence regarding the recognition of judicial duties against formalism. However, it is considered almost irrelevant in making the Amparo more accessible to people or in upholding access to justice as a social right. Finally, it is stated that if understood as a right “to a just and egalitarian resolution of controversies”, access to justice might be considered similar to a Zahir in Borgesian terms.

Palabras clave: acceso a la justicia, derecho, concepto, sentido, significado, jurisprudencia, Suprema Corte, tesis, Proyecto de Florencia, Cappelletti.

Keywords: right to access to justice, concept, meaning, conceptions, interpretative criteria, precedents, Supreme Court of Mexico, Florence Project, Cappelletti.

* Profesora de la Universidades Anáhuac, Ibero y de Guanajuato. Investigadora en temas de acceso a la justicia y violencia política contra las mujeres por razón de género. ORCID: 0000-000-4623-7639; dalejandra.camacho@gmail.com.

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Acceso a la justicia: ¿un Zahir en la jurisprudencia mexicana?* III. *Aparición del “acceso a la justicia” en la jurisprudencia mexicana y objeto de estudio*. IV. *El Proyecto de Florencia*. V. *Rastros del Proyecto de Florencia en la jurisprudencia mexicana*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. PRESENTACIÓN

La expresión “acceso a la justicia” apareció por primera vez en la jurisprudencia mexicana en 1994. Pese a que no forma parte de ninguna disposición constitucional o legal relevante,¹ su uso se ha expandido notablemente desde 2011. Este artículo analiza el Proyecto de Florencia encabezado por Mauro Cappelletti en la década de los setenta como antecedente de dicha aparición y rastrea las ideas centrales de ese proyecto en las tesis del Poder Judicial Federal (PJF).² Lo anterior nos permite dar cuenta de algunas de las dificultades existentes para explicar el uso de “acceso a la justicia”. A la par, ofrece un marco desde el cual comenzar a analizar los distintos conceptos a los que se refiere la expresión,³ y que dan lugar a que,

¹ El párrafo segundo del artículo 17 constitucional hace referencia al “derecho a la administración de justicia” que tiene un origen decimonónico (el artículo 18 del Acta Constitutiva de 1824 reconocía ya el derecho de todo hombre “a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia”). Entre las leyes generales o federales —al menos hasta 2019— no había una sola que recogiera “acceso a la justicia” como parte de su denominación. En el ámbito local existen dos: la Ley que establece el Instituto de Acceso a la Justicia en el Estado de Campeche y la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco.

² “Tesis” se entiende en este texto, sin mayor especificación, como criterio obligatorio, como tesis de jurisprudencia.

³ Algunos estudiosos del tema suelen asumir que existe *un* concepto de acceso a la justicia. Véase, por ejemplo, Birgin, H. y Kohen, B. (2006). Según las autoras, “[d]esde el punto de vista histórico, el antecedente *del concepto* actual de acceso a la justicia es la asistencia legal ligada a razones caritativas” (nota al pie 1, p. 15, el énfasis ha sido añadido). Por otro lado, el PNUD (2005) argumenta —en el mismo tono que las autoras— que “[e]l acceso a la justicia es *un* concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, creencias religiosas, de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas” (p. 7). Dicha asunción es un error; no existe *un* concepto de acceso a la justicia sino varios y considerar lo contrario nos conduce al error. Veamos un ejemplo de esto último: Vargas (2003) (citado por Fernández Valle, 2006), sostuvo que el enfoque de acceso a la justicia

en ocasiones, sea empleada como una especie de “comodín” justificativo; como un *Zahir* que “obsesiona” a no pocos juristas.

El trabajo analiza algunos de los significados de “acceso a la justicia”, el uso sugestivo que su carga emotiva provoca y la necesidad urgente de clarificarlo. Describe, asimismo, su aparición en la jurisprudencia mexicana y contrasta algunos criterios con lo establecido en el Proyecto de Florencia como una vía para distinguir mejor sus sentidos.

A partir del análisis de 191 tesis jurisprudenciales, se sostiene que la incorporación del acceso a la justicia en el discurso judicial mexicano —un concepto político y fuertemente ideologizado— se caracteriza por: *a)* el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia (DAJ), que tiene al juez como principal sujeto obligado y como uno de sus principales contenidos el deber de éste de decidir sin rigorismos o formalismos; *b)* la poca influencia de este derecho en la flexibilización del amparo y en el reconocimiento de posiciones de derecho social, y *c)* el uso de la expresión en al menos tres sentidos distintos: como un derecho de acceso a la jurisdicción; como derecho a acceder a una vía estatal para la resolución de conflictos, y, en el extremo de la vaguedad, como un derecho a la “resolución justa e igualitaria de los conflictos”. Esta última acepción es la más estrechamente relacionada con la imagen del *Zahir* al que se refiere el título de este trabajo.

Para desarrollar estos puntos describiremos algunos de los criterios analizados, destacando los distintos sentidos de la expresión, así como la función que cumple la imagen del *Zahir* en este análisis (II). Enseguida, se

implica que “la *justicia* ya ha dejado de representar simplemente un valor, de carácter más o menos abstracto y lejano, desvinculado de las personas concretas, para pasar a ser considerada y evaluada como un servicio público que, como tal, requiere de políticas públicas para ser eficaz” (énfasis añadido). En la cita, el autor equipara justicia —entendida como valor (un concepto que permanece, como en la época aristotélica, como algo claramente distinto a un servicio público— con el sistema de administración de justicia, lo que es un error. Lo es también equiparar el DAJ con “asistencia jurídica”. Afirmar —como hacen Birgin y Kohen en el texto citado— que una ley de 1495 pudo haber garantizado el “derecho a asistencia jurídica gratuita”. Esto último porque, como las propias autoras reconocen, la ley a la que se refieren contenía una medida asistencial (“caritativa”), y ello es algo distinto a un derecho. En segundo término, porque esa ley data de una época en la que el concepto mismo de derecho en sentido subjetivo estaba en construcción (véase al respecto, Cruz Parceró, 2017: 22-24). Por lo anterior, una idea básica de este trabajo es que no existe *un* concepto de acceso a la justicia, sino varios. Asimismo, que el DAJ —el acceso a la justicia como derecho fundamental— es de cuño reciente, y que incluso en el Proyecto de Florencia se comprendió como algo distinto a lo que la práctica judicial de hoy en día revela.

identificarán las tesis que constituyen el objeto de estudio de este trabajo y se dará cuenta de la aparición de “acceso a la justicia” en la jurisprudencia mexicana (III). El Proyecto de Florencia se describe después (IV), con la finalidad de contrastar sus propuestas con lo establecido en la jurisprudencia mexicana (V). Finalmente, las conclusiones versan sobre la necesidad de clarificar el sentido y alcances normativos del DAJ, algo que pasa por preferir el análisis de este derecho en sentidos distintos al de garantizar una resolución justa de los conflictos (VI).

II. ACCESO A LA JUSTICIA: ¿UN ZAHIR DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA?

Hay expresiones con una carga emotiva positiva que parecen persuadir por su simple uso. Como ejemplo de otra época viene a la mente la apelación a “la voluntad del legislador” que aparece como una garantía “comodín” en la justificación de cualquier propuesta interpretativa. Actualmente, apelaciones a “la reforma de derechos humanos de 10 de junio de 2011”; al “principio *pro personae*”, y al “derecho de acceso a la justicia”, parecen cumplir idéntica función.

Frases como éstas gozan de un poder sugestivo tan importante, que su empleo se multiplica en la jurisprudencia hasta parecer obsesivo y, en ocasiones, superfluo. Este empleo se asemeja más al “golpe sobre la mesa” al que se refería Ross (2000, p. 267) que a una razón capaz de justificar la decisión de los jueces.

En el mundo borgiano, el Zahir era una idea que se fijaba en la mente, que obsesionaba al que la pensaba, de manera que consumía toda su atención hasta enloquecerlo. El acceso a la justicia ha extendido su “capacidad justificativa” en las tesis jurisprudenciales, de tal modo que parece poder disciplinar la solución de prácticamente cualquier problema jurídico. Comparar aquí el acceso a la justicia con el Zahir de Borges es una llamada de atención sobre lo necesario que resulta clarificar su sentido.

La jurisprudencia de la Décima Época ha tratado al DAJ como un derecho “polimórfico”, en el que mucho –quizá demasiado– parece tener cabida. Según el PJF, el DAJ disciplina no sólo la función jurisdiccional, sino también las actividades materialmente administrativas de la administración pública federal. Asimismo, cualquiera “de las manifestaciones del poder público” (XXVII.3o. J/16 [10a.]); garantiza también que un tribu-

nal resuelva la “cuestión efectivamente planteada” por las partes (1a./J. 61/2005); que éstas deban gozar de ciertas prestaciones al interior del proceso (la expedición de copias gratuitas, por ejemplo [P./J. 37/2008]); asimismo, que el juez deba recabar y desahogar oficiosamente pruebas (1a. CCXV/2018 [10a.]) y que, bajo ciertas condiciones, la publicación de edictos en el amparo deba realizarse a costa del Consejo de la Judicatura Federal.⁴

Aunado a lo anterior —según la jurisprudencia mexicana—, este derecho debe guiar la conducta de los jueces en asuntos en los que se debate si un requisito de procedencia legalmente establecido resulta un formalismo o no (1a./J. 34/2001); comprende el derecho a la jurisdicción y al debido proceso (1a./J. 103/2017 [10a.]); exige a los jueces que palien la severidad de las reglas procesales atendiendo a la condición social y económica de las partes (I.18o.A.12 K (10a.)); garantiza que las decisiones judiciales sean ejecutadas (P./J. 85/2008) y, en el extremo de su importancia y vaguedad, equivale al derecho de las personas a obtener una resolución justa e igualitaria de sus conflictos (1a./J. 22/2016 [10a.]).

Ahora bien, “acceso” es, lexicográficamente, como señalaba Thompson “la acción de llegar, acercarse”, así como “entrada o paso” (2000a: 462). En la jurisprudencia mexicana “acceso a la justicia” significa mucho más.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, por ejemplo, que “el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad” garantiza que cualquier juez deba adoptar una perspectiva de género que le permita identificar situaciones de poder que afecten a las mujeres en un juicio; asimismo, que ello le obliga a cuestionar tanto los hechos como la neutralidad del derecho aplicable, con la finalidad de buscar para el conflicto que conoce “una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género” (1a./J. 22/2016 [10a.]).

Nadie podría estar en contra de que las decisiones judiciales deban ser justas. Sin embargo, entender al DAJ como el equivalente subjetivo del

⁴ En amparo directo en materia penal, cuando el quejoso carezca de los recursos económicos para publicar los edictos necesarios para llamar a juicio al tercero perjudicado. En estas circunstancias, sostiene una tesis de la Primera Sala: “basta que se exprese esta condición de insolvencia económica para que, en estricto apego a los fines del juicio de amparo y de la garantía de acceso a la justicia, consagrada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se proceda a ordenar la publicación de los edictos a costa del Consejo de la Judicatura Federal” (1a./J. 84/2011 [10a.]).

valor justicia —como el derecho de las partes a recibir una solución justa al conflicto; o incluso, el derecho de cualquier persona a ser tratada con justicia— minimiza la guía que este derecho puede ofrecer a los jueces, choca con el carácter prescriptivo del derecho y parece introducirnos en la justicia del *cadí*.⁵ Entendido como el derecho a una decisión justa, el DAJ disciplinaría prácticamente cualquier conflicto —¿cómo principio imponderable?— al costo de convertirse en un tópico que ofrece muy pocas guías para la adjudicación.

Así entendido, este derecho sería el más extenso de todos los derechos humanos, y la pregunta por el acceso a la justicia no sería distinta a la aporía de la jurisprudencia referida por Viehweg: responder a “la cuestión sobre qué sea lo justo aquí y ahora” (2007: 151). Lo anterior, con una innegable fuerza persuasiva y tremendas dificultades operativas (una aporía, al fin y al cabo).⁶

En el cuento “El Zahir”, Borges exploró literariamente las consecuencias de una mente fija en una sola idea. El *Zahir* —con mayúscula inicial— era el objeto que daba lugar a ese estado obsesivo, mismo que, en forma de una moneda, se habría apoderado del pensamiento de Borges-personaje sin que éste fuera ya capaz de pensar en otra cosa. Esa incapacidad condenó al personaje a la sinrazón; porque no importa la forma en la que se manifieste el *Zahir* —para el protagonista fue una moneda, pero en la historia había sido ya alguna vez un tigre, la veta de un mármol, un ciego, el fondo de un pozo, un astrolabio...—, su característica esencial es que da lugar a una obsesión que atrofia el pensamiento.

⁵ Dice Barberis, reinterpretando la tesis de la separabilidad de Raz: “El derecho positivo no puede estar indefinidamente o sin restricciones identificado por medio de la moral sin colapsar en la misma moral, volviendo a ser como una moral positiva aplicada discrecionalmente: forma de derecho llamada, con referencia a los jueces turcos, justicia del *cadí*” (2015: 51). Véase en Waldron (2020) algunas ideas sobre cómo la justicia salomónica podría implicar desprecio, antes que protección, de los valores o derechos.

⁶ Birgin, H. y Kohen, B. (2006). Para estas autoras, uno de los aspectos relevantes a considerar en el acceso a la justicia es que “el sistema brinde la posibilidad de *obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial*” (énfasis en el original). Según Garth, el acceso a la justicia es, a la vez, un tema de investigación sociojurídica comprometida, así como un componente clave de la ideología de la profesión jurídica (p. 255, traducción propia). Como señala este autor, la retórica del acceso a la justicia sin la crítica realizada por la teoría sociológica y apoyada en sus métodos, bien podría terminar como un discurso persuasivo.

“Zahir” aparece aquí como una alegoría y una hipérbole; destaca la urgente necesidad de clarificar el concepto de acceso a la justicia y negar cualquier ventaja a que se convierta en un “comodín justificativo”, una referencia obsesiva, que termine por debilitar el deber de justificación de los jueces. Mientras en la ficción borgiana el Zahir es una metáfora de lo que podría ocurrir si la facultad de olvidar un objeto se perdiera, aquí llama la atención sobre una expresión que se llena de significados; que se ha vuelto cada vez más frecuente en la justificación de soluciones para asuntos de todo tipo; un derecho que se aplica de forma tan variada y extensa, con una carga emotiva tan innegablemente positiva, que nos exige reiterar lo obvio: apelar al DAJ, traerlo a cuento en una resolución o en una tesis no justifica *per se* ninguna decisión judicial.

Como ejemplo de un uso emotivo o “tipo comodín” de la expresión, revisemos la tesis 2018 (1a./J. 65/2018 [10a.]). En ella, la Primera Sala estableció que ordenar la caducidad de la instancia en materia mercantil “aun cuando lo único pendiente en el juicio sea la citación para oír sentencia, no vulnera el derecho de acceso a la justicia y es acorde al principio *pro personae*”. Lo anterior pues, según la Sala:

...la caducidad de la instancia opera como garantía al propio derecho aludido [derecho de acceso a la justicia] en su vertiente de justicia pronta y expedita, y si bien su actualización en este supuesto entraña una especial tensión frente a la vertiente de justicia completa, al impedir el dictado de una sentencia que resuelva de manera definitiva las pretensiones de las partes, aun cuando lo único pendiente es un acto que constituye una obligación del Juez y no una carga procesal de las partes, lo cierto es que dicha tensión guarda una correcta proporcionalidad entre ambos principios, pues en este supuesto la caducidad no se actualiza como consecuencia de la omisión del juzgador, sino como consecuencia de la omisión de las partes de seguir impulsando el procedimiento con independencia del incumplimiento del órgano jurisdiccional, sin que dicha carga se torne excesiva o demasiado gravosa en perjuicio del gobernado, toda vez que: i) se trata de una carga mínima que se satisface con la simple solicitud o su reiteración al Juez para que cite a las partes para oír sentencia; ii) su justificación radica en el interés preponderante de las partes para que el juicio concluya; iii) dicha exigencia se fundamenta en un equilibrio ante la situación del Juez cuya obligación de impartir justicia se desdobra sobre una pluralidad de asuntos, frente al interés particular que tienen las partes, el cual se enfoca en un solo asunto, el suyo; y, iv) las partes tienen un plazo de ciento veinte días para desahogar dicha carga procesal (1a./J. 65/2018 [10a.]).

Parece un contrasentido que la Sala apele al “derecho de acceder a una justicia pronta” como justificación para caducar la instancia si su decisión tiene como resultado que el conflicto quede como si las partes no hubieran acudido al proceso —después del desgaste y costos que éste pudo haberles implicado—. ⁷ Más aún si el actor había impulsado la acción hasta el final y sólo quedaba al juez cumplir con el deber paradigmático de su función: decir el derecho que correspondía a cada litigante. Es posible que el carácter dispositivo del proceso mercantil (ii) o la carga de trabajo del juez (iv) puedan limitar razonablemente al DAJ; lo que parece inaceptable es que se apele a éste para justificar la decisión de la Sala y no a principios que juegan en contra de este derecho (como el de legalidad o el de eficiencia de la labor jurisdiccional). En casos como este, apelar al DAJ parece más “la expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto” (Ross, 2000: 267) que un principio capaz de guiar la conducta de los jueces.

Así pues, rastreadremos la aparición de “acceso a la justicia” en la jurisprudencia mexicana con el objetivo de entender mejor su significado, destacando algunos de los usos relevantes de la expresión.

III. APARICIÓN DEL “ACCESO A LA JUSTICIA” EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y OBJETO DE ESTUDIO

La expresión “acceso a la justicia” brilló por su ausencia en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (SJFYG)* hasta la octava época. Apareció por primera vez en una tesis aislada de 1989 (CLIII/89) y en criterios obligatorios hasta 1994. Su aparición no fue precisamente “viral”. A finales de 2001 la contenían seis criterios jurisprudenciales.⁸

La situación cambió. En julio de 2019, la búsqueda de “acceso a la justicia” en el *Semanario Judicial de la Federación* arrojó 1,060 criterios: 220 de ellos jurisprudenciales y 840 aislados.⁹ De los criterios obli-

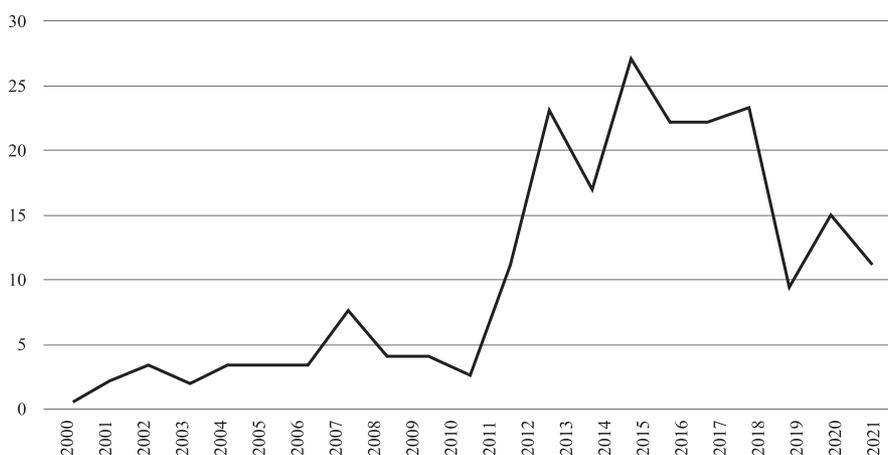
⁷ Especialmente si existen criterios del PJJ —aunque de órganos inferiores— en sentido contrario. Véase PC.III.L.J/23 L [10a.] y XXVII.3o. J/1 (10a).

⁸ Véanse I.3o.A. J/45; 3a./J. 8/94; VIII.1o. J/3; XXIII.1o. J/15; (1a./J. 34/2001); 1a./J. 91/2001.

⁹ El resultado arrojó un número ligeramente mayor; pero cinco de ellos no se reportan por tratarse de criterios repetidos. Los datos que se presentan fueron obtenidos el 22 de julio de 2019 tras buscar en el *Semanario* “acceso a la justicia” tanto en tesis como en

gatorios identificados, sólo 35 corresponden a la Novena Época y 173 (el 78.6%), a la Décima. Queda claro: el acceso a la justicia es un derecho de la Décima Época, y el punto de inflexión se encuentra en 2012, cuando comenzó una tendencia al alza en el uso de la expresión en el *Semanario* (gráfica 1).

GRÁFICA 1. TESIS JURISPRUDENCIALES:
“ACCESO A LA JUSTICIA”



FUENTE: elaboración propia con datos del Semanario del PJE.

Ahora bien, vale la pena preguntarse qué explica la aparición de esta expresión en la jurisprudencia. La respuesta que se adopta aquí es conjetural por la falta de estudios *ad hoc*, pero ha sido sostenida por distintos

ejecutorias y clasificar los resultados por época. Este conjunto de tesis es el objeto central de estudio de este trabajo. Limitar la atención en él ha permitido —además de reducir la materia de estudio— enfocarnos en un periodo que abarca de 1994 —año de la primera tesis jurisprudencial en la que aparece la expresión “acceso a la justicia”— a la actualidad. Es decir, un periodo que encaja perfectamente con el tránsito hacia el multicitado paradigma constitucionalista del derecho.

Es importante asumir que existen tesis que podrían ser relevantes y quedar fuera del análisis por el criterio de búsqueda empleado (por ejemplo, las que se refieren al debido proceso y/o a la tutela judicial efectiva sin emplear los términos señalados). Pese a todo, el cúmulo de tesis analizadas es suficiente para sostener las conclusiones que aquí se presentan.

autores.¹⁰ Tiene que ver con dos antecedentes: primero, el éxito del proyecto sobre acceso a la justicia dirigido por Cappelletti en el Centro de Estudios de Derecho Procesal Comparado de Florencia en la década de los setenta; y, segundo, los proyectos de reforma judicial en Latinoamérica en la década de los noventa. En este trabajo se analiza el primero, buscando identificar sus rasgos característicos e influencia en la jurisprudencia mexicana.

III. EL PROYECTO DE FLORENCIA

El Proyecto de Florencia tuvo el ambicioso objetivo de comparar los costos de la resolución judicial de disputas, las reglas que regían la legitimación procesal para la defensa de intereses difusos, así como las que regulaban el asesoramiento jurídico en el mundo. Con base en un cuestionario remitido a investigadores de todo el planeta, se recolectaron datos sobre la situación de estos temas en los distintos países. Se solicitó a los participantes que informaran de las medidas adoptadas en sus sistemas jurídicos para solucionar los problemas relacionados con ellos.¹¹ Con base en la información recopilada, se elaboró un estudio de *lege ferenda* para favorecer la reforma de los sistemas jurídicos y el acceso a la justicia.

El proyecto encabezado por Cappelletti fue determinante para la popularización de la expresión “acceso a la justicia” y el reconocimiento del derecho aunado a ella.¹² Ello se corrobora con los resultados que arroja *Google Ngram Viewer* sobre “access to justice” y “acceso a la justicia”. Según este buscador, tales expresiones se volvieron más frecuentes en libros tanto en inglés como en español —más en los primeros que en los segundos— a partir de las décadas de los setenta y ochenta, respectivamente (gráficas 2 y 3).¹³

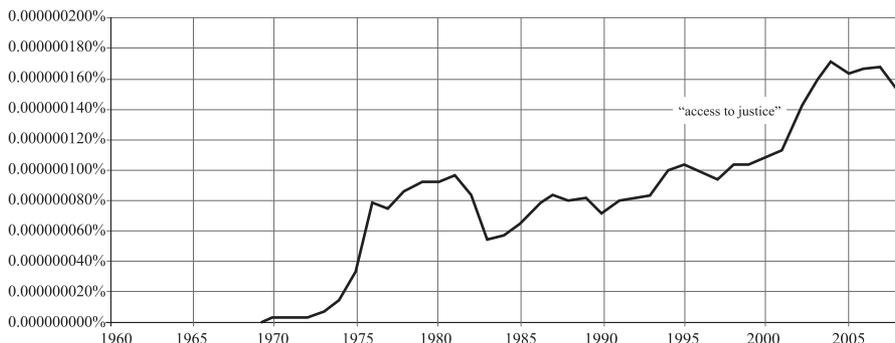
¹⁰ Fix-Fierro, H. y López-Ayllón, S. (2001); Dakolias, M. (1997); Thompson (2000a: 459-561); (Garro, 2006).

¹¹ Ovalle Favela (1978) elaboró el informe sobre México.

¹² Véanse Garth, B. *et al.* (1985: 222), así como Birgin, H. y Gherardi, N. (2015: x).

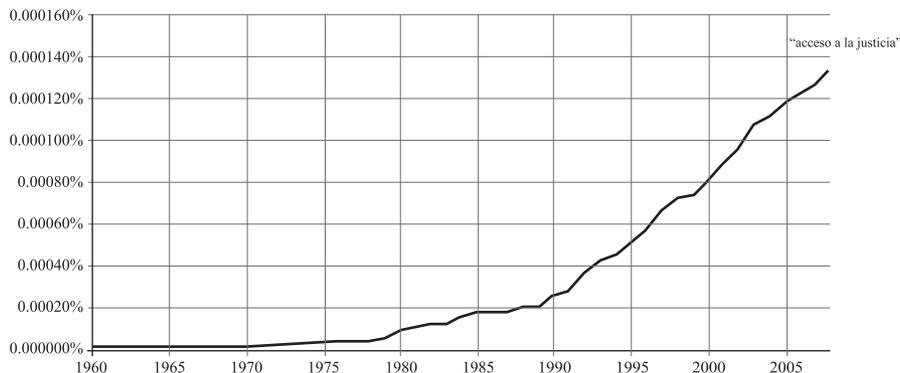
¹³ Fix-Zamudio (1975) publicó un texto precursor. En él se refirió a la importancia de la justicia social en el enjuiciamiento civil. Destacó, además, que uno de los temas relevantes del Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1972 hubiera sido “Liberalización y socialización del proceso civil”. No obstante, como constatan Fix-Fierro y López-Ayllón, hubo pocos epígonos. Según estos últimos autores, la base de datos

GRÁFICA 2. FRECUENCIA DE APARICIÓN DE LA EXPRESIÓN
“ACCESS TO JUSTICE” EN LIBROS EN INGLÉS
(1960-2008)



FUENTE: Google Ngram Viewer.

GRÁFICA 3. FRECUENCIA DE APARICIÓN DE LA EXPRESIÓN
“ACCESO A LA JUSTICIA” EN LIBROS EN ESPAÑOL
(1960-2008)



FUENTE: Google Ngram Viewer.

bibliohemerográficos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM arrojaba en 2001 únicamente veinticuatro referencias relacionadas con este tema (2001: 115).

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

Desde las primeras páginas del informe general rendido por Cappelletti y Garth acerca de los resultados del proyecto, estos autores reconocieron cuán difícil era definir “acceso a la justicia” (1983: 18, en español); admitieron que el movimiento político e ideológico relacionado con este rótulo se encontraba lleno de dificultades teóricas, de ambigüedades y falta de claridad.¹⁴ Consideraron, sin embargo, que la expresión era útil para referirse “al principio fundamental de todo sistema jurídico: que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado” (Cappelletti y Garth, 1983: 18). Este principio se traducía en la vaga pero importante exigencia de que los sistemas legales fueran “igualmente accesibles a todos” e individual y socialmente justos. Así pues, fue la utilidad de la expresión como eslogan,¹⁵ no su claridad, lo que determinó que se convirtiera en la idea principal del proyecto.

Lo anterior explica, al menos en parte, la oscuridad que acompañó y sigue envolviendo al concepto. Nos permite reconocerlo, además, como destinado a la movilización política y al diseño de políticas públicas antes que a guiar la adjudicación (PNUD, 2005). El informe general elaborado por Cappelletti y Garth empleó “acceso a la justicia” en distintos sentidos, pero en ninguno de ellos para indagar sobre su relación con la acción procesal, los deberes judiciales o lo que implica decidir de forma justa un conflicto.¹⁶ Los autores del informe final del proyecto entendieron “acceso a la justicia”, en cambio, entre otras acepciones, como un novedoso derecho social; como un programa de reformas legales y de política pública, así como un movimiento político mundial a favor del *Welfare State*¹⁷ (Garth, B. y Cappelletti, 1983: xiv).

Como derecho social, el acceso a la justicia fue considerado como “el principal derecho —el más importante de los «derechos humanos»— en

¹⁴ En el prefacio de una revista dedicada al tema, Garth y Cappelletti reconocieron: “[a]mbiguities and pitfalls pervade the access-to-justice movement” (1981: XIV).

¹⁵ MacDonald, R. A. (2005).

¹⁶ Al menos, no más allá de la idea de que justa es una decisión que garantiza los derechos —especialmente los sociales— de las personas (Cappelletti, M y Garth, B., 1983: xiv).

¹⁷ Esta relación es en absoluto completa. En otra ocasión, Cappelletti entendió “acceso a la justicia” como un “nuevo método de pensamiento” (1983: 801). Desde cierta perspectiva, las propuestas del Proyecto de Florencia podrían ser vistas como un intento por construir la “normatividad específica propia” del *Welfare State*; como parte de un intento por crear “una teoría política del Estado social de derecho” de la que este modelo, según Ferrajoli (2003), carecía.

un moderno e igualitario sistema legal...” (p. 20). Lo anterior, pues de él dependía la protección jurídica (*enforcement*) del resto de los derechos; en especial de los “nuevos” derechos sociales surgidos en el *Welfare State*. Estos derechos eran indudablemente más difíciles de garantizar que los civiles o políticos, pues, a decir de los autores, se dirigían a fortalecer la posición de los débiles —los pobres, consumidores, trabajadores, arrendatarios, etcétera— frente a los poderosos. El proyecto de Florencia fue así un esfuerzo colectivo por reformar las leyes y lograr con ello la tutela jurisdiccional de los derechos sociales, entre otras medidas, favoreciendo la legitimación procesal para la protección de intereses difusos.

Para Cappelletti y Garth, ni el sistema jurídico en su conjunto ni los procedimientos “clásicos” estaban bien estructurados para hacer valer los derechos sociales, por lo que era menester reformarlos a profundidad (1983: 182). De este modo, el contenido del DAJ era una obligación a cargo del Legislativo para reformar el sistema legal en su conjunto, así como del Ejecutivo para implementar programas sociales que favorecieran acciones para paliar la “indigencia” jurídica y facilitar la asistencia de abogados en materias distintas a la penal.

El acceso a la justicia —entendido como un programa— promovió, entre otras acciones, la educación jurídica; la implementación de seguros de asistencia legal (*ibidem*: 161 y 165); el procedimiento oral y la creación de medios alternativos para la resolución de conflictos (*ibidem*: 86, 90 y 91); la creación de procedimientos y tribunales especializados y flexibles (*ibidem*: 101); la simplificación de normas para el juzgamiento de los asuntos de menor cuantía (*ibidem*: 124) y, en última instancia, una participación más activa del juez en el proceso civil (algo que, sin embargo, no llegó a traducirse en deberes judiciales específicos, *cfr.* 77, 78 y 184).

Para clasificar tal diversidad de objetivos, Garth y Cappelletti identificaron dos grandes perspectivas del acceso a la justicia: la procesal y la sustantiva (1981: xxiv).¹⁸ La primera se concentraba en la búsqueda e implementación de estrategias para facilitar a los ciudadanos el acceso a las instituciones estatales de resolución de conflictos; su interés era ampliar la disponibilidad de las instituciones estatales —el proceso, en primer lu-

¹⁸ Las clasificaciones abundan. El PNUD habla, por ejemplo, de una concepción institucionalista y una concepción del acceso a la justicia como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, menores, ancianos, población de bajos ingresos, etcétera (2005: 3).

gar— para que las personas resolvieran sus conflictos institucionalmente. En esta concepción se pasaba por alto —o al menos no era su objetivo central— determinar cuál debería ser el contenido, marco o condiciones de dicha resolución (*ibidem*: ix y xviii). Esta perspectiva fue la adoptada en el informe general de Cappelletti y Garth (1983), que promovió medidas para, entre otros objetivos,¹⁹ facilitar a los pobres la asesoría jurídica y legal,²⁰ así como reformar los sistemas procesales y reconocer legitimación a grupos para la defensa de intereses difusos (*ibidem*: 34-36).

La perspectiva sustantiva era, por su parte, la que estos autores consideraron más relevante; se traducía en la promoción de un modelo de derecho que resultara *ad hoc* con el modelo del *Welfare State* (Garth, B, y Cappelletti, M., 1981: xiii y xiv).²¹

A tono con el espíritu de la época, estos autores reconocieron el DAJ, bien como un derecho programático (Garth, B. *et al.*, 1985: 223) —dirigido a los diseñadores de políticas públicas (Garth y Cappelletti, 1981: xviii)—, o bien como un movimiento ideológico para apoyar el modelo de Estado social de derecho. El carácter fuertemente ideológico del Proyecto de Florencia y sus objetivos explican que se haya dejado de lado el análisis jurídico del recién nacido derecho de acceso a la justicia (con muy buenas razones, por otro lado, pues no se encontraba positivizado). Lo anterior imprimiría a este derecho, sin embargo, un carácter de proclama política del que la jurisprudencia mexicana muestra resabios.²²

¹⁹ De acuerdo con sus autores: “[e]ste Informe tiene, pues, por objeto estudiar las condiciones para superar los problemas del «acceso» en la sociedad actual y darles solución” (p. 18).

²⁰ “The focus here is on the procedural availability of lawyers to the poor”, en un derecho básico a un abogado para aquellos que no pueden costearlo. Garth, B. y Cappelletti, M. (1981: xi y xii).

²¹ Según los autores —que se adhieren a lo afirmado por Harry Street—, “es imposible e insensato intentar aislar por completo los problemas de accesibilidad”; no obstante, “existe un aspecto aglutinante: la justicia en el Estado de bienestar” (p. xx, traducción propia).

²² Según Cappelletti y Garth (1983, p. 21): “[a]ctualmente [1978] hay una tendencia a ubicar el «derecho social al acceso» fuera de los fundamentales derechos de acción y de defensa”. *Cfr.* Cappelletti, M. (1983: 797-814). En este último trabajo, publicado cinco años después del informe general del Proyecto de Florencia en inglés, Cappelletti señaló la necesidad de “una profunda metamorfosis del derecho procesal, no solamente civil, sino también moral y administrativo” (*ibidem*: 802) a fin de entender que la administración de justicia es “otra rama del *government*; y [que] una cierta «politización» del juez y de la justicia resulta inevitable, como será inevitable, en cada sociedad democrática, la instan-

El guiño que hicieron Cappelletti y Garth (1983) a la dogmática procesal fue ante todo una crítica a la enseñanza del proceso civil.²³ Ésta, sostuvieron, producía juristas “formulistas y dogmáticos”, concentrados en el estudio del texto que obviaban las desigualdades existentes entre los litigantes y que menospreciaban, con ello, los resultados de su profesión (1983: 19, 20 y 22).

En resumen, “acceso a la justicia” pasó del título de un proyecto de investigación a denotar tanto un derecho humano y social como un programa de reformas para satisfacerlo. Sirvió también como un eslogan para denominar un movimiento mundial del que Cappelletti terminaría convirtiéndose en referente; un movimiento ideológico inspirado en “la existencia de derechos sustantivos que representan amplios objetivos sociales” que el *Welfare State* debía hacer realidad (Garth y Cappelletti, 1981: xvii). El movimiento tuvo una influencia importante en la discusión académica y en las políticas públicas en el mundo a finales de la década de los setenta y parte de la década de los ochenta. No obstante, el rechazo creciente de este modelo de Estado y el fortalecimiento de perspectivas neoliberales habrían de dar al traste con el contenido social del DAJ.

V. RASTROS DEL PROYECTO DE FLORENCIA EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Según el Pleno de la SCJN, el “derecho fundamental de acceso a la justicia” debe reconocerse en el artículo 17 constitucional; fue forjado con la reforma del 10 de junio de 2011, y exige a los jueces “dilucidar cualquier cuestión relacionada con el acceso al juicio de amparo, a la luz del principio pro-persona, conforme al cual las instituciones procesales deben

cia de «responsabilización» del juez de ese modo politizado” (*ibidem*, 803). Entendemos que la jurisprudencia mexicana muestra resabios de este uso político de la expresión cuando apela al acceso a la justicia más para concitar el acuerdo que para justificar la decisión; cuando, al emplearla, como decía Ross (2000), “nada dice” o, podríamos agregar, “nada justifica”. Véase ejemplo *supra* p. 6.

²³ Para estos autores, la manera en la que se enseñaba procesal civil producía juristas “formulistas y dogmáticos”, concentrados en el estudio del texto; que obviaban las desigualdades existentes entre los litigantes y que menospreciaban, con ello, los resultados de su profesión (p. 82). En este sentido, sostuvieron que el concepto de “acceso a la justicia” ha evolucionado de la misma manera que el estudio y la enseñanza del proceso civil” (p. 19, 20 y 22). Véase también Garth, B. y Cappelletti (1981: p. xv).

interpretarse de la forma más amplia y flexible posible...” (P./J. 12/2013 [10a.]).²⁴

Aunque lo sostenido por el Pleno es parcialmente inexacto —“acceso a la justicia” hizo su aparición en los años noventa como garantía²⁵ y fue reconocido como un derecho en 2001—,²⁶ la tesis recoge algunos de los rasgos característicos del DAJ en el quehacer jurisprudencial mexicano: 1) es correlativo al deber judicial de interpretar las reglas e instituciones procesales de forma amplia y flexible —sin formalismos ni rigorismos—; 2) se encuentra especialmente vinculado —a veces, injustificablemente equiparado— con el acceso a un solo juicio: el de amparo, y 3) presenta una muy débil conexión con posiciones de derecho social.

Como vimos, Garth y Cappelletti identificaron dos formas de aproximarse al acceso a la justicia y las denominaron concepciones procesal y sustantiva. Simplificando un tanto sus ideas, podemos decir que la primera se refiere a la obligación a cargo del Estado de garantizar a las personas una vía estatal para la resolución de conflictos, mientras que la segunda, a un compromiso político con el goce efectivo de los derechos sociales al

²⁴ Según este criterio: es “...en virtud del nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido con la reforma en materia de derechos humanos a la Constitución General de la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, ...[que] el derecho fundamental de acceso a la justicia debe considerarse reconocido en su artículo 17, para dilucidar cualquier cuestión relacionada con el acceso al juicio de amparo, a la luz del principio pro persona, conforme al cual las instituciones procesales deben interpretarse de la forma más amplia y flexible posible para favorecer el derecho a la tutela judicial efectiva de los gobernados...”. Véase también VI.1o.A. J/2 (10a.).

²⁵ Para revisar criterios que se refieren al derecho contenido en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional como garantía véase, por ejemplo, I.5o.A.31 A y 1a. LVIII/2005. Se puede contar una historia parecida del “derecho a la administración de justicia”. La inclusión en el artículo 17 constitucional del término “derecho” en sentido subjetivo fue hecha mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1987. La iniciativa del Ejecutivo Federal que la promovió había explicitado que su objetivo era, no obstante, incluir “la garantía a la “acción jurisdiccional” o “garantía individual de acceso a la jurisdicción”. Esto explica por qué la incorporación del término “derecho” en el artículo 17 constitucional fue prácticamente irrelevante para la práctica jurisdiccional durante los noventa. Ninguna de las tesis publicadas durante la Octava Época ligó los términos “artículo 17 constitucional” con “derecho” —en sentido subjetivo—. De este modo, durante varios años la jurisprudencia se refirió a la administración de justicia como una garantía, y no fue hasta 1996 cuando se publicó una tesis jurisprudencial que interpretaba el párrafo segundo del artículo 17 constitucional como un “derecho sustantivo a la jurisdicción” (I.4o.C. J/7).

²⁶ Véase P./J. 113/2001 (9a.) y 1a./J. 42/2007.

amparo del *Welfare State*. Aunque con efectos limitados en la flexibilización y simplificación del amparo, la inmensa mayoría de los criterios del PJJ se enmarcan en la concepción procesal del acceso a la justicia y muy lejos de la concepción social de este derecho. Con ello, la influencia del Proyecto de Florencia en la jurisprudencia mexicana resulta dispar: clara en relación con el reconocimiento de ciertos obstáculos en el acceso a la jurisdicción;²⁷ limitada respecto de la flexibilización del amparo, y prácticamente insignificante en la garantía de derechos sociales.

La línea jurisprudencial del PJJ que mejor ejemplifica la concepción procesal de este derecho se encuentra en el grupo de tesis que reconoció a víctimas y ofendidos el carácter de parte en el proceso penal; primero, para promover amparo directo en contra de la resolución que absolvía al acusado (1a./J. 21/2012 [10a.]); después, para apelar cualquier sentencia intermedia o definitiva (1a./J. 79/2015 [10a.]), independientemente de “la redacción restrictiva de la legislación procesal correspondiente” (1a./J. 80/2015 [10a.]). Como se observa, “acceso efectivo a la justicia” es equiparado aquí con la legitimación para accionar la maquinaria judicial en defensa de un derecho —en este caso, a la reparación del daño—.

En un tono distinto, pero relacionado con el anterior, encontramos un grupo de tesis que reconoce en el DAJ razones contra el formalismo judicial, exigiendo a los jueces que interpreten las reglas sobre la procedencia —principalmente, pero no en exclusiva— sin rigorismos ni tecnicismos.²⁸

²⁷ La Primera Sala, en un criterio que lamentablemente no ha sido desarrollado, ha establecido que el acceso a la tutela jurisdiccional comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos distintos: “1) una previa al juicio, a la que atañe el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) otra judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, 3) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél” (1a./J. 90/2017 [10a.]). Este criterio puede ser comprendido sin problemas como parte de la concepción procesal del DAJ a la que refieren Garth y Cappelletti (1983), y se encuentra en el mismo tono que un criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996), para el cual el DAJ no otorga algún tipo de certeza sobre la obtención de un resultado favorable en el proceso (párr. 47).

²⁸ Una tesis de 2001 ejemplifica el tipo de interpretaciones “rigoristas” que el DAJ exige evitar. La Primera Sala determinó que resultaba un “rigorismo” sobreeser el amparo por inexistencia del acto reclamado si el quejoso había denominado a éste “orden de aprehensión” si se desprendía de la demanda que lo impugnado era en realidad una “orden de reaprehensión” (1a./J. 34/2001). La Sala sostuvo que, aun cuando quedara claro que una orden de aprehensión y una de reaprehensión *no* eran lo mismo, el error en la denominación “no puede servir de base para determinar la inexistencia de dicho acto”, y que el sobreesimiento del amparo por esta razón “sería *excesivo*” (*idem*, énfasis añadido).

Aquí, la jurisprudencia mexicana se alinea con la crítica formulada por Cappelletti y Garth (1983) contra el dogmatismo, y considera que las interpretaciones formalistas y los requisitos irrazonables de procedencia constituyen obstáculos para acceder a la jurisdicción, por lo que obliga a los jueces a eliminarlos.²⁹ Desde esta perspectiva, el DAJ es correlativo a los deberes judiciales de interpretar de cierta manera las reglas y, en su caso, controlar su constitucionalidad para garantizar a las personas el acceso a la jurisdicción. El Pleno ha sostenido así que el DAJ exige que “los recursos legales sean sencillos, rápidos y efectivos” P./J. 49/2014 (10a.). La Primera Sala considera, por su parte, que esto se traduce en que “...para su admisión y tramitación se requiere eliminar cualquier cúmulo de requisitos o formalismos técnicos que resulten excesivos o carentes de razonabilidad respecto del fin legítimo que persiguen...”(1a./J. 80/2015 [10a.]).

Ahora bien, pese a los criterios citados, la interpretación en concreto de “formalismo” o “rigorismo” por parte de la jurisprudencia mexicana es desconcertante. El Pleno ha determinado como razonable —conforme al DAJ— exigir al quejoso, como requisito indispensable para la procedencia de su demanda de amparo, que adjunte copias para el traslado de ésta al Ministerio Público Federal P./J. 8/2017 (10a.).³⁰ Por su parte, la Segunda Sala ha considerado como no excesivo declarar la improcedencia de un amparo en materia civil cuando un quejoso omite señalar explícitamente

²⁹ Véanse P./J. 52/2003 y 1a./J. 128/2012 (10a.). Llama la atención que entre los criterios analizados no aparezca el principio pro fondo, que ha sido empleado por el Tribunal Constitucional español para guiar la actividad interpretativa de ese tribunal respecto de los requisitos procedimentales. No obstante, existen ya algunas tesis aisladas. Según el P.JF, el derecho de acceso a la justicia exige a los jueces que: a) bajo ciertas condiciones, corrijan el error en que hubiera incurrido una de las partes en la cita de disposiciones legales, y b) controlen la constitucionalidad de las reglas relevantes para corroborar que no imponen un requisito irracional que afecte de manera desproporcional este derecho véanse VI.3o. (II Región) J/3 (10a.) y P./J. 49/2014 (10a). En relación con lo primero, el deber de corrección surge en relación con la cita de los preceptos legales aplicables (en el caso concreto, para determinar la procedencia o no de un recurso de queja); esto, siempre y cuando el inconforme hubiera cumplido con el resto de los requisitos legalmente establecidos (1a./J. 12/2011 [10a.]).

³⁰ El Pleno determinó que dicho requisito no era un formalismo sin sentido, porque la consecuencia de su incumplimiento no “se actualizaba automáticamente”, sino que, por el contrario, el juez debía requerir al quejoso para que presentara las copias faltantes antes de tener por no presentada su demanda.

qué acto reclama de una autoridad (aun cuando ello pudiera inferirse del escrito de demanda, véase 2a./J. 59/2016 [10a.]).

En las tesis analizadas, el amparo aparece como un procedimiento muy poco permeable al propósito flexibilizador del DAJ y con requisitos de acceso bastante rígidos; incluso, formalistas. Lo dicho resulta consistente con la opinión de algunos autores que han dudado de que la configuración legal o la interpretación jurisprudencial del amparo permitan considerarlo el recurso sencillo y eficaz al que se refieren los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³¹

¿Hasta dónde podría/debería llegar el DAJ en la flexibilización del amparo o de cualquier otro procedimiento? Ofrecer una respuesta a esta pregunta excede el objetivo de este trabajo. Sin embargo, de las tesis analizadas se desprende una respuesta polémica.

En una tesis de 2012, la Primera Sala desligó por completo el trámite del amparo adhesivo del principio de legalidad. Sostuvo que garantizar el DAJ justificaba que éste tuviera que “admitirse y tramitarse con independencia de que no exista [en 2012] la ley secundaria que determine la forma, términos y requisitos en que deba promoverse” (1a./J. 141/2012 [10a.]).³² Con ello, la Sala sostuvo que el DAJ justificaba la realización de un procedimiento sin reglas. Si aunamos este criterio al que considera el acceso a la justicia como el derecho a una decisión justa, tenemos puesta la mesa para la justicia del cadí.

Así pues, uno de los pendientes más interesantes del PJF (1a./J. 66/2010) en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 17 constitucional se refiere a la creación de estándares que clarifiquen los deberes del juez y de las partes de sujetarse a las reglas que norman los distintos procedimientos (interpretados bajo ciertos parámetros) y el del primero de

³¹ Pou Jiménez (2014) y Caballero, J. A. (2006).

³² En este caso, la Primera Sala sostuvo que el DAJ es de tal modo prevalente sobre las reglas procedimentales que podía hacerse valer para acceder al amparo adhesivo aun cuando la ley que debía regular la reforma al artículo 107 constitucional no hubiera sido promulgada. Lo anterior, pues “la ausencia del ordenamiento legal que precise la forma, términos y requisitos en que deberá promoverse [el amparo adhesivo], no impide que dicho medio de control pueda presentarse y tramitarse... en tanto el Congreso de la Unión no cumpla con el mandato constitucional a que se alude, los Tribunales Colegiados de Circuito están en posibilidad de aplicar, en lo conducente, directamente las disposiciones constitucionales en vigor, así como las disposiciones de la Ley de Amparo y del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a dicho ordenamiento legal”.

controlar la razonabilidad de tales reglas.³³ En otras palabras —y ni más ni menos—, que clarificar por vía jurisprudencial los alcances del principio de legalidad *versus* el derecho de acceso a la justicia.

La relevancia teórica y práctica de esta cuestión parece evidente. Sin embargo, se desdibuja si el DAJ es entendido —como sostuvo la primera Sala— como un derecho a la resolución justa de un conflicto. Entendido así, este derecho no parece dejar cabida al principio de legalidad ni a la importancia de la ley.³⁴ De hecho, parece imponderable. ¿Qué razones podría alegar un juez para decidir en contra del derecho de una persona a recibir una decisión justa? ¿Qué podría justificar decidir injustamente un conflicto?

La expresión “acceso a la justicia” fue, desde su puesta en circulación, un concepto ideológico y profundamente problemático, y la versión que otorgó la Primera Sala en la tesis 1a./J. 22/2016 (10a.) ya citada, evidencia de forma extrema esta caracterización. En el Proyecto de Florencia, el DAJ no era equivalente al derecho a reclamar una decisión justa en un litigio simplemente porque en dicho proyecto, “acceso a la justicia” era una cuestión de política y de política pública, antes que jurisdiccional o adjudicativa.³⁵ En la jurisprudencia mexicana aparece en cambio esta tesis, para la cual se trata de un derecho que tiene como principal obligado al juez, y como contenido, según la Primera Sala, la aporía de la jurisprudencia.

El amplísimo sentido del acceso a la justicia como derecho a la “resolución justa e igualitaria de los conflictos” se explica como resultado de la ambigüedad de la expresión y de no distinguir cuándo “justicia” denota “jurisdicción” —o, en una perspectiva más amplia, “procedimiento o vía estatal para la resolución de los conflictos”— y cuándo hace referencia al valor justicia.

³³ Especialmente después de la reforma constitucional publicada el 15 de septiembre de 2017, que adicionó el siguiente párrafo al artículo 17 constitucional: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.

³⁴ Una de las críticas que realizó Atienza a la tópica de Viehweg era “que no permite ver el papel importante que en el razonamiento jurídico cumplen la ley (sobre todo la ley), la dogmática y el precedente” (2003: 40).

³⁵ Como hemos señalado, para Cappelletti y Garth (1983), la concepción sustantiva del acceso a la justicia se refería a una ideología política que no tuvo como objetivo guiar la adjudicación, sino auxiliar en la promoción del *Welfare State*. No obstante, en trabajos posteriores al informe final del Proyecto de Florencia, Cappelletti (1983) avanzó algunas ideas sobre la necesidad de “politizar” a los jueces.

Acceso a la justicia es un concepto vago, pero entendido así resulta muy difícil operar con él. Llama la atención que incluso para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos este derecho no juzga sobre el fondo de la resolución de un asunto.³⁶ De este modo, clarificar su uso en la jurisprudencia mexicana parece urgente. Lo dicho exige tomar en serio no sólo los derechos, sino también la ley y los principios que las instituciones procesales pretenden garantizar. Si el acceso a la justicia es un derecho fundamental, ello implica que, de acuerdo con Alexy, es una máxima de optimización susceptible de vencer y ceder, *prima facie*, frente a otros principios (como el de legalidad). Esto es difícil de concebir en el sentido reconocido por la Primera Sala.

Es significativo, por otro lado, que la jurisprudencia mexicana caracterice el acceso a la justicia como un derecho humano plenamente justiciable y, a la par, no le reconozca ningún efecto más allá del proceso. En México, el DAJ no ha tenido los efectos que promovió el Proyecto de Florencia en relación con el Legislativo o la administración pública (*cf.* 1a./J. 42/2007). Cappelletti y Garth (1983) consideraron la concepción sustantiva del acceso a la justicia como un compromiso político con el goce efectivo de los derechos sociales en el Estado de bienestar. Centrar su atención en el acceso a la asistencia jurídica gratuita en materias distintas a la penal; en la justiciabilidad de intereses difusos y en la necesidad de programas para el cumplimiento de estos objetivos. En dichos aspectos, el DAJ ha tenido una nula incidencia en los criterios analizados.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita fue reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1979 en el caso *Airey v. Irlanda*.³⁷ De acuerdo con un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, este derecho es fundamental para garantizar a las personas carentes de recursos la existencia de “mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afecten la defensa eficaz de los propios intereses” (2001: 49). Para Despouy es una garantía para que personas

³⁶ Véase P./J. 113/2001 (9a.) y 1a./J. 42/2007.

³⁷ Birgin, H. y Gherardhi, N. (2015) y Abramovich, V. y Courtis, C. (2002: 20). Estos últimos autores sostienen que en *Airey vs Irlanda* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que “no existía un deber concreto de Irlanda como parte del CEDH [Convenio Europeo de Derechos Humanos] de proveer asistencia jurídica gratuita en materia civil”, y que, sin embargo, el Tribunal dejó establecido que el Estado había incumplido con la garantía del efectivo acceso a la justicia violando el artículo 6.1 del convenio citado.

desfavorecidas cuenten con asesoría letrada gratuita más allá del proceso penal (2008: 128). En los criterios analizados, sin embargo, la asistencia jurídica gratuita es reconocida como un derecho que difícilmente va más allá del proceso penal.³⁸

La legitimación procesal para la defensa de intereses difusos es otra de las propuestas centrales del proyecto de Florencia que no ha encontrado eco en los criterios revisados. Esto se encuentra a tono con la crítica formulada por quienes han insistido en las limitaciones del amparo para la protección de derechos sociales.³⁹

Así pues, la concepción sustantiva del DAJ como un derecho social ha tenido una influencia muy limitada en la jurisprudencia mexicana. Aunque algunos criterios⁴⁰ reconocen cierto carácter prestacional a este derecho —obligando, por ejemplo, a que la emisión de copias o la publicación de edictos en el trámite de cierto tipo de amparos corra a cargo del presupuesto del Consejo de la Judicatura Federal—, son muy pocas las tesis que reconocen o intentan paliar los obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales.⁴¹

³⁸ Una de las pocas tesis en relación con este tema determinó que el DAJ exigía garantizar a una persona que compurgaba una pena privativa de libertad la asesoría gratuita de un profesional del derecho en caso de que decidiera cuestionar las condiciones de su internamiento (V.3o.P.A. J/1 [10a.]); en un sentido análogo, véase XIII.1o.P.T. J/9 (10a.). De hecho, sólo encontramos una tesis —aislada, de 2017— que reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita en una materia no penal; ésta fue en materia administrativa y en relación con adultos mayores (PC.XXXIII.CRT. J/10 A [10a.]). Esto se explica por la forma restrictiva en la que se ha entendido la gratuidad del servicio de administración de justicia en el país; un signo adicional de la irrelevancia de la concepción social del DAJ en la jurisprudencia mexicana. Aunque “gratuidad” consta en el artículo 17 constitucional desde su promulgación en 1917, el concepto ha sido entendido como una prohibición antes que un deber positivo del Estado. El P.J.F. ha entendido que la gratuidad del servicio de administración de justicia implica que los jueces “no cobrarán” en las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público” (2a./J. 192/2007). *Cfr.* Birgin, H. y Kohen, B. (2006).

³⁹ Véase Caballero, J. A. (2006: 625) y Cruz Parceros, J. (2017: 101-109). *Cfr.* P. XI/2014 (10a.), así como la resolución dictada por el Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 44/2012 (que estimó como constitucional una disposición administrativa del entonces Distrito Federal, que exigía al actor la acreditación del interés jurídico para acceder a juicio).

⁴⁰ Respecto de la publicación de edictos, véase nota 3. En relación con la expedición de copias gratuitas: P./J. 37/2008, así como la tesis aislada I.10o.A.13 K (10a.).

⁴¹ Las que hacen referencia a dichos factores económicos y financieros lo hacen más bien de manera incidental. Por ejemplo, 1a./J. 91/2001 o 1a./J. 103/2017. Si bien

Es cierto, existen criterios aislados que obligan a los jueces a igualar a las partes *en el* proceso como garantía de este derecho. Es desconcertante, sin embargo, que sea *sólo* en el proceso y que no existan criterios que se refieran a políticas para facilitar el acceso *al* proceso en igualdad de condiciones. Una tesis aislada sostiene que el DAJ implica la “exigencia de que las autoridades jurisdiccionales recaben y desahoguen pruebas de oficio en los procesos... cuando la vulnerabilidad social de esas personas se traduzca en una desventaja procesal relacionada con la posibilidad de probar hechos en juicio” (1a. CCXV/2018 [10a.]). No obstante, según otra, este derecho conlleva “flexibilizar las formalidades en materia probatoria” a fin de no exigir “cargas procesales irracionales, desproporcionadas” a la situación de desventaja social y económica que aqueja a las personas vulnerables (I.18o.A.12 K (10a.)). Entonces, de acuerdo con esta tesis, el respeto al DAJ conlleva el establecimiento de “un estándar probatorio mínimo” para las personas vulnerables (cualquier cosa que esto signifique).

Concebir el acceso a la justicia como un derecho con obligaciones exclusivamente a cargo del juez resulta una visión limitada del DAJ si comparamos los criterios mexicanos con las aspiraciones sociales del Proyecto de Florencia. Así pues, la concepción del DAJ como un derecho humano en México resulta desconcertante. Por un lado, resulta indudablemente judicializable y no está más —como lo estuvo en el informe general de Cappelletti y Garth (1983: 19)— entrecomillado. No obstante, esto parece logrado a costa de desconocer el carácter de derecho social con el que fue concebido en el programa de reformas impulsado por Cappelletti.⁴²

es cierto que existen algunos criterios que reconocen —si bien con no muy claros alcances— consecuencias procesales a la pobreza y a otras condiciones de vulnerabilidad, lo cierto es que esta línea interpretativa se encuentra en formación: al 23 de agosto de 2019 existían únicamente 23 tesis que contenían el término “pobreza” en su texto, todas ellas aisladas.

⁴² Las obligaciones a cargo del legislador están relacionadas, ante todo, con la imposición de requisitos legales razonables y proporcionales para el acceso a la jurisdicción (véase 1a./J. 42/2007), y son los jueces quienes deben controlar que tales condiciones se encuentren satisfechas. La inmensa mayoría de las tesis relacionadas con la razonabilidad de disposiciones por presuntas intervenciones injustificadas al DAJ corresponden al control concreto de constitucionalidad. Entre las tesis analizadas, únicamente aparecen tres casos relacionados con control abstracto: P./J. 85/2008; P./J. 4/2008, y P./J. 37/2012 (10a.).

VI. CONCLUSIONES

La popularización de la expresión “acceso a la justicia” en el mundo se debe al éxito del proyecto de investigación impulsado por Mauro Cappeletti en la década de los setenta. Esta expresión dio cuenta del concepto central del Proyecto de Florencia y sirvió para criticar a los sistemas jurídicos alrededor del planeta, a sus operadores y procedimientos, por su insuficiencia o incapacidad para proteger los derechos sociales promovidos al amparo del Estado de bienestar.

En dicho proyecto, “acceso a la justicia” se empleó para designar tanto un novedoso derecho social de carácter programático como una *policy*. Sirvió también para denotar un movimiento mundial en defensa del Estado de bienestar; a su amparo se promovieron, asimismo, reformas legislativas y proyectos sociales alrededor del mundo.

Aunque sus impulsores reconocieron desde un inicio que el concepto era muy poco claro, lo consideraron útil para impulsar su agenda. Pese a sus orígenes y enorme vaguedad —o quizá, gracias a ellos—, en nuestro país el derecho de acceso a la justicia transitó de concepto político e ideológico a un derecho constitucional de origen jurisprudencial. Esto ha traído consigo confusiones y enormes dificultades operativas.

“Acceso a la justicia” es un término ambiguo que se refiere, entre otras cosas, a un proyecto de investigación de la década de los setenta, a un movimiento político de la década de los ochenta, a un programa de política pública y a un derecho fundamental. Lo es también porque el vocablo “justicia” de la expresión puede entenderse como un valor, como jurisdicción o como un mecanismo institucional para la resolución de controversias. Ni la teoría ni la jurisprudencia han contribuido lo suficiente a distinguir estos sentidos.

Según revisamos, comprender el DAJ como un derecho para acceder a una decisión justa (“a la resolución justa e igualitaria de los conflictos”) favorece el uso emotivo de la expresión y oscurece el papel que el principio podría jugar en la justificación para la resolución de ciertos casos.

El DAJ ha sido reconocido jurisprudencialmente como una guía para la adjudicación. No obstante, es difícil que cumpla este objetivo si se entiende como el derecho de una persona a obtener una decisión justa o a ser tratada con justicia (según Alexy [2017], la justicia es “corrección en la distribución o en la compensación” [p. 163] y justo es lo que califica el resultado de las valoraciones o ponderaciones correctas [p. 169]).

De ser entendido como establece la tesis 1a./J. 22/2016 (10a.) (*vid. supra*: 4-5), el principio de acceso a la justicia sería difícilmente ponderable; una decisión conforme con él sería, siguiendo a Alexy, aquella que pondera correctamente entre principios (cualquiera que éstos sean). Esto vacía de contenido al principio de acceso a la justicia y dificulta —antes que abonar— a su aplicación. Este sentido del acceso a la justicia limita las posibilidades de profundizar en el tipo de guía que ofrece a la adjudicación dejando, como señaló Atienza⁴³ sobre Viehweg, muy poco espacio a la importancia de la ley o la dogmática procesal en el razonamiento judicial.

La tesis 1a./J. 22/2016 [10a.] impuso a los jueces mexicanos el deber de cuestionar lo que dispone el *derecho aplicable* para garantizar a las mujeres “la resolución justa de un conflicto”. Ahora bien, si el juez no está sujeto al derecho —si está obligado, como dice la tesis, a cuestionarlo— ¿qué podría guiarlo? La tesis equipara derecho y ley y acceso a la justicia con decisión justa. Ambas equiparaciones son erróneas y, al menos parcialmente, resultado de no distinguir entre los distintos sentidos en los que puede comprenderse “justicia”.

Según revisamos, concebir el DAJ como un derecho de las personas a que los jueces resuelvan de forma justa sus conflictos —además de contradecir un criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—⁴⁴ deja fuera otros sujetos pasivos relevantes, como los legisladores y la administración pública.

El sentido del acceso a la justicia como un derecho a una decisión justa o equitativa de los conflictos no deriva directamente del Proyecto de Florencia. Sin embargo, hereda de él su carácter ideológico y el tono de proclama que acompañó la popularización de la expresión en la década de los setenta. Por lo expuesto, y pese a la clara fuerza sugestiva de la expresión, existen razones para analizar el DAJ de un modo diverso.

El análisis del Proyecto de Florencia —y su contraste con lo establecido en las tesis que contienen “acceso a la justicia”— sirvió a este trabajo para ejemplificar otros sentidos de la expresión cuyo análisis pueden resultar más fructíferos; por ejemplo, como derecho de acceso a la jurisdicción. De hecho, éste es el uso más frecuente de “acceso a la justicia” en la jurisprudencia mexicana, y esto destaca la importancia de su estudio.

⁴³ Véase nota 34.

⁴⁴ Véase nota 24. Destaquemos que incluso la idea del debido proceso como “juicio justo” hace referencia al medio, al procedimiento, antes que al contenido de la decisión que resuelve el conflicto.

Entendido como un derecho de acceso a la jurisdicción, el DAJ tiene como titulares a quienes pretenden emplear —o de hecho, emplean— el proceso para la resolución de conflictos, teniendo al juez como principal sujeto obligado. Entre los deberes que garantiza, nuevamente según la jurisprudencia, destaca el de interpretar las reglas procedimentales —especialmente aquellas que establecen requisitos de procedencia— de manera no rigorista, así como el deber judicial de, en su caso, controlar la constitucionalidad de las normas legales que establecen dichos requisitos.

Entendido de este modo, el DAJ fue empleado en México para justificar el reconocimiento de legitimación procesal a víctimas y ofendidos en el proceso penal. En cambio, ha sido de poca relevancia en la interpretación flexible de los requisitos de procedencia y trámite del amparo, especialmente en relación con la legitimación de grupos para la defensa de intereses difusos (un aspecto central del Proyecto de Florencia que la jurisprudencia mexicana ha obviado). Lo mismo ocurre en relación con el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en materias distintas a la penal, o para la existencia de programas o políticas públicas que favorezcan el acceso a la jurisdicción.

Así, aunque se identificaron algunos criterios que reconocen un carácter prestacional al DAJ, son mínimas las consecuencias de derecho social que la jurisprudencia ha aunado a este derecho. Son muy pocos los criterios —básicamente tesis aisladas— que han tomado en cuenta el impacto de factores socioeconómicos en el acceso a los tribunales, y éstos dejan poco espacio para el reconocimiento de la importancia y de los principios que justifican las instituciones procesales.

“Acceso a la justicia” apareció en 1994; se reconoció como ligada a un derecho en 2001; su uso en tesis jurisprudenciales se incrementó notablemente a partir de 2011, y se mantiene estable en el discurso jurisprudencial desde 2013. Estos datos perfilan un paralelismo digno de un análisis más profundo sobre su aparición en la jurisprudencia y el tránsito hacia un sistema constitucionalizado.

Según González Vicén, la aparición de una expresión o el desuso de otra pueden constituir algo más que una moda y resultar “símbolo y designación de un nuevo entendimiento de la realidad jurídica y de los modos de aprehensión teórica”. Según este autor, los conceptos históricos a los que estas expresiones se refieren están relacionados con la “sistematización y ordenación desde un punto de vista relevante de tendencias, tensiones, corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones; en suma,

de todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un momento determinado del tiempo histórico” (1969: 15 y 16).

Sostener que el acceso a la justicia sea un concepto histórico en el sentido propuesto por González Vicén excede los objetivos de este trabajo (y requeriría, además, de las dotes de historiador del profesor español). Sin embargo, la coincidencia entre la aparición y desarrollo jurisprudencial del DAJ y las fechas que convencionalmente marcan el tránsito hacia un régimen constitucionalizado en el país son dignas de estudio. Es posible que el DAJ, como los conceptos históricos analizados por el profesor español, “lejos de ser un fruto del capricho, exprese el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho” (*ibidem*: 16).

Lo anterior basta y sobra para justificar que el DAJ sea analizado más allá de la carga emotiva positiva que pueda expresar. De otro modo, “acceso a la justicia” bien podría convertirse en una “muletilla” del discurso judicial; una especie de Zahir, una idea fija en la mente que atrofia el razonamiento judicial; una expresión recurrente en el discurso de los jueces que distrae, antes que favorecer, el cumplimiento de su deber de justificar sus decisiones.

VII. REFERENCIAS

Bibliográficas y electrónicas

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ALEXY, R. (2003). “Justicia como corrección”. *Doxa*. 26. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.09>.
- ATIENZA, Manuel (2003). *Las razones del derecho*. México: UNAM.
- BARBERIS, M. (2015). *Introducción al derecho*. Lima: Palestra.
- BIRGIN, H. y GHERARDI, N. (2011). “Introducción”. *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales* (ix-xxix). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara.
- CABALLERO, J. A. (2006). “Comentario al artículo 17”. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. XVI. 7a. ed. México: LIX Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

- CAPPELLETTI, Mauro (1983). “Acceso a la justicia. Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 48. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.1983.48.1904>.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. (1983)., *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos*. Trad. de Samuel Amarat. La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.
- CRUZ PARCERO, J. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129Doc.4. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesci-ii.sp.htm> (fecha de consulta: 6 de abril de 2019).
- CRUZ PARCERO, J. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- DAKOLIAS, M. (1997). *El sector judicial en América Latina y el Caribe. Elementos de reforma*. Washington: Banco Mundial.
- DESPOUY, L. (2008). “Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf> (fecha de consulta: 5 de mayo de 2018).
- FERRAJOLI, L. (2003). “Estado social y Estado de derecho”. En ABRAMOVICH, Víctor *et al.* (comps.). *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara.
- FERNÁNDEZ VALLE, M. (2006), “El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social”. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Editorial Biblos.
- FIX-FIERRO, H. y LÓPEZ-AYLLÓN, S. (2001). “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”. En VALADÉS, Diego y GU-

- TIÉRRIZ RIVAS, Rodrigo (coords.). *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. México: UNAM, t. I. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2018).
- FIX-ZAMUDIO, H. (1975). “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal, como institución de seguridad social”. *Anuario Jurídico*. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/26097> (fecha de consulta: 2 de julio de 2019).
- GARRO, A. M. (2006). “La reforma judicial: ¿para qué, por quién, para quién y cómo?”. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Biblos.
- GARTH, B. G. (2009). Comment: A Revival of Access to Justice Research? *Access to Justice*, 12, 255-260. 10.1108/S1521-6136(2009)0000012014.
- GARTH, B. y CAPPELLETTI, M. (1981). “Foreward: Access to Justice as a Focus of Research”. *Articles by Maurer Faculty*. 1131. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1131> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2019).
- GARTH, B., CAPPELLETTI, M. y TROCKER, N. (1985). “Access to Justice-Variations and Continuity of a World-Wide Movement”. *Articles by Maurer Faculty*. 1064. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1064> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2020).
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1969). “La filosofía del derecho como concepto histórico”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 14. 1969. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2062203> (fecha de consulta: 3 de abril de 2018).
- MACDONALD, R. A. (2005). “Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale, Ambitions”. En BASS, Julia *et al.* (eds.). *Access to Justice for a New Century: The Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada.
- OVALLE FAVELA, J. (1978). “El acceso a la justicia en México”. *Anuario Jurídico 1976- 1977*. 3-4.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto Talcahuano.
- POU JIMÉNEZ, F. (2014). “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”. *Anuario de Derechos Hu-*

- manos*. 10. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/46536434.pdf> (fecha de consulta: 15 de enero de 2019).
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- THOMPSON, J. (2000a). “Introducción”. En THOMPSON, José (coord.). *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- THOMPSON, J. (2000b). “Anexo 1. Marco conceptual de referencia”. En THOMPSON, José (coord.). *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José: Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- VIEHWEG, T. (2007). *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Díez Picazo. Madrid: Thomson-Civitas.
- VARGAS, J. E. (2003). “Reformas institucionales para fortalecer los sistemas de justicia y el Estado de derecho en América Latina”. En ZALAUQUETT, J. (ed.). *Agenda de derechos humanos para América Latina*. Buenos Aires.
- WALDRON, J. (2020). “Rule-of-Law Rights and Populist Impatience”. En NEUMAN, G. L. (ed.). *Human Rights in a Time of Populism: Challenges and Responses*. Cambridge University Press.

Sentencias y tesis jurisprudenciales o aisladas

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1996), Informe No. 39/96, Marzioni, Argentina.
- CLIII/89, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, julio-diciembre de 1989, p. 441, registro 207320.
- 3a./J. 8/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 75, marzo de 1994, p. 20.
- I.3o.A. J/45, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Libro 40, abril de 1994, p. 28, registro 212752.
- I.4o.C. J/7, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero de 1996, p. 362, registro 203348.

- VIII.1o. J/3, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, marzo de 1996, p. 746, registro 203138.
- XXIII.1o. J/15, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro 40, t. X, octubre de 1999, p. 1178, registro 193217.
- 1a./J. 34/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, julio de 2001, p. 287, registro 189287.
- 1a./J. 91/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, noviembre de 2001, p. 9, registro 188418.
- P./J. 113/2001 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 5, registro 188804.
- 1a./J. 34/2001, *SJFYG*, Décima Época, t. XIV, julio de 2001, p. 287, registro 189287.
- I.3o.C. J/27, *SJFYG*, Novena Época, Libro 40, t. XVI, octubre de 2002, p. 441, registro 185837.
- P./J. 52/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, septiembre de 2003, p. 1057, registro 183319.
- I.5o.A.31 A, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 1376, registro 178071.
- 1a./J. 61/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXII, julio de 2005, p. 11, registro 178077.
- 1a. LVIII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 957, registro 178088.
- 1a./J. 42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124, registro 172759.
- 2a./J. 192/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209, registro 171257.
- P./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 5, registro 169523.
- P./J. 4/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 40, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1340, registro 170383.
- P./J. 85/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 589, registro 168959.
- 1a./J. 66/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, marzo de 2017, p. 441, registro 2013954.

- 1a./J. 84/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 266, registro 161091.
- 1a./J. 12/2011 (10a.), *SJFyG*, Décima Época, libro VII, t. 1, abril de 2012, p. 750, registro 2000638.
- 1a./J. 21/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t. 1, mayo de 2012, p. 1084, registro 2000942.
- VI.1o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1096, registro 2001213.
- P./J. 37/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 223, registro 2002381.
- 1a./J. 128/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVII, t.1I, febrero de 2013, p. 727, registro 2002887.
- P./J. 12/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 5, registro 2003514.
- VI.3o.(II Región) J/3 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, t. 2, mayo de 2013, p. 1093, registro 2003521.
- XXVII.3o. J/1 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. III, octubre de 2014, p. 2411, registro 2007583.
- P. XI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 420, registro 200615.
- P./J. 49/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 35, registro 2007548.
- 1a./J. 80/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 242, registro 2010681.
- 1a./J. 79/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 244, registro 2010682.
- XXVII.3o. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 14, t. II, enero de 2015, p. 1691, registro 2008230.
- I.18o.A.12 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 35, t. IV, octubre de 2016.
- 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836, registro 2011430.

- 2a./J. 59/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 31, t. II, junio de 2016, p. 827, registro 2011781.
- 1a./J. 141/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVIII, t. I, marzo de 2017, p. 435, registro 2002961.
- P./J. 8/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 42, t. I, mayo de 2017, p. 5, registro 2014198.
- 1a./J. 103/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 441, registro 2015591.
- 1a./J. 90/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 213, registro 2015595.
- PC.III.L. J/23 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 49, t. III, diciembre de 2017, p. 1051, registro 2015879.
- PC.XXXIII.CRT. J/10 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 40, t. III, marzo de 2017, p. 2057, registro 2013954.
- V.3o.P.A. J/1 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 54, t. I, mayo de 2018, p. 2171, registro 2016971.
- 1a. CCXV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 312, registro 2018632.
- 1a./J. 65/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 208, registro 2018568.
- I.10o.A.13 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 62, t. IV, enero de 2019, p. 2272, registro 2019046.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El juicio político como objetivación de la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral en la Constitución Política del Perú

The Political Trial as Objectiveness of the Cause of Presidential Vacancy due to Permanent Moral Disability in the Political Constitution of Peru

Recepción: 28 de marzo de 2022

Actuación: 31 de agosto de 2022

Deymor Beyter CENTTY VILLAFUERTE*

Iris Marina ROSADO TORRES**

RESUMEN: La presente investigación demuestra que el proceso de vacancia presidencial como resultado de un juicio político que le sigue el parlamento al presidente de la República por su *permanente incapacidad moral*, a la luz de la doctrina constitucional (sentencia del TC 0006-2003-AIITC), es un proceso constitucional válido, al contrario de lo que afirman algunos juristas y actores políticos. Consideramos, con base en el derecho comparado y la doctrina, que el juicio político por una mala conducta en el encargo o incapacidad moral en el ejercicio de la función cometida por el presidente,

ABSTRACT: *The present investigation demonstrates that the process of presidential vacancy as a result of a political trial that follows the parliament to the president of the republic for his permanent moral incapacity, in light of the constitutional doctrine (judgment of the TC No 0006-2003-AIITC) it is a valid constitutional process contrary to what some jurists and political actors affirm. We consider, in the light of comparative law and doctrine, that impeachment for misconduct in the function or moral incapacity in the exercise of the function committed by the president, respecting the*

* Doctor en filosofía y humanidades; candidato a doctor en derecho; magíster en ciencias con mención en gestión social y desarrollo sostenible; economista. Investigador RENACYT – CONCYTEC, registro núm. P0100538, docente investigador, asociado de la Universidad Nacional de Moquegua, UNAM, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-002-5083-4615>; dcettyv@unam.edu.pe.

** Candidata a doctora en derecho; magíster en derecho constitucional, así como abogada. Docente universitario. ORCID: [0000-0003-2728-0658](https://orcid.org/0000-0003-2728-0658); irisrosado_torres@hotmail.com.

respetando el derecho al debido proceso, que compruebe objetivamente actos de corrupción, deficiencia grave en la gestión de lo público y excesos que afecten el equilibrio de poderes; que generen una crisis de profunda gobernabilidad, debe estar regulado en el artículo 117 de la Constitución como parte del juicio político conocido como "acusación constitucional, para que este juicio no sea tan sólo por infringir la Constitución".

Palabras clave: juicio político, vacancia presidencial, control político del parlamento, incapacidad moral, equilibrio de poderes.

right to due process that objectively proves acts of corruption, deficiency serious in the management of the public and excesses that affect the balance of powers; that generate a crisis of profound governability. It must be regulated in article 117 of the Constitution as part of the political trial known as constitutional accusation, so that this trial is not only for violating the constitution.

Keywords: impeachment, presidential vacancy, political control of parliament, moral incapacity, balance of powers.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sistema de gobierno peruano: el presidencialismo atenuado*. III. *Los juicios políticos como potestad del parlamento de control al presidente en el ejercicio de sus funciones*. IV. *Los juicios políticos de censura o vacancia presidencial en la legislación comparada*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La coyuntura política reciente del Perú, frecuentemente en crisis de gobernabilidad, nos presenta un escenario donde los dos presidentes del periodo anterior de gobierno (2016-2021) fueron sometidos a procesos de "vacancia presidencial" (dos al expresidente Pedro Pablo Kuczynski, y dos al expresidente por sucesión constitucional Martín Vizcarra Cornejo) por parte del Congreso de la República al amparo del artículo 113 de la Constitución Política del Perú vigente, numeral 2, donde *ad litteram* se señala que la Presidencia de la República vaca por "...su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso". Estos procesos políticos llevaron al expresidente Pedro Pablo Kuczynski a renunciar al cargo ante una eminente aprobación de su vacancia.

El 9 de noviembre de 2020, con 105 votos a favor de los 130 congresistas que conforman el parlamento peruano, se aprobó la moción de vacancia al cargo de presidente del ingeniero Martín Vizcarra Cornejo. Esta

moción estuvo sustentada en fuertes cuestionamientos y denuncias a nivel del Ministerio Público al expresidente de haber cometido actos de corrupción cuando ejerció el cargo de gobernador regional en la región de Moquegua y actos cometidos en su función como presidente. Esto generó un vacío en la Presidencia debido a la falta de un segundo vicepresidente ante la renuncia de la economista Mercedes Araoz al cargo de segunda vicepresidenta, lo que motivó a que en la línea establecida de la sucesión presidencial, estipulada en la Constitución vigente en el artículo 115, asumiese la Presidencia de la República del Perú el presidente del Congreso de la República, el congresista Manuel Merino de Lama.

Hechos posteriores motivaron que en un periodo muy corto (tan sólo días, porque las protestas contra este nuevo gobierno se iniciaron el mismo día en que se anunció la vacancia presidencial) se produjera una crisis de gobernabilidad, promovida por manifestaciones en las calles que expresaban su rechazo a la presidencia de Merino, lo que llevó al expresidente Manuel Merino a renunciar al cargo en la misma semana en que asumió la Presidencia. Su renuncia, para muchos especialistas, fue precipitada por la muerte de dos jóvenes manifestantes, y que hasta el día de hoy no se ha podido encontrar a los responsables. Paralelamente a este hecho, renunciaron los miembros de la mesa directiva del Congreso para dar paso a una nueva fórmula que pudiera encontrar un sucesor a la Presidencia que contara con mayor legitimidad. Estas decisiones y acuerdos políticos pusieron en la Presidencia del Perú a Francisco Sagasti, miembro de una bancada minoritaria del Congreso, cuyo único aval con los manifestantes fue el hecho de no haber apoyado la vacancia del señor Martín Vizcarra.

Nos encontramos así ante una situación complicada de explicar desde el punto de vista de la representación electoral, ya que un partido minoritario en el Congreso termina gobernando a un país que a todas luces parece desconocer lo que significa un proceso de vacancia, un juicio político, así como el proceso de sucesión presidencial. Quizá este desconocimiento se deba, entre otras razones, al hecho de que en la dictadura de Alberto Fujimori en los años noventa del siglo XX se eliminó de los planes de estudio escolar el curso de Educación Cívica. Mientras escribimos este artículo, nuevamente en el Perú se ha abierto una discusión, con movilizaciones en las calles, promoviendo la vacancia de la precaria presidencia del señor Pedro Castillo Terrones, rodeado de acusaciones de corrupción, traición

a la patria por ofrecer salida soberana al mar al vecino país de Bolivia afectando la soberanía nacional, y por su confesa incapacidad para gestionar el Estado peruano, generando crisis en los campos económico, social, político y otros.

Esta coyuntura política, como la hemos descrito de manera sucinta, ha puesto nuevamente en el centro del debate tanto en el plano político, jurídico-constitucional, como en el doctrinario-filosófico, la pertinencia o no de contar con esta causal de vacancia (nos referimos a la “permanente incapacidad moral declarada por el Congreso”), establecida en nuestra Constitución vigente de 1993. La moral resulta muy ambigua de definir, según lo manifiestan los más connotados especialistas y constitucionalistas del país, pues, ésta,¹ cuya raíz etimológica proviene de la palabra latina “*mores*”, que significa costumbre, nos indica, desde el punto de vista filosófico, que todos los seres humanos contamos con una moral asociada a nuestras costumbres adquiridas primero en el seno familiar, para después ser ampliadas y compartidas en la sociedad donde vivimos. Otro aspecto complicado de sustentar a la luz de esta causal es el poder definir qué *costumbres* o valores pueden llevar a señalar que una persona, en este caso el presidente de la República, es una persona con incapacidad moral, y además con el añadido de que esta incapacidad es permanente.

Resulta muy complejo explicar y entender todo esto sin una interpretación a la luz del derecho comparado de esta causal de vacancia presidencial, puesto que desde el enfoque de la axiología, los valores morales son relativos al tiempo y a la aceptación social de estas costumbres; eso quiere decir que lo que hoy nos puede parecer como una conducta perjudicial para la sociedad, quizá mañana nos resulte socialmente aceptable, o, por el contrario, lo que antes era aceptado por la sociedad, como la esclavitud y tener esclavos a nuestro servicio, con el avance de la sociedad y el humanismo es rechazado por las sociedades modernas de manera categórica.

¹ La moral es un campo de estudio muy antiguo de la filosofía. De acuerdo con Aristóteles, es un hábito que las personas adquieren por efecto de la repetición de actos para elegir y ejecutar acciones honestas que las alejen de los vicios, y que gracias a la razón perfeccionada con los años vuelven al hombre virtuoso, capaz de elegir lo moralmente bueno de lo malo. Para la RAE, la moral proveniente del latín *moralis*; en su primera acepción está asociada a algo: “Pertenciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”.

Para terminar de analizar el aspecto axiológico o filosófico-moral de la causal de vacancia por “incapacidad moral permanente”, contemplado en nuestra Constitución vigente de 1993, se considera el enfoque de la filosofía y la axiología² como rama de la misma, encargada de estudiar la moral y los valores. Es reconocido por esta disciplina que cuando se trata de estudiar y explicar la moral de una persona, la teoría de los valores señala que la moral se tiene y ejerce o no se tiene, pero uno no puede ser considerado un incapaz moral. La teoría axiológica afirma que todo ser humano mayor, maduro y cuerdo, tiene una moral formada, y ésta dependerá de las costumbres adquiridas en casa y de las que se comparten y aceptan en sociedad y que como personas conscientes las asumimos y practicamos; esta práctica moral o de costumbres puede ser favorables a la convivencia social, y otras contrarias a esta convivencia armónica de la sociedad. Al ser la incapacidad una condición de ejercicio trunco o, en todo caso, deficiente, desde el punto de vista axiológico esta definición es errada. Por ello, debemos buscar la definición de este término en otro campo del conocimiento, que a nuestro entender es el de la filosofía del derecho aplicado al derecho constitucional.

Lo que sucede, y como veremos posteriormente, es que esta causal de vacancia por incapacidad moral permanente, al haber sido incorporada del derecho francés, y haberse traducido mal de su fuente jurídica originaria, provoca mucha confusión en su aplicación, más aún en un país donde, en nuestra opinión aún no se entiende bien cómo se procede en este tipo de procesos políticos. Su aplicación queda al imperio de los votos (mayoría calificada de 2/3 del parlamento), tal como se exhortó en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano cuando presidía el Tribunal el abogado Javier Alva Orlandini. En la sentencia se exhorta al parlamento a subir el número de congresistas necesarios para declarar la vacancia presidencial por esta causal, sin que medie o se exija un debido proceso previo que la sustente, y que la incorpore, a nuestro entender, como parte de las causales para iniciar un juicio político al presidente de la República. Esto en esencia, para muchos constitucionalistas y estudiosos de la politología, debilita la figura presidencial en un régimen de gobierno semipresidencia-

² La axiología, para los estudiosos de la moral y la ética en la filosofía, es el campo de estudio donde se analiza y discute el tema relacionado con los valores, su escala valorativa y su relación con la praxis de la moral y la ética. Como señala el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la RAE, “la Axiología es Estudio de la naturaleza de los valores y de los juicios valorativos”.

lista, dejando muchas veces, como dijimos antes, esta trascendental decisión al capricho de los legisladores, a pesar de que el proceso de vacancia por incapacidad moral permanente en nuestro país, tal y como está establecido y con sus defectos constitucionales ya señalados, es un proceso legítimamente constitucional.

Finalmente, es obvio que revisando la Constitución Política del Perú vigente y el Reglamento del Congreso de la República, el proceso de vacancia presidencial al amparo del artículo 113, numeral 2, de nuestra Constitución, así como los que se realizan al amparo del artículo 117, no garantizan al presidente en funciones que va a ser sometido a estos procesos, el derecho a un debido proceso señalado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen que los procesos de cualquier naturaleza, incluidos los políticos, deben cumplir con los derechos y principios propios de un debido proceso, y que de esa manera se garantice un juicio político parlamentario justo, evitando que se genere una grieta en nuestro sistema democrático, lo cual también demostraremos.

II. SISTEMA DE GOBIERNO PERUANO: EL PRESIDENCIALISMO ATENUADO

Para resolver la discusión jurídico-constitucional que se ha abierto a partir de las mociones de vacancia al cargo de presidente de la República presentadas a los expresidentes peruanos Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra Cornejo, y al actual presidente en funciones Pedro Castillo Terrones, y más aún después de que el pasado Congreso del Perú votara a favor de la vacancia al cargo de presidente del ingeniero Martín Vizcarra, por estar vinculado a actos de corrupción cuando ejercía el cargo de gobernador regional de Moquegua, respecto de si es legítimo que el Congreso pueda destituir a un presidente mediante un proceso de “vacancia”, o como se realiza en otras partes del mundo por medio de un proceso político de “censura”, debemos entender primero el tipo de gobierno que establece nuestra Constitución vigente, y cómo dentro de este tipo de gobierno se establecen los pesos y contrapesos en una democracia peruana construida dentro del marco de un Estado constitucional de derecho,³ que

³ En el fundamento 2 de la Sentencia 0023-2005-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 27 de octubre de 2006, referida al proceso de inconstitucionalidad:

es al que aspiramos, según lo señala la mayoría de especialistas en derecho constitucional.

La mayoría de los constitucionalistas y estudiosos de nuestra Constitución, entre los cuales destaca el profesor Domingo García Belaunde, han coincidido en señalar con mucha razón que a pesar de que la mayoría de actores políticos crean que el régimen de gobierno en nuestro país es presidencialista, el conjunto de artículos de nuestra carta magna, vistos desde una perspectiva armónica de la Constitución, más bien demuestran que el régimen de gobierno en nuestro país es una especie de sistema de gobierno híbrido de presidencialismo atenuado. Descartando las posturas que señalaban que el régimen de gobierno peruano en un sistema democrático constitucional se encontraba en la dicotomía de elegir entre el presidencialismo o el sistema de gobierno parlamentarista, la praxis política en el Perú y de otras democracias evidencian que existe un régimen intermedio de gobierno, y es el que nuestra Constitución vigente señala de manera implícita: el *presidencialismo atenuado*. Prueba de ello es que los gabinetes de ministros seleccionados por el presidente deben ir al Congreso a exponer su plan de trabajo y solicitar la denominada cuestión de confianza. Si esta confianza es rechazada, produce una crisis del gabinete, y obliga al presidente a reconstituir el mismo y presentar un nuevo gabinete y por ende un nuevo premier, así lo regulan los artículos 130, 132 y 133 de la Constitución peruana vigente.

Es necesario que nos preguntemos cuáles son las características propias del sistema presidencialista, así como del sistema de gobierno parlamentarista y qué las diferencian, y cómo a partir de estos dos sistemas de gobierno, en el Perú se establece un sistema intermedio que, como señalamos

Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República. El Tribunal Constitucional recuerda que *el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas*: "...superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo" (Tribunal Constitucional del Perú, 2006: 9). En conclusión, en el Estado constitucional de derecho, sistema al cual aspira nuestro sistema político normativo, si existe alguna supremacía es la del poder constituido o la Constitución política.

antes, se conoce como sistema presidencialista atenuado o semipresidencialista. Además, es necesario resaltar que en este sistema de gobierno es parte del equilibrio de poderes el proceso de vacancia presidencial, que a nuestro entender debe ser producto de un juicio político que pueda demostrar objetivamente la incapacidad moral del mandatario, pues esta incapacidad moral no sólo afecta la imagen del presidente o la investidura presidencial, sino, y sobre todo, la estabilidad política del país, el normal desempeño de la economía, o el desarrollo de las instituciones, desencadenando una crisis de gobernabilidad.

Jorge Carpizo, en un artículo titulado “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para instauración en América Latina”, detalla las características de ambos sistemas de gobierno, tomando como referencia a otros importantes autores. Carpizo afirma, por ejemplo, del sistema presidencial lo siguiente:

Maurice Duverger afirmó que el sistema presidencial se caracteriza por el principio de la separación de poderes, la elección del presidente a través del sufragio universal, el nombramiento y la remoción de los ministros por parte de aquél, y porque todos ellos no son responsables políticamente ante el parlamento.

Joseph LaPalombara escribió que en el sistema presidencial: *a)* El presidente, quien es jefe de estado y de gobierno a la vez, es independiente del Poder Legislativo y, por tanto, no depende mayor ni continuamente de éste para su existencia o sobrevivencia; *b)* Los poderes Legislativo y Ejecutivo son independientes: el primero no está obligado a aprobar los proyectos de ley que provienen del Ejecutivo, pero éste puede vetar los proyectos de leyes del congreso; *c)* El presidente tiene la facultad de realizar nombramientos; *d)* El Ejecutivo puede apelar directamente al pueblo a través de plebiscitos y referendos; *e)* El Legislativo puede juzgar y remover al presidente; *f)* Éste posee facultades para designar a los miembros del gabinete, para presentar iniciativas de ley y para preparar el presupuesto; *g)* El pueblo elige al presidente y espera que sea su líder.

Paul Marie Gaudemet caracteriza al sistema presidencial como aquel en el cual: *a)* El presidente concentra la integridad de las competencias ejecutivas y es, a la vez, jefe de Estado y jefe de gobierno, *b)* Los jefes de los departamentos ministeriales dependen únicamente de la autoridad presidencial, por lo cual generalmente se les denomina secretarios y no ministros, *c)* El principio de la separación de poderes se encuentra riguro-

samente aplicado, d) El presidente no es políticamente responsable ante el congreso, pero tampoco puede disolverlo (Carpizo, 2006: 58-59).

Como lo señala Carpizo, los diversos doctrinarios del derecho que estudiaron los sistemas de gobierno coinciden en que el régimen de gobierno presidencialista en esencia se caracteriza por el hecho de que el presidente es elegido por sufragio universal, lo que le da independencia del Poder Legislativo; asimismo, tiene la facultad de elegir a su gabinete sin necesidad de que el Legislativo lo apruebe. En el sistema presidencialista ambos poderes pueden aprobar, sin el visto bueno del otro poder, sus respectivos proyectos de ley; a pesar de la independencia de poderes, el Legislativo puede remover al presidente mediante un juicio político. En este tipo de sistema de gobierno el presidente no es responsable políticamente frente al parlamento, pero tampoco puede disolverlo. Como evidenciamos, estos rasgos en *stricto sensu* no se cumplen en el sistema de gobierno establecido en la Constitución peruana, por lo que es muy difícil, como ya hemos señalado, poderla calificar como un sistema de gobierno presidencialista puro.

El profesor mexicano Jorge Carpizo reconoce que es muy difícil que un sistema de gobierno presidencialista sea puro en esencia; lo que en verdad sucede es que el sistema de gobierno es más presidencialista o menos presidencialista en la medida en que cumpla con todas las características que la doctrina política señala. No siempre se encontrarán en todos los países donde se tiene este tipo de sistema de gobierno, el conjunto de características señaladas. Veamos lo que él mismo nos dice al respecto:

Todas estas notas no se dan en la totalidad de los sistemas presidenciales, mucho menos en forma pura, pero establecer sus principios sirve para precisar si un sistema es presidencial o parlamentario, o si es predominantemente presidencial o viceversa. En un sistema presidencial, el equilibrio de poderes pretende ser más diáfano, ya que se trata de realizar un deslinde entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, aunque entre ellos existen múltiples vínculos de colaboración, y que miembros de uno no sean al mismo tiempo miembros del otro, pero existen excepciones (Carpizo, 2006: 60-61).

Queda claro que el sistema de gobierno presidencialista puro podría degenerar en cierto autoritarismo o autocracia, pues al no depender del Poder Legislativo para nada, o no tener relaciones de gobierno con los otros poderes, y si a este hecho le sumamos la falta o poco control político,

puede dar espacio a que se abuse del poder, o se cometan excesos, como sucede en las dictaduras tanto de izquierda como de derecha que en América Latina hemos experimentado con lamentables resultados. Carpizo, en el artículo antes citado, nos presenta además cuáles son las características del sistema de gobierno parlamentarista, tomando para ello diversos doctrinarios del derecho; señala además que las principales características del sistema parlamentarista son:

a) Los miembros del gabinete (Poder Ejecutivo) son también miembros del parlamento (Poder Legislativo).

b) El gabinete está integrado por los dirigentes del partido mayoritario o por los jefes de los partidos que por coalición forman la mayoría parlamentaria.

c) El Poder Ejecutivo es doble: existe un jefe de Estado que tiene principalmente funciones de representación y protocolo, y un jefe de gobierno; este último conduce la administración y al gobierno mismo.

d) En el gabinete existe una persona que tiene supremacía y a quien se suele denominar primer ministro.

e) El gabinete subsistirá, siempre y cuando cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria.

f) La administración pública está encomendada al gabinete, pero éste se encuentra sometido a la constante supervisión del parlamento.

g) Existe entre parlamento y gobierno un control mutuo. El parlamento puede exigir responsabilidad política al gobierno, ya sea a uno de sus miembros o al gabinete como unidad. Además, el parlamento puede negar un voto de confianza u otorgar un voto de censura al gabinete, con lo cual éste se ve obligado a dimitir; pero el gobierno no se encuentra desarmado frente al parlamento, debido a que tiene la atribución de pedirle al jefe de Estado, quien accederá —salvo situaciones extraordinarias—, que disuelva el parlamento. En las nuevas elecciones, el pueblo decide quién posea la razón: el parlamento o el gobierno (Carpizo, 2006: 59-60).

Como podemos observar, en el sistema de gobierno parlamentario el gobierno del país está en manos del Poder Legislativo, pues el jefe de Estado no es el mismo que el jefe de gobierno, quien junto con su gabinete, es integrado y propuesto por el partido mayoritario del Congreso, o por los miembros de una coalición de gobierno parlamentarista si se da ella. En los sistemas de gobierno parlamentario se presenta una figura especial, donde el jefe de Estado es elegido por el pueblo en elecciones

universales, mientras el jefe de gobierno surge del Poder Legislativo, de tal manera que si por alguna razón cae el jefe de gobierno, el Estado no queda descabezado. En este sistema parlamentarista existe un control mutuo, pudiendo el parlamento censurar al presidente o a cualquier miembro del gabinete; asimismo, el jefe de gobierno puede disolver el parlamento.

Es evidente, por los diferentes artículos de la Constitución del Perú, que el sistema de gobierno propuesto se encuentra muy alejado de este sistema, no sólo porque en nuestra Constitución se establece que el jefe de gobierno y del Estado es el presidente de la República, elegido por el pueblo en sufragio universal, y no de manera indirecta por el parlamento, o porque el premier en el Perú o primer ministro no contenga en sí el poder y facultades que en un sistema parlamentarista concentra (artículo 123 de la Constitución peruana vigente), sino, y sobre todo, porque en esencia en nuestra Constitución se le asignan tres funciones fundamentales al Congreso o Poder Legislativo: el control político, la representación y la capacidad de legislar.

Carpizo analiza cuál sistema de gobierno podría ser el mejor; toma para ello lo que consideraba Arend Lijphart, señalando que

Lijphart, que se inclina por el sistema parlamentario sobre el presidencial, no deja de reconocer que en este último la separación de poderes implica mayor independencia del Legislativo, y un vínculo Ejecutivo-Legislativo más balanceado, debido a que en el sistema parlamentario, los legisladores votan sobre los proyectos legislativos del gobierno no sólo en relación con los méritos de los mismos, sino teniendo en cuenta la estabilidad del gabinete, lo cual le otorga a éste un fuerte peso en el proceso legislativo (Carpizo, 2006: 62).

Nos recuerda, además, que el mismo Arend Lijphart tenía serias dudas acerca del sistema de gobierno presidencialista, debido fundamentalmente a la concentración de poder. Carpizo afirmó que

No obstante, este tratadista, siguiendo su esquema de democracias de mayoría y consensuales, afirma que el sistema presidencial implica la concentración del poder en una persona, configurando un régimen de mayoría, razón por la cual es muy difícil que el presidente comparta el poder, lo que es diferente a lo que acaece en los sistemas parlamentarios (Carpizo, 2006: 62).

Queda claro que en ambos sistemas de gobierno, el presidencialista o el parlamentarista, se presentan problemas propios de los sistemas políticos-jurídicos, aunque ciertamente, según lo sustenta Carpizo, el sistema presidencialista tiende a degenerar en falta de control y concentración de poder, cuestión con la que estamos de acuerdo, por lo que consideramos que se hizo bien en atenuar ese sistema y adoptarlo en el Perú. También es evidente que no existen sistemas puros de gobierno, lo que hay son sistemas que podrían definirse más cercanos a lo que es un sistema de gobierno presidencialista o parlamentarista. Pero en el caso del Perú, según lo revisado, es evidente que no podemos señalar que nuestro sistema es presidencialista porque el jefe de gobierno, que a la vez es el jefe del Estado personificado en el presidente de la República, es elegido por voto universal; o por el hecho de que puede, y de hecho así lo hace, nombrar su gabinete a propuesta del primer ministro o premier; este análisis sería muy simple. Debido a que si bien es cierto que el presidente nombra su gabinete, éste tiene que pedir ante el pleno la llamada cuestión de confianza, y si le es negada, se tendría que conformar un nuevo gabinete como lo señalamos párrafos arriba.

Otro rasgo que lo aleja del sistema presidencialista puro es el hecho de que el Congreso puede vacar al presidente por el imperio de los votos, lo que lo obliga a establecer con el parlamento vínculos de relaciones políticas que le den estabilidad a su gobierno, como pactar alianzas de gobierno con parte del parlamento, incorporar ministros de los partidos aliados que, incluso en el caso peruano, pueden ser congresistas, como se hace en los sistemas parlamentaristas.

Tampoco se puede creer que sea parlamentarista nuestro sistema de gobierno por el hecho de que el parlamento puede censurar a los ministros nombrados por el Ejecutivo, vacar (destituir) al presidente, negar la cuestión de confianza al presidente del consejo de ministros, o aprobar por insistencia, proyectos de ley observados por el Ejecutivo. Lo claro es que el sistema de gobierno del Perú ha tomado características o formas de ambos sistemas dando como origen un sistema denominado semipresidencialista, porque en ese juego de combinar elementos de ambos sistemas, existe cierta inclinación en el peso de poder en nuestro país del Ejecutivo frente al Legislativo.

La cuestión entonces pasa por explicar las razones por las cuales se adoptan elementos del parlamentarismo para atenuar nuestro sistema pre-

sidencialista que, como lo señalara el constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, fue adoptado por el Perú desde muy temprano. Y quizá a decir de este autor, en una obra titulada *El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (con referencia al sistema constitucional peruano)*, la razón más importante para que la clase política peruana adoptara elementos del parlamentarismo fue que ésta se dio cuenta del riesgo que implicaba darle mucho poder al presidente, lo que podía degenerar en autoritarismo. En la obra mencionada el profesor García Belaunde realiza una reseña que nos grafica lo que acabamos de señalar:

El Perú no escapa a esto, pero a diferencia de sus vecinos, su clase política fue consciente de que había que frenar en algo los poderes del presidente, y creyó que la mejor manera era introducir elementos parlamentarios dentro del sistema presidencial. Así tenemos que desde 1828 se consagra en la Constitución de ese año la figura del ministro de Estado y el refrendo ministerial, pero sin el alcance que tendría después. Más tarde la Constitución de 1856 introduce el Consejo de Ministros, que es materia de complemento y desarrollo en las leyes de ministros de 1856, 1862 y 1863, que consagran el voto de censura y la interpelación parlamentaria, todo lo cual es respetado en la siguiente Constitución de 1860 y en la de 1920 (García Belaunde, 2008: 122).

Es evidente la introducción de elementos del parlamentarismo en el sistema presidencialista del Perú, no como un sistema semipresidencialista al estilo francés, sino como un presidencialismo atenuado, es decir sometido a un mayor control del parlamento que un sistema presidencialismo puro. La definición de nuestro tipo especial de sistema de gobierno la presenta el mismo profesor Domingo García Belaunde, cuando afirma que

...la adopción del sistema presidencialista fue hecha en el Perú en fecha muy temprana y lo ha tenido a lo largo de toda su historia. Y también se comprendió muy pronto los excesos que producía el sistema, que va a tener algunas matizaciones importantes en las Constituciones de 1979 y en la vigente de 1993.

Esto ha creado un modelo especial de presidencialismo, que en su momento se calificó como “presidencialismo atenuado”, pues el presidente se encuentra, por lo menos teóricamente, controlado por las cáma-

ras legislativas y por el Consejo de Ministros con su propio presidente. Lo que ha llevado a algunos (Carlos S. Nino) a pensar que el sistema constitucional peruano fuera algo así como “semipresidencial”, categoría creada por Duverger, para designar el régimen que creó y divulgó la V República francesa (1958), ideas que no comparto (García Belaunde, 2008: 132).

Como se ve, la censura o juicio político a la figura presidencial es parte del juego democrático en la búsqueda del equilibrio que debe existir entre los diferentes poderes del Estado y una forma de evitar los abusos del poder por parte del presidente, es decir, “atenuar” su poder; es más, en ambos sistemas de gobierno existen ejemplos de cómo se faculta tanto al Ejecutivo como al Legislativo para cerrar el Parlamento, o censurar al presidente. Señalar lo contrario es no conocer cómo funcionan en el mundo estos sistemas de gobierno; presidencialista como el norteamericano o parlamentaristas como el español o inglés. En el caso de nuestro sistema presidencialista atenuado, la existencia de figuras como el cierre del Congreso, o la vacancia del presidente por incapacidad moral permanente, es una forma de expresión de esa búsqueda de equilibrio de poderes, pero también, como lo señala la misma Constitución, de buscar relaciones de consenso entre ambos poderes para la lograr gobernabilidad del país.

Terminamos señalando al estilo de Montesquieu que el espíritu de nuestra ley de leyes es evitar, con este sistema de gobierno de presidencialismo atenuado, la concentración de poder por parte del presidente y el abuso de éste, a pesar de que el poder constituido de 1993 le concede el poder del Estado y del gobierno al presidente de la República. Fomenta con los procesos de vacancia por incapacidad moral permanente la necesidad de que el Ejecutivo establezca relaciones armónicas con el Parlamento, y viceversa, con la potestad del presidente de cerrar el Parlamento ante negaciones de confianza a políticas de gobierno, o a la conformación de dos gabinetes ministeriales. Lo que busca el sistema de gobierno peruano de presidencialismo atenuado es que se positivicen adecuadamente los procesos políticos, como los juicios políticos de censura o acusación constitucional que puedan ocasionar una vacancia del presidente de ser necesaria, y dentro del marco del debido proceso y lo establecido en la Constitución.

III. LOS JUICIOS POLÍTICOS COMO POTESTAD DEL PARLAMENTO DE CONTROL AL PRESIDENTE EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Debido a las interrupciones que ha sufrido nuestra democracia por interferencia de dictaduras como la de la junta militar en la década de los setenta del siglo pasado, o la de los noventa con la dictadura fujimorista, el conocimiento y uso de instituciones del constitucionalismo, como el *juicio político*, no son muy conocidas por la mayoría de los actores políticos, y menos aún entendida la función que cumplen para lograr el equilibrio de los poderes del Estado. Tampoco ayuda el hecho de que juristas y doctores del derecho constitucional no logren un acuerdo sobre lo que implica un juicio político que lleve, por ejemplo, a vacar a un presidente de la República por cometer actos permanentes que dañen no sólo la figura presidencial, sino también la gobernabilidad de un país.

Buscamos demostrar en la presente investigación que en un sistema de gobierno de presidencialismo atenuado, como es el diseñado en el Perú en su Constitución Política vigente, los juicios políticos que el Poder Legislativo entabla al presidente de la República o a cualquier funcionario del Estado no sólo son constitucionales, sino hasta necesarios para lograr el equilibrio de los poderes del Estado; sobre todo porque, como afirman muchos constitucionalistas y filósofos del derecho constitucional, nos ofrecen una salida constitucional cuando se producen crisis inmanejables de gobernabilidad debido a la conducta y costumbres de un mandatario, y cuyos motivos que originan esta ingobernabilidad son muy difíciles de acotar en un solo artículo de la Constitución; es decir, que *los juicios políticos*⁴

⁴ Según indica el profesor y exministro de justicia y derechos humanos del Perú, doctor Francisco Eguiguren Praeli, en el artículo: “La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?”, los juicios políticos establecidos a los presidentes encierran en sí imputaciones de delitos cometidos por el mandatario en el ejercicio de su función, infracciones a la Constitución vigente, o acciones que afecten gravemente la gobernabilidad del país, etcétera, diferentes a procesos de naturaleza meramente políticas. Señala al respecto que “En Latinoamérica, por lo general el juicio político contra el presidente resulta procedente ante la imputación de delitos de función o comunes, cometidos durante el ejercicio del cargo; por graves infracciones constitucionales o inconductas funcionales o morales. Mientras que la censura se refiere exclusivamente a los ministros o secretarios de Estado, y se origina por el cuestionamiento o la pérdida de confianza del Parlamento respecto de

son una medida de salud pública, como lo señalara en su discurso del 3 de diciembre de 1792, durante el juicio al rey de Francia, Luis XVI, el político francés Maximilian Robespierre, quien sentenció lo siguiente: “No tenéis que dictar sentencia a favor o en contra de un hombre, sino tomar una medida de salud pública, ejercer un acto de providencia nacional”.

Resulta complicado acotar las razones por las cuales se juzga la idoneidad moral de un presidente o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, debido a que los tiempos, las personas y las sociedades cambian, por lo que la conducta en el ejercicio de la presidencia de la República no sólo daña la investidura presidencial, sino que genera en el gobierno una crisis inmanejable de gobernabilidad o, como se ha positivizado en nuestra Constitución, se presenta como una “incapacidad moral permanente” del presidente. Hay diversas manifestaciones que pueden llevar a esta crisis inmanejable de gobernabilidad, pasando, por ejemplo, por una renuncia vía fax desde el exterior, como fue el caso del exdictador peruano Alberto Fujimori, que huía de la justicia por estar vinculado a vergonzosos actos de corrupción, dejando abandonado el gobierno del Perú; una infidelidad con una pasante de la Casa Blanca, como sucedió con el ex presidente Bill Clinton en los Estados Unidos, que lo enfrentó a un juicio político, o por estar involucrado en el tráfico de influencias y denuncias de corrupción que terminaron llevando a la vacancia al expresidente Martín Vizcarra Cornejo.

Más recientemente es el caso del presidente en funciones Pedro Castillo, quien enfrentó un proceso de vacancia por estar vinculado a actos de corrupción, tráfico de influencias, designación de funcionarios, como los ministros de Estado, sin perfiles idóneos, con denuncias que van desde vínculos con el terrorismo, asesinato, corrupción, maltrato a las mujeres, que obviamente no permiten el funcionamiento adecuado del aparato del Estado y la atención elemental de los problemas del país, generando una crisis inmanejable de gobernabilidad.

En ese sentido, es válido preguntarnos: *¿qué son los juicios políticos?*, *¿porque son facultad del Parlamento realizarlos?*, y *¿cómo se deben llevar a cabo estos juicios respetando los derechos fundamentales de los im-*

la gestión ministerial, derivada de las decisiones u omisiones políticas en que incurrir, sin que deba concurrir necesariamente la comisión de algún delito o infracción punible” (Eguiguren, 2017: 63).

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

putados? Son preguntas que debemos contestar desde la perspectiva de la doctrina constitucional, la filosofía política y la filosofía del derecho, con el fin de poder sustentar con argumentos sólidos que la causal de vacancia del cargo de presidente de la República por *permanente incapacidad moral declarada por el Congreso* no debería estar considerada en el artículo 113, numeral 2, de la Constitución vigente del Perú, pues ésta, a la luz de la filosofía política, no es una causal de vacancia en sí, por no estar objetivamente demostrada, porque las causales de vacancia tienen como rasgo fundamental la objetividad del hecho, como es el caso de la muerte del presidente, o su incapacidad física que le impide ejercer su función; en este caso, la incapacidad moral es un hecho subjetivo que requiere demostración, de objetivación. A la luz de la doctrina constitucional y del derecho comparado, si la intención del Parlamento y la sociedad, a través de la mayoría ciudadana, es destituir o inhabilitar al presidente por su conducta funcional o por realizar actos que afecten la investidura presidencial y por ende la gobernabilidad del país, entonces corresponde más este hecho a un *juicio político*, establecido de alguna manera en el artículo 117 de la Constitución peruana vigente en la institución de la “acusación constitucional”, que a un proceso de vacancia, afirmación que posteriormente vamos a demostrar ampliamente.

En la línea de comprender qué son los juicios políticos desde la perspectiva de la doctrina jurídica, es válido revisar lo señalado por la jurista argentina Cintia Rodrigo en un artículo titulado “Relaciones de gobierno e inestabilidad. El juicio político en la escala subnacional en Argentina”, en donde se describe de manera muy clara qué es un juicio político, por lo que a continuación presentamos lo que señala esta investigadora de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina:

El juicio político es un mecanismo de control de los gobernantes diseñado a partir del principio de contrapeso de poderes (*checks and balances*). Se basa en el principio de que no hay gobernante que sea *legibus solutus*, es decir, que todo representante político puede ser auditado. *Accountability* que implica que pueden existir motivos *legítimos* para interrumpir el ejercicio de un cargo estatal electivo. ¿Cómo estudiar un fenómeno de esta naturaleza? Esta investigación retoma un punto de convergencia de la literatura sobre la temática y lo elabora a partir de una perspectiva teórica más amplia: considera al juicio político como un mecanismo de resolución de conflictos, un desenlace posible dentro

de situaciones de crisis política, una forma de reordenamiento de relaciones políticas que se habían vuelto problemáticas (Rodrigo, 2014: 157).

Como nos explica Rodrigo, los juicios políticos son parte de la separación y contrapeso de los poderes del Estado, que permiten evitar el abuso de un poder sobre los demás, en este caso del Poder Ejecutivo en la figura del presidente y sus principales funcionarios. Otro aspecto que es inherente a este proceso es el hecho de que en democracia ningún gobernante se encuentra protegido por el principio romano de *princeps legibus solutus* (se dice que el gobernante no está sujeto a ley, y puede ejercer su poder sin límites). Hay cierta tendencia en los sistemas de gobierno sin esta institución del constitucionalismo a que el presidente o jefe de gobierno haga uso y abuso del poder, degenerando en figuras autocráticas y autoritarias sin ningún tipo de fiscalización. Los juicios políticos, de acuerdo con lo señalado por la investigadora de la UBA, encuentran motivos legítimos para interrumpir el ejercicio de un cargo de elección popular por aspectos que, como explicamos anteriormente, afectan la investidura presidencial y generan crisis de gobernabilidad insalvables, pues no tiene nada de lógico seguir manteniendo en el cargo de presidente a una persona probadamente corrupta, a un violador de derechos humanos, abusador de menores de edad, entre otras conductas que afectan gravemente la gobernabilidad de un país.

Los juicios políticos son un instrumento que las democracias modernas han diseñado dentro del marco constitucional para resolver una crisis política insalvable; es decir, es la vía de resolución de un conflicto entre poderes del Estado frente a situaciones insostenibles que afectan la gobernabilidad de un país. En palabras de Robespierre, es una medida de saneamiento político que permite a las democracias constitucionales recuperar la senda del desarrollo económico, de la gobernabilidad, de la paz social y de la consolidación institucional; todo ello sin afectar el orden constitucional, sin interrumpir el discurrir democrático; incluso, un juicio político puede ser la oportunidad para que un gobernante pueda rectificar su conducta, restablecer un nuevo contrato social con los gobernados, o simplemente reconstruir relaciones políticas con los otros poderes del Estado. En todo caso, es una institución de control constitucional que tiene el Parlamento o Poder Legislativo, que evita o previene cualquier concentración y abuso del poder por parte del jefe de gobierno.

Cintia Rodrigo, en el artículo antes citado, precisa cómo se desarrollan estos procesos políticos dentro de un sistema de gobierno presiden-

cialista, recordándonos lo que señaló en su momento el profesor Michel Dobry en su trabajo: *Sociología de las crisis políticas*, quien refirió al respecto que:

En el marco de regímenes de gobierno presidencialistas, estas situaciones pueden desembocar en un abanico de soluciones posibles: elecciones anticipadas, renunciaciones, golpes de estado, juicio político. A este último tipo se lo puede definir como una solución institucional, tanto por su naturaleza constitucional como por la capacidad que el mecanismo de juicio político presenta para canalizar tensiones hacia un emplazamiento del campo político legítimo (Rodrigo, 2014: 157).

En los sistemas de gobierno presidencialistas dentro del marco de una democracia constitucional, siempre se presentarán crisis de gobernabilidad debido a las tensiones que se presentan entre los poderes del Estado para lograr ese delicado equilibrio entre poderes, o por la tendencia que tienen las personas que ejercen el poder de concentrarlo o cometer excesos, más aún si no se cuenta con mecanismos de control a sus actos funcionales. La historia antes de la consolidación de los Estados constitucionales de derecho nos muestra que estas crisis se resolvían generalmente fuera del marco constitucional, derivando en golpes de Estado y dictaduras, por ejemplo. Lo que nos permiten los *juicios políticos*, según nos recuerda el profesor Dobry, es lograr una solución institucional a estas crisis de gobernabilidad al amparo de la Constitución, del respeto de las instituciones políticas y constitucionales, que en el fondo es el fundamento para la consolidación de un Estado constitucional de derecho.

Si, como señala Dobry, los juicios políticos realizados a los funcionarios públicos, entre ellos el presidente de la República, nos permiten resolver dentro del marco de la democracia y sus instituciones políticas y constitucionales las crisis políticas de gobernabilidad recurrentes en cualquier sociedad, es más que evidente que parte de las labores o funciones que cumplen los legisladores, si no la más importante, es la de fiscalizar lo público, controlar que se manejen adecuadamente los recursos del Estado, y si se diera el caso, destituir mediante un juicio político (pero respetando el derecho a un debido proceso) al gobernante que ha perdido toda autoridad frente a la población debido a su reiterada conducta inadecuada en el ejercicio de sus funciones. De hecho, es una facultad constitucional de los legisladores estipulada en los artículos 96, 97, 99 y 100 de nuestra

Constitución vigente, adicional a las que normalmente se les reconoce: la de representatividad (artículo 93) y la de legislar (artículos 94 y 102). A esta facultad inherente a los legisladores en otras democracias se le conoce como función legislativa de *control político*.

Respecto a la función de fiscalización y control político ejercida por el Congreso de la República del Perú, o la que ejerce cualquier parlamento en un sistema democrático, se ha desarrollado en la diversa legislación nacional y en la legislación comparada, el esquema en el cual se ejerce la labor de control parlamentario a los diversos funcionarios del Estado a través de comisiones de investigación, o la realización de juicios políticos, que en la Constitución peruana tiene la forma de “acusación constitucional”, estipulada en el artículo 117. En consecuencia, consideramos necesario revisar la investigación del jurista Edinson Zegarra, titulada *La responsabilidad política de los altos funcionarios del Estado*, donde afirma que el esquema de control político del parlamento es propio de la política, pues el Parlamento ejerce el *control político* de los actos que realiza el Ejecutivo para evitar excesos y abusos del poder por parte del jefe de gobierno, actos de corrupción y cualquier otra acción que perjudique al Estado y a sus ciudadanos. Zegarra arriba a un conjunto de conclusiones sobre esta función del parlamento, las que a continuación describimos porque están presentes en la mayoría de las Constituciones de los Estados constitucionales de derecho, especialmente en Latinoamérica:

1) La potestad punitiva del Estado se expresa en los tres órganos poder y son de distintas naturaleza. Así en el Poder Legislativo, esta potestad sancionadora tiene naturaleza política y se da en el antejudio político y juicio político. En el ámbito del poder judicial, tiene una naturaleza jurídica-penal y se expresa en los delitos, penas y medidas de seguridad, previstos en este caso, en la sección: Delitos contra la Administración Pública. Y en el Poder Ejecutivo, es de naturaleza jurídico-administrativo, y se manifiesta en la potestad sancionadora administrativa: correctiva, disciplinaria, ética y de responsabilidad administrativa funcional.

2) La doctrina y la jurisprudencia constitucional expedida por el Tribunal Constitucional Peruano ha determinado que la responsabilidad política de los Altos Funcionarios del Estado, se manifiesta en el antejudio político y juicio político, que se concretizan a través de la Acusación Constitucional.

3) El Antejudio Político insurge cuando el Alto Funcionario del Estado ha incurrido en comisión de delito, en ejercicio de sus funciones y en este

sentido deviene en un juicio de habilitación, en el que el Congreso realiza a favor del Poder Judicial para que proceda a procesarlo penalmente. El proceso se inicia en el Congreso y termina en el Poder Judicial, siempre que el Congreso levante la inmunidad o el privilegio constitucional al Alto Funcionario del Estado.

4) El Juicio Político es de naturaleza estrictamente política y emerge cuando el Alto Funcionario Público ha incurrido en Infracción a la Constitución. Este procedimiento parlamentario, se inicia en el Congreso y termina en él, mediante las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación. La sanción no es revisable por el Poder Judicial.

5) El conocimiento dogmático procesal (antejuicio político) y procedimental parlamentario (juicio político) que se viabiliza a través de la acusación constitucional permite ejercitar con transparencia la responsabilidad política de los Altos Funcionario del Estado, protegiendo sus derechos y a través del control político, promover la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, al obligarlos a proteger la hacienda pública.

6) En la Acusación Constitucional del Juicio Político, se cumple, a través del acatamiento del debido procedimiento al interior del Congreso; y el debido proceso en el Antejjuicio Político, por cuanto siempre que se levante la inmunidad y/o privilegio constitucional de que gozan los Altos Funcionarios del Estado, el procesamiento jurídico-penal se lleva a cabo en el Poder Judicial (Zegarra, 2016).

En la misma línea, la profesora Toni M. Fine de la Escuela de Derecho de Nueva York, en su investigación *Los juicios políticos en los Estados Unidos de América*, analiza la esencia de los juicios políticos, específicamente en los Estados Unidos de Norteamérica, señalando que

El juicio político es un proceso autorizado por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica para formular cargos contra un determinado funcionario del gobierno federal por “mala conducta” en el ejercicio de su cargo. Dicho proceso podría asemejarse, en términos generales, a la investigación y acusación realizados por un “gran jurado.” Por lo que es un proceso Constitucional, dentro del ejercicio democrático, y bajo los mismos estándares de juzgamiento que los llevados a cabo por un gran jurado, es decir respetando derechos y garantías constitucionales de los Estados Unidos de Norteamérica (Fine, 2011: 287).

Nos recuerda la profesora Fine que los *juicios políticos* en los Estados Unidos de Norteamérica se realizan con la finalidad de poder formular

cargos contra cualquier funcionario del gobierno federal, incluido el presidente de la República, como consecuencia de una mala conducta en el ejercicio de su función, no por su moral en el ámbito fuera del ejercicio del poder como algunos sostienen de manera errónea. Como señala la misma Fine, este proceso político en los Estados Unidos de Norteamérica se desarrolla bajo los mismos estándares de los procesos llevados por el gran jurado, que es respetando los derechos y garantías constitucionales establecidos en las leyes y la Constitución de este país; es decir, no se exime en los procesos políticos de este país de la obligación de respetar el derecho a un debido proceso, para garantizar, como hemos venido señalando de manera reiterativa, un juicio justo a los funcionarios públicos procesados por el Parlamento.

Regresando a la Constitución del Perú, en ésta se considera la institución constitucional de la “vacancia presidencial” que, como señalamos anteriormente, está establecida en el artículo 113. En este artículo se detallan en cinco numerales las razones por las cuales vaca un presidente. La vacancia del puesto de presidente, a decir de la doctrina constitucional, es una figura que señala los motivos o hechos “fácticos y objetivos” por los cuales queda “vacío” o “vacante” el cargo de presidente, y, por lo tanto, se tendría que proceder a la sucesión constitucional según lo estipulado en el artículo 115. Esta vacancia, en su sentido estricto, según lo indica la Real Academia de la Lengua Española (RAE), proviene de la palabra latina *vacantia*, que significa cargo o empleo sin proveer.

La vacancia al cargo de presidente de la República se produce por hechos objetivos alejados de cualquier subjetividad, de hechos consumados que generan un vacío temporal o permanente al cargo de presidente, que no es más que un vacío del poder que ejerce el presidente que puede y de hecho paraliza el funcionamiento del Estado. La vacancia al cargo de presidente no es de ninguna manera un espacio de juzgamiento político, un espacio abierto a un debate político y al imperio de los votos, más bien es un espacio donde se debe dar conformidad a un hecho objetivo y consumado, como por ejemplo la muerte del presidente, para dar pase a la sucesión presidencial y evitar así un vacío de poder en el cargo de jefe del Estado. De hecho, todas las razones establecidas en el artículo 113 son de naturaleza objetiva, hechos consumados que dejan poco espacio, por decir ninguno, al debate o a la subjetividad del legislador, excepto, como ya hemos señalado reiteradas veces, el estipulado en el numeral 2 del artículo 113, objeto de estudio de la presente investigación.

El exministro de justicia y derechos humanos, Francisco Eguiguren, a raíz del uso excesivo de juzgar políticamente a los presidentes en Latinoamérica, en su artículo “La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?”, precisa que es un juicio político, con el fin de que se pueda utilizar esta figura de manera adecuada, para evitar excesos y, por qué no, para poderla identificar y ubicar adecuadamente en el diseño constitucional, y así evitar confundirlas, como entendemos se ha confundido en la Constitución peruana vigente, con un proceso de vacancia. Para el profesor Eguiguren, en el juicio político hay que considerar que

...la denominación de juicio político obedece a que el órgano que lo realiza, llámese Congreso, Parlamento o asamblea, tiene una naturaleza eminentemente política; y también porque las sanciones que aplica son de tipo político (destitución del cargo o inhabilitación) y no de índole penal. Pero sería errado considerar o deducir que atendiendo a su denominación, las causales que habilitan la procedencia del juicio político son de naturaleza política, pues, como ya hemos señalado, estas corresponden a imputaciones de naturaleza penal (delitos de función y/o comunes), a graves infracciones de la Constitución o casos de inconducta personal del presidente (Eguiguren, 2017: 78).

Entonces, vista la sustentación al respecto del doctor Eguiguren, y aclarado el punto de qué es un juicio político, y la forma de llevarlo a cabo y las razones por las cuales se inicia uno, podemos señalar que la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente, establecida en la Constitución vigente del Perú, en el artículo 113, numeral 2, más que una causal de vacancia es, por su naturaleza, una razón o causal para iniciar un juicio político al presidente de la República, con el fin de buscar su destitución del cargo, o para inhabilitarlo políticamente del ejercicio de la función pública.

De hecho, esta causal de vacancia al cargo de presidente de la República (por incapacidad moral permanente) es la única causal desarrollada en el Reglamento del Congreso de la República del Perú (que, como lo sentenció el Tribunal Constitucional del Perú, es una especie de ley orgánica del Congreso), en el artículo 89-A, donde se describe el procedimiento para realizar este proceso de vacancia por incapacidad moral permanente

declarada por el Congreso, iniciando con la presentación de la moción de vacancia, solicitada y presentada por un mínimo de 26 congresistas (es decir, el 20% del total de 130 parlamentarios), moción en la que además se deben precisar los argumentos de hecho y de derecho que motivan y sustentan el pedido de vacancia al cargo de presidente, adjuntando a la moción de vacancia los documentos que la sustentan (que generalmente son imputaciones penales, como sucedió en el caso de los expresidentes Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra, o como ocurre con el actual presidente en funciones Pedro Castillo).

Según el artículo 89-A, es necesario para que se admita el pedido de vacancia del presidente que por lo menos el 40% de congresistas hábiles voten a favor de la admisión a debate. Una vez aprobada la moción, el debate y la votación se realiza en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción, y si se logra una mayoría calificada (2/3 de los congresistas), se aprueba la vacancia del presidente, haciéndose efectiva una vez notificado el vacado. Cabe señalar que el procedimiento establecido en el Reglamento permite al presidente, o a un abogado designado por él, realizar los descargos y ejercer su defensa frente al pleno antes de la votación por la vacancia del presidente. Este hecho no garantiza, a nuestro entender, el derecho a un debido proceso al presidente, pero este punto no será objeto del presente artículo, y lo trataremos *in extenso* en otra investigación.

Si bien la institución de la vacancia presidencial está presente en nuestras Constituciones desde la Constitución de 1839, podemos encontrar que esta confusión legislativa entre la objetividad de un puesto vacante por razones fácticas, y un juicio político donde se juzgan y evalúan hechos de inconducta en el ejercicio del cargo, actos de corrupción, infracciones a la Constitución, etcétera, se originaron en el momento mismo en que se importó o incorporó esta figura de vacancia por incapacidad moral de la legislación o derecho privado francés al derecho peruano. León Leysser (2017) nos recuerda que el término francés *incapacité morale*, utilizado en el derecho privado francés, y que en nuestro país se tradujo de manera inadecuada como “incapacidad moral”, en la interpretación correcta de su uso debería ser entendido en sus dos acepciones, como es entendido en Francia: como “incapacidad intelectual o mental” o como “conducta socialmente incorrecta”. No hay entonces en el uso jurídico francés de este término ninguna acepción que implique lo que nosotros entendemos por

incapacité morale, que es una conducta en el ámbito de lo privado reprochable por la sociedad, pues lo que se reprocha en el ámbito jurídico y político a un alto funcionario, y en especial a un presidente de la República, es aquella conducta que afecta la gobernabilidad del país, el desarrollo económico y democrático del Estado, y que por obvias razones afecta la imagen de la investidura presidencial.

Es decir, lo que se quiso regular en todo momento en la legislación francesa era la mala conducta o el hecho de que una persona que ejerce un cargo público quede imposibilitada de seguir ejerciéndolo debido a una incapacidad intelectual o mental (*incapacité physique o morale*), que, como es obvio, es un aspecto objetivo de comprobar, y no ambiguo y difuso como la incapacidad moral. Un ejemplo de lo que hemos señalado lo podemos encontrar en las resoluciones judiciales en Francia del caso resuelto por la Corte Suprema Penal, Sala, del 7 de noviembre de 2017, donde se resuelve de la siguiente manera: “Attendu qu’il résulte de l’arrêt attaqué et des pièces de procédure que Mme Delphine Y ...a été poursuivie devant le tribunal correctionnel, du chef de violences physiques ou morales sur mineurs de quinze ans...” (Se desprende de la sentencia recurrida y de los autos procesales que la señora Delphine Y ...fue procesada ante el juzgado penal, por violencia física o psicológica a menores de quince años...).

De lo analizado en los párrafos anteriores se puede corroborar claramente que en el derecho francés el término *morale* nada tiene que ver con su significado cotidiano o filosófico, que es el de “valor de orden espiritual o ético”, sino más bien con problemas mentales, o de una inconducta que perjudica la imagen del funcionario debido a que sus acciones perjudican a las instituciones que dirige.

Concluiremos en esta parte que el juicio político es el proceso por el cual se le juzga al presidente por un hecho punitivo cometido en el ejercicio de su función, o por cometer una infracción contra la Constitución, o como era la esencia de este artículo (permanente incapacidad moral), incorporado de la legislación francesa, por cometer actos de inconducta grave y permanente que afecten la imagen de la investidura presidencial, generando problemas insalvables de gobernabilidad. La vacancia a un cargo, por su lado, es un hecho objetivo, consumado de vacío del poder, que no requiere de un juicio político, sino de una ratificación del hecho por parte del Parlamento. Creemos que bajo este criterio, esta causal de vacancia debe ser extirpada del artículo 113, e incorporada como una causal para

acusar al presidente por cometer una infracción a la Constitución y entablarle un juicio político, donde además se respete el derecho que tiene el presidente, como cualquier otro ciudadano, a un debido proceso, tal como fue establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú: STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5 y otras.

IV. LOS JUICIOS POLÍTICOS DE CENSURA O VACANCIA PRESIDENCIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Como hemos recordado, en el artículo 113 de la Constitución Política del Perú vigente se contempla la figura de la “vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”, específicamente en el numeral 2, donde literalmente se señala que el cargo de presidente de la República vaca debido a “...su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso”. Este proceso, que muchos constitucionalistas, e incluso el mismo Tribunal Constitucional del Perú, han reconocido como un proceso político o juicio de la actuación o conducta del presidente que afecta la institucionalidad y gobernabilidad del país, es, como hemos podido demostrar utilizando la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una potestad del Poder Legislativo dentro del equilibrio de poderes en el marco de un Estado constitucional de derecho.

En el artículo 113, numeral 2, se deja a potestad del Congreso peruano el decidir acerca de esta incapacidad moral permanente, y como lo señala el Reglamento del Congreso, específicamente en el artículo 89-A, este proceso o juicio político se realiza, nos guste o no, bajo el imperio de los votos, a criterio de consciencia de los parlamentarios, cuando se alcanza una mayoría calificada (2/3 de los 130 votos válidos, según fue recomendado por la sentencia del Tribunal Constitucional: STC 0006-2003-AIITC), sin garantizarle, como demostramos en otra investigación, un debido proceso⁵ que garantice a los procesados en el fuero político, en este caso el

⁵ Respecto a garantizar el derecho fundamental a un debido proceso en sede parlamentaria, el Tribunal Constitucional, en el caso *Tineo Cabrera*, sentencia núm. 00156-2012-PHC/TC, en el fundamento 2, señaló que “Sobre este aspecto es necesario volver a destacar que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, de fecha 31/01/2001, cuando enfatizó que «si bien el

presidente de la República, un juicio justo. Esto a pesar de que existen muchas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano que señalan que el derecho al debido proceso es un derecho fundamental inherente a todo proceso, incluido el proceso político parlamentario.

Históricamente esta institución de la “vacancia presidencial por incapacidad moral” en nuestro sistema jurídico no estuvo presente en la Constitución de 1826; sin embargo, en esta carta magna se recogían algunas restricciones al ejercicio de la presidencia que fueron utilizadas como base para la figura que hoy conocemos como “vacancia presidencial por incapacidad moral”. Es en la Constitución de 1834 que se contempló por primera vez de manera explícita la institución de la vacancia presidencial, estipulando lo siguiente en el artículo 80 que regulaba esta figura jurídica: “La Presidencia de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su periodo constitucional”.

Pero como se evidencia en este artículo, no se estipuló como condición de vacancia la causal de vacancia por permanente incapacidad moral, sino sólo la causal por imposibilidad física. Realizando una revisión histórica de las distintas cartas magnas de nuestro país, fue en la Constitución de 1839 dónde se ampliaron las causales de vacancia al cargo de presidente, incluida la tan discutida “permanente incapacidad moral”, que fue regulada también en la Constitución de 1993 vigente.

Si bien hemos afirmado que el proceso de vacancia por “permanente incapacidad moral” del presidente no debería confundirse con el de un juicio político por permanente inconducta funcional que afecte gravemente la institucionalidad y gobernabilidad del país, como a nuestro entender se ha hecho en la Constitución peruana vigente, no debe entenderse de ninguna

artículo 80. de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos» precisando que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a los órdenes civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”. Por lo que ningún proceso de investigación parlamentaria, o juicio político llevado a cabo por el Parlamento, puede estar exento de garantizar a los investigados o procesados el derecho fundamental a un debido proceso, bajo los estándares de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

manera que estamos negando la potestad inherente al Parlamento, como hemos ya señalado, de realizar un juicio político al presidente de la República por esta causal de vacancia, y contra las opiniones que tratan de negar al parlamento la posibilidad de enjuiciar, destituir e inhabilitar de la función pública, desde el plano de la política, a cualquier funcionario del Estado, incluido el presidente de la República, por cometer actos en el ejercicio de su función que afecten la gobernabilidad del país.

Con el afán de reforzar nuestros argumentos, revisamos la legislación comparada de varios países de los cuales hemos exportado algunas instituciones constitucionales, o compartimos el mismo espíritu constitucional, y así poder sustentar que esta facultad parlamentaria es propia de regímenes democráticos, como una fórmula de resolución de crisis de gobernabilidad, y conflictos entre poderes del Estado, en democracia y respetando estrictamente la Constitución.

Quizá lo más resaltante en el derecho comparado es la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, donde también se regula constitucionalmente este tipo de proceso. La profesora Fine nos recuerda lo que señala la Constitución de ese país: “La constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, señala en el artículo II, a los sujetos que pueden ser objeto de un juicio político, señalando al presidente, al vicepresidente, y todos los funcionarios civiles de los «Estados Unidos de América» podrán ser acusados políticamente” (Fine, 2011: 287).

Por otro lado, la legislación mexicana considera la institución de los juicios políticos en su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. Señala explícitamente que la investigación política realizada por el parlamento controla la función pública, en el sentido de que los funcionarios cumplan con las funciones asignadas por la Constitución, o si en ese ejercicio de poder han cometido excesos que afecten a las instituciones y la gobernabilidad del país; establece esta Constitución lo siguiente:

...al grupo de legisladores que, autorizados por su Cámara, realizan todas las diligencias necesarias para averiguar si los titulares de los órganos del Ejecutivo han o no incurrido en cualquier tipo de responsabilidad ya sea por incumplimiento o en exceso o por violación o infracción a las leyes que regulan su competencia y autoridad; o si cumplen o no sus programas y actividades dentro de la normatividad aprobada por el Poder Legislativo.

En la República de Argentina en América del Sur, la revisión de su Constitución, en el objetivo de comparar las formas y procedimientos de cómo se llevan a cabo las investigaciones parlamentarias, específicamente las investigaciones relacionadas con la potestad que también se le asigna en esta legislación al parlamento de poder enjuiciar al presidente, nos indica que los juicios políticos se encuentran regulados en el artículo 88 constitucional, donde explícitamente se establece la sucesión constitucional para ocupar el cargo de presidente ante causales de vacancia, entre las que destaca la causal por efectos de destitución del presidente. Presentamos para una mejor ilustración el texto del artículo constitucional:

En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará que funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

El procedimiento de acusación al presidente se especifica en el artículo 53 de la Constitución de la República de Argentina, en el que explícitamente se regula que esta acusación que realiza la Cámara de diputados ante el Senado se produce como consecuencia de un “mal desempeño del presidente o por cometer un delito en el ejercicio de sus funciones”, sin dejar de lado la comisión de delitos comunes por parte del primer funcionario. El artículo analizado, y que citamos para conocimiento del lector, señala literalmente lo siguiente:

Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

Complementa la regulación de este proceso de vacancia presidencial el artículo 59 de la Constitución vigente de Argentina, que citamos para complementar la importancia que tienen estos procedimientos en diversas

Constituciones, y que la potestad de esta figura constitucional no se le discute al parlamento en el derecho comparado. Así, el artículo literalmente señala:

Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto.

Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

En el derecho constitucional de España este proceso de juicio político, a través de la institución constitucional de la censura al presidente, está regulado en el artículo 113 de la Constitución Española de 1978 aún vigente, donde se faculta al Congreso de los Diputados el poder retirar la confianza al presidente del gobierno, censurarlo y, finalmente, reemplazarlo dentro de un proceso constitucional conocido como “confianza al presidente del Gobierno” y forzar su censura constructiva y continuista (*esta forma es así conocida, porque en el proceso no sólo se censura al presidente de gobierno, sino también se propone a la persona que asumiría la presidencia en caso de que prospere la censura*). Este proceso establece que para que se presente la moción de censura al presidente del gobierno, ésta debe estar presentada (suscrita) por un mínimo del 10% de la Cámara de Diputados (35 hoy en día), incluyendo en ella al candidato a la presidencia del gobierno de España. Así se encuentra regulada en la Constitución Española en el artículo 113, que a continuación presentamos:

1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.
2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.
3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.
4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.

Finalmente, en el sistema constitucional francés también existe la figura constitucional de “la vacancia y la destitución del jefe de Estado”, instituciones jurídicas que no son las mismas debido a que sus consecuencias y sobre todo el procedimiento para aplicarlas son diferentes a los que están establecidos en el Perú, o los Estados Unidos por ejemplo, pero que en esencia, y eso es lo importante, facultan al parlamento para ejercer el control político, que puede incluso llevar a *destituir* al presidente del gobierno. En Francia, estos procedimientos se encuentran regulados en el artículo 7o. de la Constitución del 4 de octubre de 1958 aún vigente. En este artículo se establece que el presidente de la República vaca en caso de impedimento comprobado *empêchement constaté* declarado por el Tribunal Constitucional. Estos impedimentos pueden ser de naturaleza temporal (enfermedad grave, desaparición o salida del país por mucho tiempo) o de naturaleza definitiva (traición a la patria, demencia, incapacidad física, grave e irreversible, escándalos consecutivos).

Como hemos demostrado con la revisión la legislación comparada de las Constituciones de diversas democracias, como la española, la francesa, la norteamericana y la argentina, la institución del juicio político es una figura constitucional que, como se ha evidenciado, permite alcanzar el equilibrio de los poderes del Estado, no sólo porque es una forma de control del ejercicio de la función pública de altos funcionarios del gobierno, entre los que destaca el presidente de gobierno, sino que a su vez, el juicio político, como una institución constitucional válida, permite mantener el equilibrio de poderes, debido a que en una crisis inmanejable de gobernabilidad, este proceso, al *destituir* a un presidente de gobierno que enfrenta una crisis permanente de incapacidad moral que afecta la institucionalidad y gobernabilidad del país, logra sacar de la cabeza del gobierno, en una especie de sanidad política, a un personaje que tensa las relaciones entre los poderes del Estado, y que atenta no sólo contra la gobernabilidad e institucionalidad del país, sino también contra el desarrollo y la calidad de vida de los ciudadanos.

El juicio político como institución constitucional, como lo demuestran las distintas Constituciones estudiadas en la presente investigación, es una potestad indiscutible del Poder Legislativo, ya que el control político, así como la representación de la ciudadanía y la capacidad de producir leyes, son las funciones asignadas por la mayoría de las Constituciones en

Estados democráticos a los parlamentos, sean parlamentos bicamerales o unicamerales como es nuestro caso.

V. CONCLUSIONES

Según los resultados de nuestra investigación, la causal de vacancia presidencial, regulada en el artículo 113 de la Constitución peruana vigente, por incapacidad moral permanente declarada por el Congreso, es constitucional, a pesar de ser ambigua, y haber sido incorporada como institución en nuestra Constitución vigente de la legislación francesa de manera errónea, así lo señala el Tribunal Constitucional del Perú en su Sentencia 0006-2003-AIITC – Caso Acción de Inconstitucionalidad Interpuesta por 65 Congresistas de la República. De hecho, además, revisando la legislación y la jurisprudencia de Francia, se hizo una mala interpretación de lo que significa jurídicamente en ese país la figura de la *incapacidad moral*, ya que en su legislación se encuentra relacionada con la mala conducta del funcionario del Estado en el ejercicio de su función, y no como se cree en el Perú, en donde es debido a su conducta en general, la cual puede ser muy discutida desde la perspectiva de la axiología y la ética.

Consideramos, sobre la base de nuestra investigación, que el juicio político por mala conducta o inconducta funcional en el ejercicio de la función pública por parte del jefe de Estado o de gobierno, o ambas, debido a comprobados actos de corrupción, deficiencia en el manejo de lo público, abuso de poder que afecte el equilibrio de poderes, etcétera, y que afecten gravemente la gobernabilidad del país, debiliten la investidura presidencial, generen una crisis profunda de institucionalidad, e impidan el desarrollo del país afectando la calidad de vida del ciudadano, debe estar regulado, por su naturaleza jurídica, política y constitucional, en el artículo 117 de nuestra Constitución vigente, como una causal más del juicio político conocido en la legislación peruana como *acusación constitucional*. Además, este proceso, como lo indica la doctrina, debe realizarse en el marco del respeto al derecho fundamental de un debido proceso al presidente, hecho que al día de hoy no se realiza en los procesos de vacancia por permanente incapacidad moral.

El juicio político, como lo demuestra la legislación comparada, es, sin lugar a debate alguno, una potestad del Poder Legislativo, como parte de su función de ejercer el control político y la labor fiscalizadora de las ac-

ciones que realizan los funcionarios del gobierno, en salvaguarda de la institucionalidad del país y para atenuar el poder del presidente en un sistema de gobierno presidencialista. Se reconoce por la doctrina que los juicios políticos realizados a los funcionarios del Estado, entre ellos el presidente de la República, ante una grave crisis de gobernabilidad, es el camino institucional, democrático y constitucional para resolver estos conflictos y crisis de naturaleza política, tal como lo señalara Robespierre hace siglos: “una forma de lograr la sanidad política del Estado”. Como lo sostienen la mayoría de los doctrinarios, constitucionalistas y politólogos, en un sistema de gobierno democrático y presidencialista atenuado, como el nuestro, regido por el Estado constitucional de derecho, el equilibrio de poderes del Estado se alcanza de mejor manera incorporando el juicio político como facultad del Poder Legislativo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERLÍN, Francisco (1997). *Diccionario universal de términos parlamentarios*. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- BUSTAMANTE, Reynaldo (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, Perú: ARA Editores.
- CARPIZO, Jorge (2006). “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. Núm. 115.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2015). *Constitución Política del Perú*. Edición Oficial. Lima, Perú.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2016). *Reglamento del Congreso de la República*. Edición Oficial. Lima, Perú.
- Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020). Real Academia de la Lengua Española (RAE).
- EGUIGUREN, Francisco (2017). “La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?”. *Revista Pensamiento Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Perú.

- FAJARDO, Zamir (2014). *El derecho humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional*. España: Tirant lo Blanch.
- FINE, Toni M. (2011). *El juicio político en los Estados Unidos de América*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2008). *El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (con referencia al sistema constitucional peruano)*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GÓMEZ, Cipriano (2006). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. II.
- LANDA, Cesar (2001). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- LANDA, Cesar (2020). *Compendio de sentencias del Tribunal Constitucional sobre el debido Proceso*. Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MOCOROA, Juan (2014). “El juicio político como medida de salud pública”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México: UNAM.
- RODRIGO, Cintia (2014). “Relaciones de gobierno e inestabilidad. El juicio político en la escala subnacional en Argentina”. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*. México: Departamento de Gestión Pública y Departamento de Estudios Políticos y de Gobierno. III (2).
- RUBIO, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política*. Lima, Perú: Universidad Pontificia Católica del Perú (PUCP).
- TARAZONA, Roberto *et al.* (2016). *Derecho parlamentario*. Lima, Perú: Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República del Perú.
- TICONA, Víctor (1999). *El debido proceso y la demanda civil*. Lima, Perú: Rodhas. T. I y II.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Núm. 0006-2003-AIITC –Caso Acción de Inconstitucionalidad, interpuesta por 65 congresistas de la República.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Núm. 0023-2005-PI/TC –Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Núm. 00156-2012-PHC/TC—Caso César Humberto Tineo Cabrera.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Núm. 03433-2013-PA/TC—Caso Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost S.A.).

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Núm. 7289-2005-AA/TC, FJ 5—Caso Princeton Dover Corporation, sucursal Lima, Perú.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Análisis de la normatividad nacional e internacional
sobre el derecho de atención en salud integral de las personas
migrantes venezolanas en situación de irregularidad en Colombia*

*Analysis of National and International Regulations
on the Right to Integral Health Care for Irregular
Venezuelan Migrants in Colombia*

Recepción: 16 de noviembre de 2021

Aceptación: 14 de marzo de 2022

Georgina Isabel DE LEÓN VARGAS**

Mariana Isabel OÑATE CARRILLO***

Jhorman Elí CÁRDENAS AROCA****

RESUMEN: En este artículo se presenta una
revisión de la normatividad nacional e inter-

ABSTRACT: *This article aims to present a re-
view of the national and international regu-*

* Artículo derivado del Proyecto de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, titulado “Caracterización legal, social y percepción sobre atención en salud, estado de salud general y oral de migrantes venezolanos en Cartagena y Barranquilla 2020-2021”, financiado por la Corporación Universitaria Rafael Núñez; igualmente, de este trabajo se derivó un trabajo colaborativo a través de la estancia de investigación UNINÚÑEZ con la Universidad Simón Bolívar, seccional Cúcuta.

** Abogada, magíster en derecho laboral, docente coordinadora de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, líder del Grupo de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez. ORCID: 0000-0002-3277-5930; georgina.deleon@curvirtual.edu.co.

*** Estudiante de V semestre del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, semillero del Semillero SIFAD de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena. ORCID: 0000-0001-8410-2458; monatec13@curvirtual.edu.co.

**** Estudiante de derecho en la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, y de sociología en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia; líder del Semillero de Investigación Holístico de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta. ORCID: 0000-0002-0876-1950; j_cardenas13@unisimon.edu.co.

internacional que fundamenta las garantías del derecho a la salud integral hacia las personas migrantes que se encuentran en situación de irregularidad en el territorio colombiano. Se logró determinar que bajo el marco del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, hoy la salud integral de las personas migrantes en situación de irregularidad debería estar más y mejor garantizada, pero no ocurre así. Se observa que Colombia no ha avanzado de forma constante y eficiente en la concreción de este derecho en su legislación interna, esto a pesar de que lleva varios años enfocando esfuerzos en estos temas.

Palabras clave: derecho a la salud, persona migrante, irregularidad, obligaciones internacionales, desarrollo progresivo.

lations that support the guarantees of the right to comprehensive health for migrants who are in an irregular situation in Colombian territory. It was determined that under the framework of the progressive development of economic, social and cultural rights, today the integral health of migrants in an irregular situation should be more and better guaranteed, but this is not the case. It is observed that Colombia has not made constant and efficient progress in the realization of this right in its internal legislation, despite the fact that it has been focusing efforts on these issues for several years.

Keywords: right to health, Migrant Person, Irregularity, International Obligations, Progressive Development.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Metodología.* III. *Obligación internacional actual del Estado colombiano de brindar servicios de salud completos e integrales a las personas migrantes en situación de irregularidad.* IV. *Normatividad nacional en torno al derecho a la salud de las personas migrantes venezolanas.* V. *Desarrollo normativo en salud frente a la migración venezolana.* VI. *Breves reflexiones filosóficas sobre derechos humanos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Tratar la temática migratoria implica comprender que los seres humanos salen de sus países con sueños de una mejor calidad de vida, ya sea porque su país de origen está afrontando un conflicto bélico o una grave crisis socioeconómica, que logra desestabilizar la base de la sociedad donde interactúan, de manera que la opción que contemplan es salir de su nación en busca de mejores oportunidades.

Colombia es un país que ha evidenciado en diferentes momentos los movimientos migratorios en su territorio, tanto la llegada masiva de per-

sonas migrantes como la salida numerosa de personas nacionales a otros países. Estos antecedentes nos remiten al caso del movimiento migratorio de personas colombianas a Venezuela, el cual era el destino preferido para las personas colombianas y de otras nacionalidades, ya que este país contaba con una de las economías más sólidas de América Latina en 1980 en cuanto a la bonanza petrolera y poseía un PIB per cápita que casi triplicaba al PIB de Colombia, por lo que su atractivo tenía fundamento. En el periodo de 1980 a 1999, personas colombianas emigraban a Venezuela por ser la mejor opción para establecer sus vidas y poder enviar remesas a sus familiares en Colombia que les permitiera una calidad de vida, de acuerdo con información del Instituto Nacional de Estadísticas de Venezuela (INE). Para aquella época hubo un total de 207,686 personas colombianas en Venezuela, debido a la crisis económica y la violencia generada por el narcotráfico que atravesaba Colombia, pero para el 2000, esta cifra comenzó a disminuir con la caída del precio del petróleo y el estancamiento de la economía venezolana (León, 2018).

Por otro lado, encontramos el caso del movimiento migratorio de personas venezolanas al territorio colombiano, que, de acuerdo con el ACNUR, el ritmo de salida de personas venezolanas de su país fue de alta magnitud, pues a finales de 2015 habían salido 695,000 personas, pero a mediados de 2019 la cifra llegó a más de 4 millones, siendo las personas venezolanas fuera de su país uno de los grupos de poblaciones desplazadas más grandes en el mundo, y Colombia es uno de los países con mayor acogida de su población migrante, con una cifra calculada a mediados de 2019 cercana a los 1.3 millones de personas. Eduardo Stein, representante especial de la ACNUR y de la OIM, manifestó que el registro de movilidad migratoria es tan elevado, que incluso es necesario brindar apoyo urgente a las comunidades receptoras de países como Colombia y emprender acciones como la de los gobiernos de la región, los cuales han establecido mecanismos para coordinar su respuesta y facilitar la inclusión legal, social y económica de los ciudadanos venezolanos (ACNUR, 2019).

Por último, el acceso pleno a servicios de salud de las personas migrantes que se encuentran en Colombia es un tema que se ha mantenido en constante estudio antes y durante la pandemia por Covid-19, debido a las barreras sociales y jurídicas que deben enfrentar para acceder de forma efectiva a dichos servicios; pero el grado de vulnerabilidad de

este grupo poblacional aumenta cuando se analiza la situación de las personas migrantes en situación irregular, ya que en Colombia no se vislumbra un sistema jurídico claro que ampare el derecho a la salud de las personas migrantes en situación irregular más allá de una atención médica en casos de emergencia y la tendencia pedagógica de la regularización como único medio para poder acceder a servicios más completos que garanticen integral y verdaderamente su salud y su vida, como el seguimiento médico y la salud oral, a sabiendas que las obligaciones internacionales que ha suscrito Colombia en diversos tratados internacionales apuntan a su deber de garantizar de forma efectiva el derecho a la salud de las personas migrantes sin ninguna distinción o condición de por medio, porque éstas son titulares de los derechos que internacionalmente se les reconocen como persona migrante y como persona humana. Con este panorama, nace la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es el desarrollo jurídico en Colombia para establecer las garantías al derecho de la salud de las personas migrantes venezolanas en situación de irregularidad?

II. METODOLOGÍA

La presente investigación tuvo su desarrollo implementando la técnica de análisis documental que, de acuerdo con C. Sandoval (2002), permite a los investigadores abordar las fuentes de información documentales que facilitan el dominio del campo epistemológico, y para ello se hizo un rastreo de la normatividad nacional e internacional sobre el derecho a la salud de las personas migrantes, enfocado en las personas migrantes en situación de irregularidad; también fue importante la búsqueda de pronunciamientos jurisprudenciales de los jueces nacionales y organismos internacionales como una fuente interpretativa de los instrumentos legales que se encontraron. Para la organización, manejo y comprensión de las numerosas fuentes de conocimiento identificadas fue necesario el uso de una matriz de agrupación o análisis que, según C. Sandoval (2002), es un instrumento para organizar y analizar de forma clara y objetiva los aportes argumentativos de las fuentes de información; con base en ello se obtuvieron ejes temáticos objeto de estudio, categorizadas en un marco nacional y otro internacional.

III. OBLIGACIÓN INTERNACIONAL ACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO DE BRINDAR SERVICIOS DE SALUD COMPLETOS E INTEGRALES A LAS PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD

Revisar el marco jurídico internacional cuando hablamos de los derechos humanos de las personas se vuelve hoy un aspecto importante, pues es el ámbito en el que los Estados han suscrito determinadas obligaciones que no pueden ser ignoradas en situaciones donde se requiere su cumplimiento, especialmente en situaciones de vulnerabilidad, como en la que se encuentran las personas migrantes en situación de irregularidad (Corte IDH, 2003). Investigadores como L. García (2016) han apuntado que el reto del presente siglo es lograr que los países garanticen derechos a las personas migrantes, lo que ha generado que desde hace pocas décadas los Estados comiencen a desarrollar políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas migrantes. Por lo anterior, en este capítulo se abordará una revisión de la normatividad internacional que el Estado colombiano ha suscrito y es aplicable para promover la protección de la vida y la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad.

Al hacer la revisión de la normatividad internacional se encontró la protección a la vida y la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad bajo su carácter de persona migrantes en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aplicable a los trabajadores migratorios, que según su artículo 1o. es “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (ONU, 1990) y que tenga un contrato laboral o trabaje por su propia cuenta. Sobre el derecho a la vida, esta Convención consagra en su artículo 9o. que “El derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley” (ONU, 1990). Por otro lado, en el artículo 28 se protege el derecho a la salud de los trabajadores migratorios en condiciones de igualdad y sin importar su situación de irregularidad, precisando su derecho a acceder a atención médica de urgencia para proteger su vida o daño irremediables a su salud (ONU, 1990).

No obstante, la protección a la que deben acceder las personas migrantes va mucho más allá del anterior Convenio, pues le son aplicables los instrumentos internacionales que protegen la vida y la salud de todas las

personas sin distinción alguna, como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3o. protege el derecho a la vida: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (ONU, 1948). Asimismo, protege el derecho a la salud en su artículo 25.1, consagrando el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia que les permita acceder a la salud y a la asistencia médica (ONU, 1948).

Como se puede leer, el reconocimiento de estos derechos a las personas no depende, en este caso, de su estatus migratorio, y este mismo entendimiento se replica con fuerza vinculante para Colombia en la Convención Americana sobre Derecho Humanos, que frente al derecho a la vida dispone en su artículo 4.1 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (OEA, 1969), y casi idénticamente se expone lo mismo en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (ONU, 1966).

Ahora bien, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la vida de todas las personas se encuentra protegido por el artículo 11.1, precisando que todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado y a mejoras constantes a sus condiciones de existencia (ONU, 1966), y respecto al derecho a la salud, el artículo 12 expone que los Estados deben proporcionar el más alto nivel posible de salud física y mental de todas las personas, pero especialmente prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, y permitir que todas las personas puedan acceder a servicios médicos cuando enfermen (ONU, 1966).

Hasta este punto, la simple revisión de la normativa internacional señala que las personas migrantes deben tener protección a su vida y a la salud en países como Colombia por su carácter migratorio, pero también por su innegable carácter de persona humana, y no sólo eso, sino al nivel más alto de salud, por lo que cabe formular el siguiente cuestionamiento: ¿la atención médica en casos de urgencia brinda la protección efectiva del más alto nivel de salud de una persona migrante irregular, teniendo en cuenta su alto grado de vulnerabilidad?

Frente a este libelo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000), en su Observación General número 14, explicó los parámetros de protección que implica el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud”, contenido en el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966). Esta Observación General parte de reconocer que el derecho a la salud es un derecho esencial para poder ejercer el resto de los derechos humanos y que su efectividad requiere incluso de diversos procedimientos complementarios, bienes, servicios y condiciones necesarias, por lo que esta expresión precisa un derecho que va más allá de una atención a salud y de la ausencia de enfermedad, ya que busca un completo bienestar físico, mental y social. Asimismo, el disfrute del más alto nivel posible de salud reúne varios presupuestos para su materialización, dos de ellos realmente importantes frente a las personas migrantes: accesibilidad y no discriminación e igualdad de trato (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

Frente a estos elementos, el Comité estableció que los centros de salud, sus servicios e instrumentos médicos de los Estados parte del Pacto deben estar al alcance de todos sin discriminación alguna, sobre todo para las personas que forman parte de poblaciones vulnerables y sus medidas deben manejar enfoques especiales para responder a las diferentes necesidades de los hombres, mujeres, niños y demás grupos, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales que los protegen, como también tiene una relación directa con que las personas tengan “acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000). Con estos parámetros, resulta evidente que la atención médica de urgencia para personas migrantes en situación de irregularidad no es compatible con el disfrute del más alto nivel posible de salud al que Colombia se ha comprometido internacionalmente a brindar sin discriminación alguna.

Con una interpretación similar del mismo año, la Asamblea General de las Naciones (2000) ha abordado el tema en la resolución sobre “Protección de los migrantes”, donde reiteró que los países deben proteger los derechos humanos de las personas migrantes, sobre todo de las mujeres y los niños, sin importar cuál sea su situación jurídica, lo que conlleva un trato humano frente a su asistencia y protección.

Ahora bien, siendo mucho más específico con la protección del derecho a la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad, la

Corte IDH (2003), en la Opinión Consultiva OC 18/03 que versa sobre la condición jurídica y derechos de las personas migrantes indocumentadas, estableció que las políticas en el ámbito de la migración deben respetar los derechos humanos, y que los Estados no deben generar distinciones contrarias a la objetividad, proporcionalidad y razonabilidad en su formulación o ejecución, pero que también tienen la obligación de cumplir los tratados internacionales que se puedan aplicar en cualquier situación a la persona migrante. Cumplir con estos parámetros interamericanos, de acuerdo con la Corte IDH, implica más allá que el ordenamiento jurídico sea compatible con el derecho internacional, sino que vincula a los órganos y funcionarios de todos los poderes del Estado para que el ejercicio de cualquiera de sus funciones guarde consonancia con el derecho internacional aplicable.

En el mismo sentido, la Corte IDH (2012), en la sentencia del *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, estableció que la atención médica en casos de emergencia, bienes y servicios de salud debe ser accesible en todo momento para las personas migrantes en situación irregular, que la atención sanitaria debe ser integral tomando en cuenta sus necesidades como grupo vulnerable, y que cualquier restricción por motivos discriminatorios está prohibida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento jurisprudencial se puede observar una contradicción capital y un avance, ya que, por un lado, nueve años después de la Opinión Consultiva 18/03 se sigue reiterando a la atención médica de urgencia como el eje gravitacional del derecho a la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad, y por otro, nos introduce el concepto de atención médica integral, que se ve limitada por el primer planteamiento.

Vale la pena recordar que, hace 11 años, el relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes presentó su informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en el que abarcó, entre varios temas, el derecho a la salud de las personas migrantes, y expuso un argumento capital que, al día de hoy, no se le ha dado la trascendencia que merece en el derecho internacional y nacional.

Su informe en la temática comenzó explicando que los Estados frecuentemente supeditan el acceso a servicios en salud de acuerdo con la situación de regularidad de la persona migrante, comprometiéndose a brindar atención médica de urgencia a las personas migrantes en situación de irregularidad, lo cual, desde la perspectiva de los derechos humanos, no tiene

sustento y tampoco desde la protección de la salud pública nacional, ya que no permitir el acceso a la atención en salud preventiva y primaria podría generar riesgos sanitarios para las personas migrantes como para la población de acogida, y en estos eventos, con una atención más allá de la de urgencias, podría reducir los costos del sistema sanitario, como también contrarrestar la automedicación y la agravación de las enfermedades, con el que el sistema de urgencias debe cargar (Consejo de Derechos Humanos, 2010).

En este punto de la revisión normativa, debe saltar a la vista el componente jurídico que configura el aporte innovador de esta investigación a los ámbitos internacional como nacional frente al derecho a la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad, y se trata de la utilidad del desarrollo progresivo de los DESC en la realización de una atención médica completa e integral hacia las personas migrantes en situación de irregularidad a la que Estados como Colombia están hoy obligados a brindar. Así, en la normatividad internacional el desarrollo progresivo lo podemos encontrar en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla el compromiso de los Estados parte de trabajar progresivamente en la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con los recursos con los que cuenta y utilizando las vías internas que sean necesarias (OEA, 1969).

Asimismo, la Corte IDH ha abordado el vínculo indisoluble entre el desarrollo progresivo y el derecho a la salud. En la sentencia del *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* (Corte IDH, 2018), el ente jurisdiccional señaló que el desarrollo progresivo de los DESC a que se refiere el artículo 26 de la CADH implica, por un lado, acciones inmediatas por parte de los Estados, siendo efectivas y fundamentadas para permitirle a todas las personas, sin discriminación alguna, el acceso a la realización de sus derechos. Por otro lado, el desarrollo progresivo también implica que las acciones de los Estados, en la realización plena de ciertos derechos, pueden ser progresivas y constantes en el tiempo, sin plazos determinados más allá de propender por avances expeditos y eficaces, pero ello no significa que los Estados puedan generar medidas que desmejoran derechos o tengan la facultad para dejar la completa concreción de los derechos DESC indefinida en el tiempo, sobre todo si se tiene en cuenta que han pasado casi 40 años desde que entró en vigor la CADH.

En este mismo caso, la Corte IDH (2018) aclara que el derecho a la salud forma parte de los DESC que el artículo 26 de la CADH busca proteger, y, por lo tanto, obliga a los Estados a regular el servicio de salud de su país para que se brinde de forma igualitaria y sin discriminación, asegurando su “disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad”, así como a crear políticas de atención diferencial a grupos vulnerables. De esta manera, podemos vislumbrar una interpretación más protectora por parte de la Corte IDH que la manifestada en 2012 en el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012).

Otro caso de la Corte IDH que permite respaldar la propuesta innovadora de esta investigación es el *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018), donde se abordó no sólo la relación entre el desarrollo progresivo y el derecho a la salud, sino que también integra la categoría situacional de una pandemia, pues se señaló que proporcionar los medicamentos a las personas con enfermedades pandémicas, como VIH, tuberculosis y paludismo, contribuye a alcanzar el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Se hace una clara referencia a las obligaciones frente a la salud que están a cargo del Estado en virtud del artículo 10 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988), sobre el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social de toda persona, al ser considerada un bien público, pero especialmente a las medidas que se refieren a una total inmunización a las enfermedades infecciosas más relevantes y la cobertura de las necesidades de salubridad de los grupos más vulnerables.

Pasar de una atención médica de urgencia a una atención médica integral para las personas migrantes venezolanas en situación irregular se encuentra también respaldado por el postulado del desarrollo progresivo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expuso en su Observación General número 14 (2000) como una obligación de los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que, de acuerdo con su artículo 2.1, cada Estado debe utilizar hasta el máximo de sus recursos para lograr progresivamente la efectividad de los derechos de este instrumento, lo que implica medidas económicas, técnicas, legislativas y de cooperación internacional (ONU, 1966).

Frente al postulado del desarrollo progresivo en materia de salud, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) enmarca

una obligación que recae en los Estados para avanzar de la forma más eficaz a la completa realización del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que trata sobre el derecho de toda persona a tener el más alto nivel posible de salud física y mental, que significa también un uso efectivo de los recursos de los que dispone para crear avances en este derecho, por lo que no se admiten acciones regresivas que desmejoran las garantías que ya se estaban aplicando, a menos que el Estado haya justificado suficientemente su actuar en seguimiento de los lineamientos del Pacto.

Con todo lo anterior, tenemos perfectamente claro que el Estado colombiano, en el desarrollo progresivo del derecho a la salud, no sólo está obligado a usar hasta el máximo de los recursos que disponga, sino también que toda persona debe tener el más alto nivel posible de salud física y mental. Han pasado 49 años desde que el Congreso colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), a través de la Ley 16 de 1972 (Congreso de la República); han pasado 53 años desde que se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), a través de la Ley 74 de 1968 (Congreso de la República), y 21 años desde que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó la Observación General número 14 (2000), por lo que el Estado colombiano ha dispuesto de más de medio siglo para llevar a cabo sus obligaciones progresivas frente al derecho a la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad, el cual hoy debería ir más allá de la atención médica de urgencia.

IV. NORMATIVIDAD NACIONAL EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES VENEZOLANAS

Colombia, al ser un Estado social de derecho, tiene un compromiso en cuanto al cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de las personas, ya que dentro de la base de nuestro ordenamiento constitucional se encuentra la dignidad de las mismas, de ahí que nuestro país le confiere especial relevancia a los tratados de derechos humanos, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12, numeral 1, estipula que los Estados parte del Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De igual manera, el artículo 49 de nuestra carta magna es

muy enfático y claro en relación con el derecho a la salud, al mencionar que es deber del Estado garantizar a todas las personas la prestación de servicios de salud. La Corte Constitucional en la Sentencia T- 571 de 1992 ha sostenido que la salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente, en aras de una igualdad real y efectiva, en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P., artículo 13, inciso 3o.). Este derecho busca, además, y en forma primordial, el aseguramiento del derecho fundamental por naturaleza: la vida (C.P., artículo 11), por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en aras de su efectiva protección (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Esto evidencia el compromiso del Estado en torno a este derecho y su garantía para todos los habitantes del territorio sin importar su condición, ratificando múltiples instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, los cuales gozan de preferente rango normativo, y es de especial interés nacional dar cumplimiento a los principios y normas allí contenidos, por medio de herramientas jurídicas complementarias al régimen internacional que garanticen su efectiva protección y permitan la materialización de dichos derechos (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2021). Esto nos lleva a un proceso nuevo en la historia de nuestro país, ya que, como se comentaba, se ha presentado una migración masiva por parte de la comunidad de la República Bolivariana de Venezuela, representando para Colombia un nuevo desafío para afrontar de manera responsable este fenómeno, por lo que desde 2014 se formuló el plan Fronteras para la Prosperidad, con acciones de todos los sectores, incluyendo la salud (Departamento Nacional de Planeación, 2014).

La Corte Constitucional, en este sentido, ha señalado en la Sentencia C-416 de 2014 que en lo referente a las personas migrantes extranjeras el ámbito de acción y las competencias del Estado colombiano son altos y significativos; del mismo modo, que éstas merecen el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2014). Ahora bien, pese a dichos esfuerzos del sistema de salud colombiano para asegurar la atención médica a estas personas, en la práctica se presenta una serie de desigualdades para el acceso a la misma, ya que sólo los migrantes en condición regular, es decir, aquellas perso-

nas venezolanas que ingresaron al país por alguno de los puestos de control fronterizo, con observación plena de la normatividad vigente, logran obtener una atención integral de la salud, e incluso aquellos que cuenten con el permiso especial de permanencia pueden afiliarse al SGSSS, ya sea como dependientes o independientes; si sus condiciones socioeconómico no les permiten realizar aportes al SGSSS, pueden solicitar la aplicación de la encuesta SISBEN y si llenan los criterios, pueden afiliarse al régimen subsidiado (MinSalud, 2019). De esta situación nace la pregunta ¿qué sucede con los migrantes en condición de irregularidad? Pues bien, se toma como referencia lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, los cuales indican que la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago.

Es decir, a las personas venezolanas en condición de irregularidad se les garantiza el acceso a urgencias. Dicho mandato se reafirma en los artículos 10 y 14 de la Ley 1751 de 2015, al referirse a los derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación de servicios de salud, frente a la atención de urgencias, y en el Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.5.3.2.2, en relación con la obligatoriedad de la atención de las urgencias por parte de todas las IPS, “independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes de este servicio” (MinSalud, 2019).

Mediante la Sentencia SU-677 de 2017, la Corte indicó que el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitada. No obstante, enfatizó que el principio de solidaridad en situaciones de crisis humanitarias, como la derivada de un alto flujo migratorio, impone la obligación de atender las necesidades más apremiantes de estos individuos a fin de respetar sus derechos a la vida digna y a la integridad física. Así las cosas, resaltó que todo extranjero que se encuentre en el país tiene derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física derivada del deber de asistir humanitariamente a las personas de otros países que se encuentren en condición de vulnerabilidad (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Sin embargo, y tomando como referencia lo mencionado en la Sentencia T-210 de 2018, los Estados, de acuerdo con el derecho internacional, deben

garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no sólo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública. No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y algunos desarrollos recientes de *soft law* sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido, con fundamento en el principio de no discriminación, que *a*) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, *b*) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas, especialmente, y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atenten contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

V. DESARROLLO NORMATIVO EN SALUD FRENTE A LA MIGRACIÓN VENEZOLANA

<i>Resolución / Decreto</i>	<i>Denominación</i>
Decreto 1770 de 2015 / Decreto 1978 de 2015	El gobierno de Colombia declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en parte del territorio nacional. En desarrollo de tal declaratoria, se expidió el Decreto 1978 de 2015, por medio del cual se establece la habilitación excepcional de empresas promotoras de salud del régimen subsidiado-EPSS intervenidas, en los municipios de frontera.
Decretos 1768 de 2015, 1495 de 2016 y 2228 de 2017	Se define a la población de migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República bolivariana de Venezuela como población especial y prioritaria y donde se ordena su afiliación al régimen subsidiado del SGSSS a través de listados censales a cargo de los municipios o distritos donde se encuentren ubicados.

Resolución 5246 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social	Se establecen los responsables de la generación, consolidación y reporte de los listados censales de las poblaciones especiales y se definen los términos, estructura de datos, flujo y validación de la información.
Resolución 3015 de 2017	Se incorpora el PEP como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social.
Decreto 866 de 2017	Se regula la atención a urgencias de personas inmigrantes, aclarando que no es solamente para nacionales venezolanos; de igual manera, se destinan una fuente de recursos del orden nacional para complementar el esfuerzo de las entidades territoriales.
Circular 012 / modificada por la Circular 029	Se exige a las IPS de todo el territorio nacional el reporte mensual de las atenciones realizadas a personas extranjeras, tanto al Ministerio de Salud y Protección Social como también a la entidad territorial departamental o distrital.
Circular 025 de 2017	Es emitida con el fin de fortalecer la gestión de salud pública en las entidades territoriales receptoras de población migrante desde la República Bolivariana de Venezuela.
Circular 006 de 2018 del MSPS	Se dan instrucciones específicas para la prevención, atención, vigilancia y control para evitar la introducción o aparición de casos de sarampión y rubeola en el país y acciones de sanidad portuaria.
Circular 020 de 2018 del MSPS	Se especifica el uso de recursos de transferencias realizados por este Ministerio con cargo a los recursos del FOSYGA (administrado actualmente por el ADRES) de vigencias anteriores, los cuales se podrán destinar para el pago de las deudas por servicios y tecnologías en salud no cubiertas con cargo a la UPC del Régimen Subsidiado.

FUENTE: (MinSalud, 2019).

Ahora bien, en el último informe realizado por Migración Colombia sobre la distribución de los migrantes venezolanos en el país, se encontró que actualmente hay 1,742,297 venezolanos en territorio colombiano, de los cuales 759,584 están en condición de regularidad y 983,343 en condi-

ción de irregularidad (Migración Colombia, 2021). De esto se infiere que predomina, en gran medida, la población migrante en situación de irregularidad, sumándole a eso la problemática que trajo consigo la pandemia del Covid-19; muchos de ellos no podían acceder a los servicios de salud ofertados por el Estado colombiano, lo que volvía a poner en tela de juicio ese compromiso internacional que tiene el país en cuanto a la salud como derecho inalienable y universal. Debido a esto, se creó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el cual, según información brindada por el portal de Migración Colombia, es un mecanismo que permite que durante un periodo fijo de tiempo se brinde protección a la población migrante venezolana con el fin de permitir un proceso de regularización de aquellos que se encuentren en Colombia, dándoles la posibilidad de pasar al régimen ordinario y tramitar sus visas de residencia para contar con su cédula de extranjería.

Este Estatuto beneficiará a los migrantes en situación regular que cuenten con alguno de los siguientes documentos: permiso de ingreso y permanencia (PIP), permiso temporal de permanencia (PTP), permiso especial de permanencia vigente (PEP) o salvoconducto de permanencia SC-2. De igual manera, beneficiará a los migrantes en situación migratoria irregular que ya se encontraban en el país al 31 de enero de 2021, y que puedan aportar pruebas de haber ingresado antes de la entrada en vigor del Estatuto. Asimismo, beneficiará a los migrantes que ingresen de manera regular, sellando su pasaporte en un puesto de control migratorio hasta el 24 de noviembre de 2023 (Migración Colombia, 2021).

Las personas deben inscribirse en el Registro Único de Migrantes Venezolanos bajo el régimen de protección temporal, mediante el cual se recaudará y actualizará información para la formulación y diseño de políticas públicas a través del Proyecto RIC (Registro, Identificación y Control) de Migración Colombia. Este Estatuto se realizará en tres fases. La primera, que todavía sigue en marcha, consiste en crear un Registro Único de Migrantes Venezolanos para identificarlos y caracterizarlos, el cual se ha estado realizando de manera virtual, y a la fecha (27 de septiembre de 2021) se han registrado 1,271,898 personas. En la segunda fase se realizará un registro biométrico de manera presencial, con citas asignadas a partir del registro anteriormente creado. Estos registros se empezaron a realizar en septiembre y a la fecha (27 de septiembre de 2021) se han agendado 1,090,967 citas (Migración Colombia, 2021).

De igual manera, en lo transcurrido del presente año se han realizado jornadas de vacunación en las distintas ciudades del país a la población migrante venezolana, sin importar su condición; de hecho, el ministro de salud y protección social, Fernando Ruiz Gómez, con el fin de proteger a la población colombiana del Covid-19, mencionó que el gobierno nacional diseñó un programa especial para inmunizar a los migrantes que se encuentran de manera irregular en Colombia.

El jefe de la cartera habló del reto de salud pública con esta población migrante no nominalizada y no identificada. “Acordémonos que hay que aplicarles una segunda vacuna, porque la mayoría de las vacunas vienen en dos dosis. Entonces, el reto aquí es identificar y tener la certeza de que esa población se va a vacunar y revacunar, que la podemos realmente ubicar con su lugar de residencia”, dijo.

Pese a la situación de irregularidad, sumada a la condición nómada que viven algunas personas migrantes en el país, Ruiz Gómez aseguró que “están siendo sujetos de un programa que se está diseñando con Cooperación Internacional, porque la vacunación puede ser mucho más compleja” por los factores mencionados que permitan seguimiento, sumado a la disponibilidad del biológico (MinSalud, 2021).

Según el portal Radio Nacional de Colombia (RTVC), el 30 de octubre de 2021, el presidente Iván Duque informó que desde el 10 de noviembre de ese año, todos los migrantes venezolanos residentes en Colombia ya inscritos en el Estatuto Temporal de Protección entrarían en los ciclos de vacunación de ese país (Radio Nacional de Colombia, 2021). Sin embargo, esto ya se venía cumpliendo para los migrantes venezolanos, aunque estuvieran en situación de irregularidad, puesto que el 8 de octubre empezaron a funcionar cinco puntos en Bogotá para vacunar contra el Covid-19 a 2500 migrantes venezolanos irregulares al día (*El Tiempo*, 2021). En el mismo sentido, el martes 26 de octubre, se publicó en el diario *La Opinión de Cúcuta* que sin importar el estatus migratorio, los venezolanos podían acercarse a cualquier punto de vacunación y mostrar un documento que los identificara, sin necesidad de aparecer priorizados en la página Mi vacuna o de censarse en la alcaldía de la ciudad en que residan (*La Opinión*, 2021).

Posteriormente al anuncio del presidente Duque, pero haciendo eco de pronunciamientos anteriores de esta entidad, la Dirección de Promoción y Prevención del Ministerio de Salud y Protección Social hizo una invitación a todos los migrantes venezolanos a acercarse a puntos de vacuna-

ción, no sólo para obtener la vacuna del Covid, sino cualquiera de los 21 biológicos que protegen contra 26 enfermedades y que forman parte del esquema de vacunación nacional para niños.

Como explica Claudia Cuellar, subdirectora de enfermedades transmisibles, según apareció en *Hoy Diario del Magdalena*, el 12 de noviembre del 2021, “es muy importante que los migrantes que viven en el país sepan que pueden acceder a todas las vacunas que, desde el Ministerio de Salud, hemos dispuesto en todo el territorio nacional; no importa su condición migratoria, ya que nuestro principal objetivo es minimizar riesgos en salud pública” (*Hoy Diario Magdalena*, 2021).

Así, podemos ver que, junto con el proceso de formalización de los migrantes venezolanos, también hay un esfuerzo por parte del Estado colombiano, desde el Ministerio de Salud y las secretarías regionales, por hacer valer el derecho a la salud de esta población sin importar su condición migratoria.

VI. BREVES REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Ver a los derechos humanos desde el punto de vista de su génesis es encontrar una fundamentación filosófica de éstos, como aquellos que tiene el hombre por el mero hecho de serlo, aunque han sido positivados en varias generaciones, pero siguen teniendo un carácter natural, o por lo menos más allá de la simple positivación. También estos derechos, por el mismo hecho, tienen un llamado a la universalidad; es decir, no solamente pertenecen al hombre por su propia naturaleza, sino que además pertenecen a todos los hombres en todas partes.

Los derechos humanos son la tutela y la garantía tanto de los individuos como de las comunidades nacionales y supranacionales. Esta afirmación se ha de considerar como una premisa para ser desarrollada sumariamente en las siguientes líneas. Una de las consideraciones más importantes que se puede hacer en torno a sus fundamentos jurídicos es la conciencia adquirida que se tiene de los derechos humanos en la época actual. En su elaboración y aplicación discuten no sólo los especialistas, filósofos y juristas, sino también periodistas, quienes frecuentemente publican artículos que desafían en agudeza y competencia los ensayos de los expertos, con la participación, de igual forma, de la opinión pública y del sentido común.

Anteriormente se ha escrito que la expansión del campo de intereses de los derechos humanos, más allá de sus confines naturales, puede generar confusión entre el ser y el no ser de los mismos. Tal vez se puede caer en la generalidad al identificar los derechos humanos con el intercambio de cualquier clase o especie de derecho que sirven de fundamentos para la tutela y garantía de la vida en común. Eso puede ocurrir no sólo por parte de personas no expertas en la materia, sino también por juristas y filósofos. Se trata de una confusión cuya causa es comprensible, aunque obviamente no es justificable, ya que el fenómeno se origina en virtud de la verdad de hecho que cualquier derecho tiene con referencia al hombre. De igual manera, en el caso de que su objeto sea la naturaleza en la multiplicidad de sus formas constitutivas. Pero el fenómeno, si es negativo, es índice de confusión, y si es positivo, es la confirmación de la propagación de una conciencia sobre los derechos humanos.

Ante situaciones de peligro, el hombre invoca la intervención de los máximos valores terrenos o ultraterrenos, ya que la crueldad de los conflictos colectivos hace más urgente la necesidad de reivindicar medidas que procuren las condiciones indispensables para solucionar las dificultades y los sufrimientos de la vida en común.

Se clama en voz alta la búsqueda, la consecución de los modos y las instituciones necesarias y suficientes para mantener bajo un cierto nivel de control la insurgencia humana, con una invocación que reasuma alternativas posibles para la liberación de la necesidad a través de una sola palabra: transformación. Esta transformación se dirige indiscutiblemente a la generación y aplicación de una renovación jurídica que se identifica con los derechos humanos.

Es aquí, a partir de esta exigencia de transformación interna e internacional, que se inicia la lucha entre lo nuevo que se perfila por medio del progreso y lo viejo que se debate por la supervivencia. Es de esta manera que se encuentran las razones de esa conciencia con la cual se propagan los derechos humanos. ¿Es superfluo repetir y recordar que en el pasado remoto se han adquirido a lo largo de la historia de la civilización derechos civiles y políticos, mediante cruentos conflictos que se radicalizaron en tres revoluciones: la inglesa, la americana y la francesa; los derechos económicos y sociales con una violencia política devastadora en una difícil revolución como lo fue la rusa? ¿Es superfluo repetir y recordar que sólo con la culminación del segundo conflicto mundial, descomunal y terrible

por tantos motivos, no sólo por el uso de la bomba atómica, es que los derechos humanos han conducido a la liquidación del colonialismo?

Estos recuerdos que emergen a la conciencia deberían enseñarnos que la violencia, o también la violación de las instituciones de la vida en común, ingresa en la praxeología de los derechos humanos. Éstos, que se afirman como operadores del pasaje entre lo nuevo y lo viejo, no pueden dejar de acompañarse de un hacer que surge del conflicto entre el venir a la vida de uno y el no morir del otro. Si prescindimos de las situaciones de sufrimiento que genera la producción de innovaciones y la falta de dirección de las instituciones hacia lo nuevo, vemos que la historia de la emancipación de los pueblos tiene un ritmo constante en el que la reivindicación de los derechos humanos se acompaña de copiosas lágrimas, incluso hasta de sangre. Los derechos humanos son la conciencia y la autoconciencia de la grandeza que las personas pueden tener como individuos y como comunidades, con la investidura de las instituciones resultantes de la ruptura más o menos integral o parcial, más o menos sanguinaria o dolorosa del derecho existente que a veces reprime las fuerzas sociales emergentes. Será conveniente profundizar y completar esta definición con la conclusión de un juicio que evoque cualquier reminiscencia protagórica. Los derechos humanos son la medida de la emancipación del individuo y de los pueblos en la historia de la civilización por efecto de un “hacer” que surge de las dificultades para obtener la tutela y garantía, y para el disfrute y utilización de los poderes inalienables adquiridos por medio de la conciencia y en la autoconciencia de los seres sociales.

VII. CONCLUSIONES

Lo realizado hasta el presente momento en la investigación ha permitido concluir parcialmente la pertinencia del tema sobre el derecho a la salud integral de las personas migrantes en situación de irregularidad, pues tiene relación con el objetivo de desarrollo sostenible número 3 sobre salud y bienestar, especialmente en la meta 3.8 relativo a la necesidad de una cobertura sanitaria y accesos a servicios de salud universal. De la revisión internacional sobre los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado emerge una conclusión irrefutable: a través del postulado del desarrollo progresivo de los derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales, donde se ubica el derecho a la

salud, el Estado colombiano está actualmente en la obligación de prever en su legislación interna la garantía del derecho a la salud de las personas migrantes en situación de irregularidad, estamentos que deben ser concretados urgentemente teniendo en cuenta que han pasado poco más de 50 años en los que no ha habido avances en la materia.

Por último, en lo referente a la legislación nacional se logra observar que el acceso a la salud para las personas migrantes venezolanas en gran medida es posible, dependiendo de su situación, ya que si su condición es regular o irregular así también será el acceso a la misma, lo cual ponía en tela de juicio dicho compromiso promulgado por el Estado, ya que al consagrarnos como un Estado social de derecho se ratificó ese compromiso de velar y garantizar los derechos fundamentales de las personas sin importar su condición; esto logró identificar falencias en cuanto a la garantía del derecho a la salud para las personas migrantes venezolanas en estado de irregularidad, a las que sólo se les aseguraba el acceso a urgencias; es por eso que en 2020, el presidente Iván Duque Márquez promulgó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, a través del cual durante un periodo fijo de tiempo se le brindará protección a la población migrante venezolana con el fin de permitirles un proceso de regularización y, asimismo, garantizarles de manera efectiva sus derechos.

VII. REFERENCIAS

- ACNUR (2019). “Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR y OIM”. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html>.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2000). Observación General núm. 14. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher/CESCR/GENERAL,,47ebcc492,0.html>.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1968). Ley 74. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966”.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1972). “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2010). *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1992). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-571-92.htm#:~:text=El%20reconocimiento%20del%20derecho%20a,salud%20es%20un%20derecho%20fundamental>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-416-14.htm>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2017). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU677-17.htm>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2018). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-210-18.htm>.
- CORTE IDH (2003). Opinión Consultiva OC-18/03. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.
- CORTE IDH (2012). *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.
- CORTE IDH (2018). *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.
- CORTE IDH (2018). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2014). *Prosperidad para las fronteras de Colombia-CONPES 3805*. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3805.pdf>.
- El Tiempo* (2021). “Bogotá comienza vacunación contra el Covid-19”. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/bogota/puntos-de-vacunacion-contra-el-covid-19-para-venezolanos-en-bogota-623866>.
- GARCÍA, L. (2016). “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”. *Colombia*

- Internacional*. Disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/colombiaint88.2016.05>.
- Hoy Diario Magdalena* (2021). “Venezolanos deben acudir a vacunarse”. Disponible en: <https://www.hoydiariodelmagdalena.com.co/archivos/593072>.
- La Opinión* (2021). “Migrantes irregulares ya pueden vacunarse en Norte de Santander”. Disponible en: <https://www.laopinion.com.co/migracion/migrantes-irregulares-ya-pueden-vacunarse-en-norte-de-santander>.
- LEÓN, G. de (2018). “Diáspora venezolana, Cartagena más allá de las cifras”. Universidad de Cartagena. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2150>.
- MIGRACIÓN COLOMBIA (2021). Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/>.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2021). Decreto número 216 de 2021. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf>.
- MINSALUD (2019). *Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio*. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/plan-respuesta-salud-migrantes.pdf>.
- MINSALUD (2021). *Colombia trabaja en programa de vacunación para migrantes irregulares*. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-trabaja-en-programa-de-vacunacion-para-migrantes-irregulares-.aspx>.
- OEA (1988). Protocolo de San Salvador. Disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/pronaledh/images/stories/1988_ProtocoloSanSalvador_convam.pdf.
- ONU (2000). Resolución 54/166. Protección de los migrantes. Disponible en: <https://studylib.es/doc/2175067/a-res-54-166---protecci%C3%B3n-a-migrantes--febrero-2000>.
- RADIO NACIONAL DE COLOMBIA (2021). *Migrantes inscritos en el ETPV podrán acceder a vacunas contra la Covid-19*. Disponible en: <https://www.radionacional.co/actualidad/salud/migrantes-inscritos-en-el-etpv-podran-acceder-vacunas-covid-19>.
- SANDOVAL, C. (2002). *Investigación cualitativa*.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Disfuncionalidades do modelo institucional liberal: juristocracia e *backlash*

Dysfunctionalities of the Liberal Institutional Model: Juristocracy and Backlash

Recepción: 8 de noviembre de 2021

Aceptación: 27 de enero de 2022

Melina Carla DE SOUZA BRITTO*

Claudia Maria BARBOSA**

RESUMO: O constitucionalismo contemporâneo promove a expansão e a abertura do texto constitucional, ampliando a discricionariedade do Judiciário, tornando insuficiente a clássica separação de poderes, essência do constitucionalismo liberal. A juristocracia e o *backlash* são fenômenos associados à expansão do Judiciário e à crise do constitucionalismo liberal, sendo indicativos da insuficiência do modelo institucional liberal adotado pelo constitucionalismo contemporâneo. Utiliza-se neste artigo o método dedutivo e a técnica de pesquisa documental indireta, notadamente a bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que a juristocracia

ABSTRACT: Contemporary constitutionalism promotes the expansion and opening of the constitutional text, expanding the discretion of the Judiciary, making the classic separation of powers, the essence of liberal constitutionalism, insufficient. Juristocracy and backlash, which are associated with the crisis of liberal constitutionalism, are indicatives of the insufficiency of the liberal institutional model adopted by contemporary constitutionalism. This article uses the deductive method and the indirect documentary research technique, notably the bibliographic, and jurisprudential. We conclude that juristocracy and backlash are expres-

* Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Brasil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (Uniderp) e em Direito Público pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1558310047406116>. ORCID: 0000-0001-7699-6957; melina.britto.adv@gmail.com.

** Pós-doutorado na Universidade de Coimbra, Portugal e na York University, Canadá. Professora titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0016091493799961>. ORCID: 0000-0002-7055-9403; claudia.barbosa@pucpr.br.

e o *backlash* são expressões indicativas da fragilidade do arranjo institucional liberal e recolocam em discussão a tradicional tensão liberal entre contramajoritarismo e majoritarismo (entre constitucionalismo e democracia), fazendo emergir a necessidade de novos arranjos institucionais.

sions of the fragility of the liberal institutional arrangement, bringing into discussion the traditional liberal tension between countermajoritarianism and majoritarianism (between constitutionalism and democracy) and the need for new institutional arrangements.

Palavras-chave: constitucionalismo, juristocracia, *backlash*, arranjos institucionais.

Keywords: *constitutionalism, juristocracy, backlash, institutional arrangements.*

SUMÁRIO: I. *Introdução: o modelo institucional liberal e a gradativa expansão do Judiciário.* II. *A juristocracia e a obsolescência do modelo institucional liberal.* III. *O backlash e a obsolescência do modelo institucional liberal.* IV. *Um modelo ultrapassado e a necessidade de novos arranjos institucionais.* V. *Considerações finais.* VI. *Referências.*

I. INTRODUÇÃO: O MODELO INSTITUCIONAL LIBERAL E A GRADATIVA EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

Para a análise do modelo institucional liberal é possível agrupar características importantes relacionadas ao constitucionalismo liberal e ao Estado liberal. É sabido que dentre os objetivos do próprio constitucionalismo está a garantia de liberdades e de direitos fundamentais. No que diz respeito ao constitucionalismo liberal, suas noções identificadoras-base são o princípio da separação de poderes e garantia de direitos como limitação do exercício do poder do Estado, com a finalidade de se proteger direitos fundamentais (Novelino, 2013: 18). Por intermédio deste parâmetro de identificação, pode-se afirmar que o constitucionalismo se estabeleceu com a finalidade de assegurar as políticas existentes por meio da ideia de governo misto e limitado (Rossi, 2011: 142).

Buscando-se um equilíbrio entre poder e liberdade, o constitucionalismo liberal reage ao regime absolutista no final do século XVIII com as revoluções liberais francesa e americana. A fase é marcada por um Estado com características abstencionistas, atrelada “ao desenvolvimento do

positivismo jurídico e de um modelo político de Estado sob o qual se desenvolveu a ideologia do liberalismo, não apenas de cunho político, mas, principalmente, de cunho econômico” (*ibidem*, 143). É nesse período em que se legitimam os primeiros direitos fundamentais do homem, direitos vinculados ao valor liberdade. Também é nesse momento histórico em que se destaca a ideia de Estado mínimo e que se fortalece a noção de “poder constituinte” e de “governo representativo” (*ibidem*, 142).

É núcleo do modelo institucional liberal a teoria da separação de poderes. Das teorias que buscaram compreender o papel do governo na sociedade, com o intuito de limitar e controlar o exercício do poder estatal, a da separação de poderes foi de significativa importância. O seu fundamento teórico é anterior à obra *Do espírito das leis* (Montesquieu, 2001), sendo construída ao longo da história por filósofos como Aristóteles, Bolingbroke e Locke (Vile, 1998: 87).

No tempo moderno, é dela que decorre a noção de que para o estabelecimento e a manutenção da liberdade política é essencial a divisão do governo nos ramos Executivo, Legislativo e Judiciário. Com base nos fundamentos da doutrina pura da separação de poderes, Montesquieu a combinou com a ideia de “governo misto” e de *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) com o objetivo de preservar o valor liberdade, vez que acreditava que o homem tende, naturalmente, a abusar do poder. Em outras palavras, além de dividir o poder estatal em departamentos independentes, Montesquieu trouxe à tona o sistema de *checks and balances*, que serve de autolimitação ao poder estatal: “a cada ramo foi dado o poder de exercer um certo controle direto sobre os outros, autorizando-o a desempenhar um papel, embora limitado, no exercício das funções do outro” (*ibidem*, 19 e 20, tradução nossa).

Embora a base da doutrina da separação de poderes ainda subsista, pelo menos como modelo teórico, é certo que a interdependência entre os Poderes de Estado acentua-se cada vez mais, ficando fluidos os limites da tipicidade e da atuação de um Poder sobre o outro. Países com distintas tradições jurídicas e políticas, como são Brasil, Canadá, Israel, Nova Zelândia, por exemplo, vêm passando por transformações que relativizam a independência dos Poderes. O próprio constitucionalismo social, que tem por base a noção de Estado prestacional e a positivação de direitos sociais, econômicos e culturais, fez ampliar as atividades do Estado, criando-se conseqüentemente formas de inter-relação entre os poderes estatais.

É bastante retratada na doutrina pátria e internacional a expansão do Poder Judiciário em democracias ao redor do mundo. Observa-se, de modo geral, uma crescente transferência de poder das instituições representativas ao Poder Judiciário. O aumento de poder do Judiciário é questão conexa com a obsolescência da tradicional separação de poderes estatais.

É crescente a submissão de questões políticas ao Judiciário, de modo que este passa a dominar paulatinamente a elaboração de políticas públicas e a modulação ou regulação de normas que antes vinham sendo decididas pelo Legislativo e o Executivo. Verifica-se também uma “autoampliação dos limites da competência do Poder Judiciário...”, uma “autoextensão da eficácia de suas decisões... em desacordo com o arranjo constitucional do princípio da separação de poderes” (Pinto, 2018: 56 e 57).

No constitucionalismo contemporâneo, a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais se tornam questões prioritárias. De modo geral, as Constituições contemporâneas consolidaram os Tribunais Constitucionais como guardiões de direitos fundamentais, bem como dos demais preceitos estabelecidos constitucionalmente. Esse contexto favorece a expansão do Judiciário, que se afirma como “guardião da Constituição”. O Poder Judiciário se tornou o poder responsável por garantir o cumprimento dos dispositivos constitucionais pelos demais poderes, uma atuação fortalecida pela expansão do *judicial review*.

O Judiciário passou a ter um papel que “ultrapassa a função meramente negativa de controle, adquirindo um status construtivista e até criativo, assentado na necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais” (Alves e Meotti, 2013: 4). Inclusive, pode-se dizer que sob a justificativa de proteger e garantir direitos individuais e direitos das minorias em relação aos possíveis atos arbitrários das maiorias políticas, ou seja, por ser um poder contramajoritário, o Poder Judiciário passou a ser visto como intermediário entre o povo e os poderes representativos.

Em resumo, no constitucionalismo contemporâneo, busca-se a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo (Kozicki e Barboza, 2008: 156).

Com a expansão do Judiciário, desestabilizaram-se os pilares da separação de poder estatal segundo o modelo institucional liberal. A intervenção na configuração da democracia contemporânea é evidente com a elevação do Judiciário à condição de protagonista do Estado Democrático de Direito (Silva, 2013: 210).

Assim, em uma Era onde o Poder Judiciário tem tomado a frente de decisões políticas, sociais e econômicas, nota-se um conjunto de fenômenos que ilustram a supremacia judicial. Tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial são expressões do empoderamento judicial, em sentido amplo (Brandão, 2018: 24).

A judicialização expressa o movimento por meio do qual “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (Barroso, 2012), caracterizando-se como “uma interferência judicial constitucionalmente legítima nas condições da ação dos poderes políticos” (Pinto, 2018: 56 e 57).

O ativismo, em uma acepção propositiva, ilustraria a “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Barroso, 2009), instalando-se em situações de retração dos Poderes Legislativo e Executivo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil. Pinto (2018: 56 e 57), diferente de Barroso, descaracteriza o ativismo como modelo comportamental para associá-lo à “autoampliação dos limites da competência do Poder Judiciário... ou com a autoextensão da eficácia de suas decisões... em desacordo com o arranjo constitucional do princípio da separação de poderes”. Koerner (2013), em acurada análise, localiza o ativismo na fronteira entre o direito e a política.

Com o empoderamento judicial evidencia-se a descaracterização da função típica do Judiciário. O espaço ocupado pela hermenêutica constitucional no contexto do constitucionalismo contemporâneo é tal que a outrora distinção entre as atividades do legislador e do intérprete deixam de ter sentido, e Magistrados no seu papel decisório aproximam-se da atividade legislativa.

O ativismo judicial “é um dos fenômenos que mais interferem com a reconfiguração da democracia contemporânea” (Silva, 2013: 210). A elevação do Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, à condição de protagonista no Estado Democrático de Direito, que era determinado analiticamente pelas tensões entre o Executivo e o Legislativo, problematizou o próprio conceito de democracia (*idem*). Neste contexto de expansão do Judiciário, pode-se falar também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da política, situação esta que será debatida a seguir. Por fim, se o constitucionalismo liberal tem como fundamento a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais e uma de suas maiores contribuições ao mundo ocidental moderno é a teoria da separação de poderes, o constitucionalismo contemporâneo,

ao promover a expansão e a abertura do texto constitucional, ampliando a discricionariedade do Poder Judiciário, questiona suas premissas. Em outras palavras, o crescimento desenfreado da discricionariedade judicial tornou obsoleto o modelo institucional liberal.

A hipótese que se desenvolve é de que o *backlash* e a juristocracia são expressões dessa obsolescência. Por um lado, a juristocracia designa uma espécie de regime político com proeminência de juízes. De outro, o *backlash* é descrito como uma reação popular a decisões judiciais, sendo defendido por Post e Siegel (2007; 2013) no debate a respeito do constitucionalismo democrático. O estudo prioriza o método dedutivo e a pesquisa documental indireta, notadamente a bibliográfica, para caracterizá-los e indicar a necessidade premente de sua superação. Na discussão, recoloca-se a tradicional tensão liberal entre contramajoritarismo e majoritarismo (ou entre constitucionalismo e democracia), e evidencia-se a necessidade de novos arranjos institucionais capazes de sustentar e sociedades democráticas.

II. A JURISTOCRACIA E A OBSOLESCÊNCIA DO MODELO INSTITUCIONAL LIBERAL

Em seu livro denominado *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Hirschl (2007) relata a transformação de Cortes e tribunais em uma parte fundamental do mecanismo de tomada de decisões políticas em seus respectivos países. O autor disserta acerca da progressiva transferência voluntária de poderes decisórios das instituições representativas (Legislativo e Executivo) para os tribunais e Cortes judiciais. A transferência de poder decisório ao Judiciário é caracterizada pelo autor como uma espécie de regime político. Nele, os macroconflitos políticos, econômicos e sociais passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário, que substitui o Legislativo e o Executivo na resolução de dilemas coletivos.

Hirschl observa que o empoderamento do Judiciário ocorre por diversos motivos. Dentre eles, a transferência voluntária de poder se dá quando os poderes representativos querem evitar desgastes ou custos eleitorais relacionados a decisões impopulares, ou numa espécie “mercado eleitoral”, sendo mais provável de ocorrer em tempos de transição política. Estudando o fenômeno da constitucionalização, este cientista político canadense observa que a expansão do Poder Judiciário está relacionada também à

uma forma egoísta de preservação hegemônica, fazendo com que tribunais e Cortes se tornem centros privilegiados de decisão política. Afirma Hirschl (2009: 173) que “ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos...”.

Segundo a tese da preservação hegemônica, o empoderamento judicial é fruto de uma interação estratégica entre elites econômicas, sociais e políticas ameaçadas, e elites judiciais e tribunais superiores nacionais. Essas elites, que possuem interesses semelhantes, determinam o momento, a extensão e a natureza da reforma constitucional. É como se houvesse um “acordo” de elites para manutenção da sua hegemonia. Hirschl explica que a transferência voluntária de poder é possível de ocorrer quando a reputação do Judiciário, de profissionalismo, retidão e imparcialidade política é relativamente alta, uma condição que Garoupa e Ginsburg (2009: 7) também afirmam ser condição de legitimação social do Judiciário. Também pode ocorrer quando os processos de nomeação judicial são controlados em grande parte pelas elites políticas econômicas; ou, ainda, quando a jurisprudência dos tribunais espelha as propensões culturais e as preferências políticas das elites hegemônicas.

Em resumo, em um regime juristocrático o Poder Judiciário passa a ocupar um espaço que antes era dominado por agentes políticos eleitos. Ele passa a exercer papel fundamental no mecanismo de tomada de decisões políticas. Em outras palavras, a juristocracia coloca em destaque protagonismo do Judiciário na interpretação e “co-constituição” do significado da norma constitucional e, assim, reforça a supremacia judicial, “legitimando” a sua atuação proativa.

A juristocracia faz com que o custo político na tomada de determinada decisão política seja delegado ao Judiciário, de modo que a responsabilidade sobre essas decisões também é repassada a este Poder. Isso faz com que sejam reduzidos os riscos aos entes representativos políticos, tornando-se atraente para os detentores de poder político quando as decisões envolvem disputas por eles consideradas indesejáveis, como as que envolvam dilemas políticos em que a sociedade mostra-se dividida, como são as questões envolvendo direitos reprodutivos, eutanásia, pena de morte, mas também aquelas atinentes a políticas públicas sobre direitos constitucionalmente assegurados, como saúde e educação universais, assistência social, cujo atendimento raramente é satisfatório.

Desde a análise promovida por Hirschl, destaca Barbosa (2019: 11), a juristocracia não se caracteriza pela usurpação de poder político pelo Judiciário em desfavor dos poderes representativos no processo de tomada de decisão. Antes, ela é indicativa do uso político do Judiciário como meio de garantir sua hegemonia e também como um mecanismo de oposição política, ao transferir a responsabilidade por decisões políticas desgastantes. O que acontece, repita-se, é uma transferência voluntária e desejada de poder. Quanto mais os poderes representativos fogem da pressão política popular e repassam ao Judiciário a arbítrio na tomada de decisão sobre questões políticas, mais aumenta o seu poder.

Como destaca Hirschl (2007: 40), a transferência de poder ao Judiciário é atrativa na juristocracia. Políticos dependem de apoio popular para decisões que envolvem questões polêmicas e, no regime político ora debatido, acabam confiando na imagem pública do Judiciário como órgão de tomada de decisão apolítica, imparcial e neutra, buscando resguardar suas preferências políticas que podem estar em risco. A expansão de poder do Judiciário por intermédio da constitucionalização de direitos e do *judicial review* podem fornecer um instrumento institucional eficiente para elites políticas isolarem suas preferências políticas desafiadas pela pressão política popular, de acordo com a teoria de Hirschl (2007: 44). É por isso que o autor (Hirschl, 2004: 9) afirma que a deferência de poder ao Judiciário, na juristocracia, é derivada de fatores políticos e não jurídicos.

Consequentemente, ao passo que o Judiciário busca aumentar sua influência política e essa deferência de poder ao Judiciário é derivada de fatores políticos e não jurídicos, acaba se negando aos cidadãos seu direito democrático de participar no processo de tomada de decisão política. Há em consequência um enfraquecimento gradativo do regime democrático, que acaba sendo temperado com aristocracia. Quanto mais e mais a tomada de decisões políticas acaba sendo delegada ao Judiciário, de um regime democrático, passa-se, gradativamente, a um regime juristocrático (Hofisi, 2016).

Como já se afirmou, detentores do poder político podem se beneficiar do empoderamento judicial acarretado pela juristocracia, fragilizando, sem dúvidas, a Constituição e o Estado Democrático de Direito uma vez que não se pode olvidar ser o Judiciário o Poder estatal menos representativo do povo e, portanto, menos responsivo para com este.

Operando por meio de transferência voluntária de poder, a juristocracia pressupõe, portanto, um acordo entre elites (econômica, política e social)

que, vendo enfraquecido seu poder nas urnas, decide transferir parcela de seu poder ao Judiciário (Barbosa, 2019: 11 e 12). Este é um ambiente que interessa à ordem socioeconômica capitalista liberal hegemônica atual, que se une para proteger de forma conjunta interesses comuns das elites.

No contexto da juristocracia, a ampla constitucionalização de direitos que caracteriza o constitucionalismo contemporâneo, tem sido uma solução institucional eficiente para a elite política, econômica e social defender seus interesses. Por intermédio do processo de constitucionalização, estas elites poderiam buscar manter a sua hegemonia e estabelecer estratégias para que sua popularidade não fosse abalada com eventual decisão política contramajoritária (Hirschl, 2007: 12). Desta feita, a juristocracia impede que o povo de se autogovernar por meio de seus representantes eleitos, afastando o poder do povo, bem como dessensibilizando os poderes estatais.

De fato, a globalização do constitucionalismo, a constitucionalização de direitos e o fortalecimento do *judicial review* cooperam para o arrefecimento dos poderes Legislativo e Executivo, e como o crescimento do Judiciário. A deferência de poder ao Judiciário tal como ocorre em um regime juristocrático aumenta a capacidade dos tribunais de participar ativamente na arena política em curso prazo. Esse fato desequilibra a separação de poderes a longo prazo, pois traz consigo o efeito negativo de tornar questionável a legitimidade popular atribuída às decisões judiciais (Hirschl, 2007: 70). A juristocracia destaca, portanto, problemas relacionados à legitimidade, à imparcialidade e a própria independência do Poder Judiciário e é inquestionavelmente antidemocrática.

Dentre os diversos direitos e garantias trazidos pelo constitucionalismo contemporâneo, não se pode olvidar que este trouxe consigo a ampliação da discricionariedade do Judiciário. Esta, por sua vez, é consequência direta da ampliação do reconhecimento e da proteção de direitos que é própria do constitucionalismo contemporâneo. A juristocracia é apenas uma das diversas disfuncionalidades existentes no constitucionalismo contemporâneo e que tornam insubsistente o modelo institucional liberal (Britto, 2020).

III. O BACKLASH E A OBSOLESCÊNCIA DO MODELO INSTITUCIONAL LIBERAL

O *backlash* se traduz na reação popular, com significativo impacto político, a decisões judiciais possivelmente democráticas. Pode ser considerado

um efeito natural da jurisdição constitucional, que permite a abertura de diálogos institucionais e sociais.

O *backlash* indica uma intensa desaprovação pública à determinada decisão judicial, que tem como objetivo retirar sua força jurídica (Sunstein, 2007: 436). Observa-se a sua intensificação como reação à expansão do Judiciário e, portanto, a sua abordagem pode ser feita como consequência da juristocracia. Veja-se que é justamente em contraposição ao ativismo e à judicialização da política que o *backlash* se desenvolve.

Diversos juristas estudam o fenômeno citado, dentre os quais, destacam-se Michael Klarman, Cass Sunstein, Robert Post e Reva Siegel. Dentre eles, assume-se que Klarman e Sunstein não possuem um ponto de vista positivo sobre *backlash*.

Klarman estudou o fenômeno observando o caso *Brown v. Board of Education* (1954) em seu livro *From Jim Crow to Civil Rights* (2004), concentrando-se nas consequências que as decisões judiciais possuem sobre os movimentos de reforma social. Segundo ele, o *backlash* geralmente ocorre quando o Judiciário se adianta à opinião pública, proferindo decisões polêmicas. Em outras palavras, estas decisões polêmicas, de acordo com o autor, incitam raiva e alteram a ordem em que a mudança social deveria ocorrer, gerando, conseqüentemente, o *backlash* (Klarman, 2005: 473). O fenômeno gera retrocesso e os efeitos da decisão proferida pelo Judiciário são imprevisíveis e devem ser evitados, deixados à disposição da consciência popular para amadurecimento do tema (Klarman, 2011: 2).

Sunstein desenvolve uma teoria minimalista judicial que assenta nas Constituições a defesa das condições do debate democrático e a defesa de princípios que o garantam e o afirmem, em oposição a decisões que, por representarem apenas uma parcela da sociedade ou atenderem a interesses de grupos específicos, devem ser debatidas e decididas na esfera dos poderes representativos, e não no âmbito do Judiciário. A teoria minimalista recomenda uma espécie de autocontenção que, de um lado, fortalece os processos democráticos, uma vez que evita que julgamentos políticos sejam substituídos pelo judicial, e de outro previne o *backlash*, justamente porque afirma no julgamento político o *locus* apropriado para debater questões para as quais haja forte dissenso (Sunstein, 1999).

Em comum, os dois autores consideram que o *backlash* representaria um abalo ao próprio caráter simbólico do Judiciário, apresentando-se como resistência à supremacia judicial, mas indo até mesmo além, ao passo que poderia violar a própria Constituição.

Sob ponto de vista diverso, ao debaterem o constitucionalismo democrático, Post e Siegel defendem o *backlash* como algo positivo, favorável à democracia. O *backlash* “expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, além de favorecer a jurisdição constitucional e o estabelecimento de uma sociedade igualitária” (Mendes e Oliveira, 2018). Nesta perspectiva, o fenômeno “vê a discordância como uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional” (Post e Siegel, 2007: 374, tradução nossa).

A autoridade do texto constitucional decorre essencialmente de sua legitimidade democrática. Logo, como a Constituição depende do reconhecimento popular para ser legítima, é lógico que cidadãos devam participar e fazer reivindicações a respeito do significado do texto constitucional (*idem*). Os autores veem o fenômeno como uma oportunidade de diálogo social e institucional, pois permitiria que os cidadãos participassem ativamente da interpretação da Constituição, perfazendo um ciclo complexo de trocas entre Estado, representado, neste caso, pelo Judiciário, e povo. O povo influenciaria a atividade jurisdicional e vice-versa (Barak, 2006: 15).

De acordo com o preconizado pelo constitucionalismo democrático, o *backlash* não representa uma ameaça à Constituição. A crítica e a resistência à determinada decisão judicial por esta ser contra o texto constitucional implica, segundo a teoria, em identificação normativa com a Constituição. O *backlash*, portanto, revigora a tradição constitucional compartilhada, aumentando a legitimidade democrática da Constituição (Post e Siegel, 2007: 375). Por isso afirmam ser equivocada a ideia de que pensar a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia é um jogo de soma zero, onde o aumento de um provoca necessariamente a diminuição do outro (*ibidem*: 404).

Veja-se que o constitucionalismo democrático não retira do Poder Judiciário a sua legitimidade como intérprete da Constituição. Ao contrário, ele valoriza o papel do povo na interpretação do texto constitucional, que por sua vez tem por finalidade legitimar democraticamente a fundamentação dada à decisão judicial, a qual deve estar enraizada em valores e ideias populares (*ibidem*, p. 379).

É de se ver que, em uma democracia constitucional, as decisões políticas devem refletir tanto a vontade da maioria, como a vontade da minoria (Jaramillo, 2015: 76). Como destaca Jaramillo, a democracia “não é apenas a representação dos interesses do maior número de pessoas... Demo-

cracia como autogoverno e respeito pelo princípio das maiorias significa... respeito pelos direitos e princípios constitucionais, bem como pelas regras do jogo democrático” (*ibidem*, 76).

É inevitável a existência de conflitos quando se trata de reivindicação de direitos constitucionais. O *backlash* reflete uma sociedade em que os cidadãos são politicamente ativos e que se importam com o significado da Constituição. O Judiciário, ao tomar decisões políticas, deve se interessar pelos seus efeitos, pois determinam, na grande maioria das vezes, os valores constitucionais vigentes (Post e Siegel, 2007: 404). O *backlash*, segundo o constitucionalismo democrático, considera o conflito um instrumento de desenvolvimento de uma cultura constitucional e promove um constitucionalismo policêntrico (Barron, 2006: 2).

IV. UM MODELO ULTRAPASSADO E A NECESSIDADE DE NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS

Tanto a juristocracia quanto o *backlash* ressaltam a necessidade de aperfeiçoamento do mecanismo de separação de poderes e *checks and balances* existentes e de criação de medidas de aproximação da Constituição do povo. Tanto a juristocracia quanto o *backlash* são disfuncionalidades do modelo institucional liberal, modelo este típico do constitucionalismo contemporâneo. Ambos ressaltam a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, esta como expressão do majoritarismo (vontade da maioria) e aquela como expressão eventual do contramajoritarismo (supremacia da Constituição e garantia de direitos, mesmo quando contra a vontade majoritária). Ambos os fenômenos apontam a necessidade da adoção de um novo modelo institucional, capaz de assegurar tanto os ideais constitucionalistas quanto os democráticos. Britto (2020: 108), ao comparar ambos os fenômenos, aponta:

- a) Ambos estão relacionados à noção de expansão da discricionariedade do Poder Judiciário em relação à interpretação de normas constitucionais e pressupõe o protagonismo judicial;
- b) Ambos são disfunções presentes no constitucionalismo contemporâneo e encontram expressões nas democracias atuais;
- c) Tanto um quanto outro está diretamente relacionado ao desequilíbrio entre os poderes estatais;

- d) Os dois indicam a necessidade de um rearranjo institucional em razão da falência (disfuncionalidade) do arranjo institucional liberal, o qual se baseia na separação de poderes e no sistema de *checks and balances*;
- e) Pode-se dizer que ambos estão relacionados ao crescimento do papel do Estado (Estado Social);
- f) Ambos colocam em discussão a tensão entre democracia e constitucionalismo, bem como a ideia de Poder Judiciário como poder contramajoritário;
- g) Os dois fenômenos representam uma crise no monopólio da produção da norma constitucional;
- h) Ambos focam na crise do papel da Constituição como fonte última do direito;
- i) São fenômenos típicos de um processo de judicialização multi-causal;
- j) Ambos têm como premissa instituições majoritárias ineficazes;
- k) Ambos reagem ao modelo tradicional de escolhas sobre políticas baseadas na democracia representativa.

É inquestionável que com o constitucionalismo contemporâneo o Poder Judiciário ganhou papel de destaque. Houve um deslocamento massivo de poder das instituições representativas para o Judiciário (Britto e Barbosa, 2018: 172). O desequilíbrio institucional, que ganha ênfase com a transferência voluntária de poder do Legislativo ao Judiciário (com a juristocracia), concede a este uma posição privilegiada (Barbosa, 2019: 7), implicando em um maior controle judicial sobre a atuação política dos governos na implementação de políticas públicas (Barcelos, 2005). O privilégio do Judiciário, que nada mais é do que a ampliação de sua atuação política, se verifica de duas formas: *a)* no aspecto material, passa-se “a «corrigir políticas» ou «definir o conteúdo de tradicionais direitos de liberdade», ampliando o espaço do ativismo judicial”; *b)* no aspecto formal, legitimase a atuação judicial “como intérprete privilegiado (quando não último) da norma, ampliando seu papel enquanto ator político, sem a restrição que a responsabilidade política impõe aos atores políticos em regimes democráticos” (Barbosa, 2019: 9).

Na juristocracia, ao transformar Cortes e tribunais em uma parte fundamental do mecanismo de tomada de decisões políticas, abrem-se portas para que as elites busquem preservar-se no poder, e que o façam por meio

do Judiciário, porque seus membros, sendo também parte da elite, tendem a preservar os valores que são caros a este grupo. A transferência de poder, como visto, lhes é politicamente útil. Como consequência, há expressiva redução da responsabilidade política dos agentes políticos quanto à possíveis decisões conflituosas.

Com a juristocracia, até mesmo a noção de “poderes representativos democráticos” é abalada (Chueiri e Macedo, 2018: 129 e 130). O Legislativo e o Executivo tornam-se insensíveis a demandas populares, ao passo que o Judiciário determina o caminho “constitucional” a ser seguido. Há uma evidente fragilização do equilíbrio preconizado pelo sistema de *checks and balances* (Barbosa, 2019: 13 e 14). Se os poderes representativos, em regra, possuem restrições políticas na gestão de políticas públicas, o Poder Judiciário está livre destas restrições. Aqueles agem movidos por razões políticas e devem prestar contas ao seu eleitorado, buscando atender a vontade de maioria, ao passo que juízes não precisam atender a vontade da maioria e não respondem politicamente ao povo por seus atos (Britto, 2020: 101). A contraposição entre poder majoritário e contramajoritário fica fluida e a defesa da Constituição fica fragilizada, em um segundo plano, prevalecendo os interesses das elites políticas, econômicas e sociais (Barbosa, 2019: 14).

A tese da preservação hegemônica de Hirschl coloca os poderes representativos e o Poder Judiciário lado a lado com a intenção de proteger uma concepção específica de bens e direitos, “uma moralidade forjada” comum à entre as elites política, econômica e social e que, geralmente, não é compartilhada por grande parte da sociedade. Como expõe Barbosa: “o Judiciário já não serviria de freio ao Legislativo ou ao Executivo, e tampouco impulsionaria a efetividade de direito aos cidadãos...” (2019: 15).

No que diz respeito ao *backlash*, este pode ser contraposto à juristocracia e visto, até mesmo, como instrumento para contê-la. Quanto à possibilidade de contraposição, vê-se que a juristocracia é um modelo de regime político, onde ocorre a transferência voluntária de poder das esferas representativas ao Judiciário, acarretando a supremacia judicial em uma espécie de preservação da hegemonia das elites políticas, econômicas e sociais. O Judiciário ganha um papel de destaque na atuação governamental quanto à implementação de políticas públicas. Além disso, assume um papel fundamental no mecanismo de tomada de decisões políticas. Legitima-se a atuação proativa do Judiciário e dessensibiliza-se os poderes estatais, afastando-se o povo do poder. O Judiciário perde seu caráter de poder con-

tramajoritário e a noção de que os poderes representativos seriam inquestionavelmente democráticos é abalada. Deslegitima-se o Judiciário, enfraquecendo-o. Já o *backlash*, que é uma reação popular à decisão judicial polêmica, retira, em parte, o poder de tomada de decisão do Judiciário. É uma resistência à determinada decisão judicial por discordância quanto à interpretação do texto constitucional, a qual pode reestabelecer a supremacia popular. O *backlash* tem por fundamento devolver ao povo a tarefa de dar significado ao texto da Constituição e tem como objetivo sensibilizar o Judiciário quanto aos interesses populares. O *backlash* pode até mesmo ser encarado como fruto da desconfiança e da insatisfação popular em relação aos poderes estatais. Como consequência, pode implicar também na diminuição da influência do Judiciário.

A juristocracia é problemática tanto do ponto de vista dos princípios constitucionais típicos, quanto da democracia representativa. Verifica-se “uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, uma abdicação de poder por parte dos representantes do povo, um redirecionamento de culpa” (Britto, 2020: 105).

Por outro lado, o constitucionalismo democrático entende a jurisdição constitucional como um fenômeno que pode conviver bem com a democracia, não se constituindo como sua antítese. Em outras palavras, no constitucionalismo democrático, os desacordos em torno dos sentidos da Constituição são co-constitutivos da própria democracia, inexistindo, portanto, desarranjo institucional. Ao expor a teoria desenvolvida por Post e Siegel, Chueiri e Macedo (2019: 137) asseveram que “é necessário verificar o arranjo institucional, o modo de interpretar a Constituição e as suas relações com a sociedade para que se possa criticar a jurisdição constitucional”. Essa modalidade de constitucionalismo “representa uma reação à ascensão conservadora na política e no direito estadunidense e seus reflexos sobre o arranjo entre constitucionalismo e democracia com foco no papel da jurisdição constitucional” (Chueiri e Macedo, 2018: 137).

Deve-se salientar que o constitucionalismo democrático tem como foco a articulação em o Direito e a Política, reforçando a noção de constitucionalismo compartilhado em uma sociedade plural e heterogênea (*ibidem*, 138). Segundo a teoria, o desacordo e o conflito como condições normais para o desenvolvimento do direito constitucional e “qualquer tentativa de evitá-los ameaça tanto a política quanto o direito-tanto a democracia quanto o constitucionalismo” (Chueiri, 2016: 241; Chueiri e Macedo, 2018: 138).

Em resumo, para teóricos favoráveis ao constitucionalismo democrático, o *backlash* traz efeitos benéficos, uma vez que provoca o povo a participar do processo de construção do significado do texto constitucional. O “constitucionalismo democrático considera central o debate a respeito da autoridade da Constituição, a qual deve ser compreendida num contexto de conflito a respeito dos seus significados”. Nesse sentido, também assevera a importância de que o Poder Judiciário resguarde o caráter indissociável entre a democracia política e os direitos fundamentais. Em outras palavras, direitos podem ser garantidos por intermédio do Judiciário, mas este não é o único, nem o principal, *locus* no processo de garantia de direitos e interpretação da Constituição (Jaramillo, 2013: 14).

Quanto à possibilidade de que o *backlash* venha ser uma das consequências geradas pela juristocracia, o fenômeno representa a retomada pelo povo do poder democrático. Se a juristocracia implica em um protagonismo judicial que decide questões de interesses das elites políticas, econômicas e sociais, o *backlash* é capaz de reverter uma decisão judicial que atinge estes interesses particulares desfavoráveis à maioria. Como visto acima, nessa perspectiva o *backlash* pode ser visto como um método de ampliar a legitimidade do Judiciário, tal como entendem os defensores do constitucionalismo democrático.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo liberal, que trouxe grande contribuição ao mundo ocidental com a teoria da separação de poderes, tem como fundamento a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais. Entretanto, como o constitucionalismo contemporâneo ampliou a discricionariedade do Poder Judiciário ao promover a abertura do texto constitucional, a clássica teoria da separação de poderes sofreu distorções, tendo as suas premissas questionadas neste novo contexto.

O tema abordado no artigo demonstra que a expansão da discricionariedade judicial tornou insubsistente o modelo institucional liberal, constituindo-se, a juristocracia e o *backlash*, em prova da insuficiência da clássica separação de poderes para garantir princípios democráticos. Neste artigo, dois fenômenos associados à crise do constitucionalismo liberal foram discutidos, a juristocracia e o *backlash*. Demonstrou-se que tanto a juristocracia, quanto o *backlash*, indicam a insuficiência do modelo insti-

tucional liberal adotado pelo constitucionalismo contemporâneo e apontam para a necessidade de novos arranjos institucionais.

De um lado, a juristocracia, teoria desenvolvida por Hirschl, aponta no sentido de um crescente “governo de juízes”. De outro, o *backlash* é designado como uma reação do povo a decisões judiciais possivelmente democráticas e pode ser visto sob dois pontos de vista, um negativo e outro positivo. Sobre o ponto de vista positivo, adotado por este artigo, expôs-se a compreensão da teoria desenvolvida pelos professores Post e Siegel a respeito do constitucionalismo democrático, a fim de demonstrar-se as semelhanças e as contraposições que podem ser feitas entre a juristocracia e o *backlash*.

Conclui-se que o *backlash* pode se constituir em ferramenta de legitimação do Judiciário, como forma de devolver “a constituição ao povo”, enquanto a juristocracia, em princípio legitimada para ser o exercício contramajoritário pode, devido ao caráter elitista do Judiciário, transformar-se em um elemento de crise (ou disfunção) do constitucionalismo.

Da discussão realizada, nota-se que ambos os fenômenos expressões do desequilíbrio institucional vivenciado no constitucionalismo contemporâneo e, como consequência, por este ser um modelo assentado na supremacia constitucional e no respeito à vontade do povo, é inevitável trazer-se à tona o debate liberal entre contramajoritarismo e majoritarismo (ou entre constitucionalismo e democracia).

VI. REFERÊNCIAS

- ALVES, F. D. e MEOTTI, F. F. (2013). “O constitucionalismo contemporâneo e a necessária aproximação entre direitos fundamentais e democracia: o papel da Jurisdição Constitucional Aberta”. *Anais do 12o. Seminário Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização-25 anos de Constituição Federal*, 1. Unifra.
- BARAK, A. (2006). *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press.
- BARBOSA, C. M. (2019). “A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. 14 (2). Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100>. DOI: 10.5902/1981369434100.
- BARCELOS, A. P. de. (2005). “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. *Revista de Direito Administra-*

- tivo, 240. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43620.
- BARRON, D. (2006). “What’s Wrong with Conservative Constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the Choice they Present”. *Harvard Law and Public Review*, 18, 2006.
- BARROSO, L. R. (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas-Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. 4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.
- BRANDÃO, R. (2018). *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- BRITTO, M. C. de S. (2020). *Juristocracia e backlash como expressões da insuficiência do arranjo institucional do constitucionalismo liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BRITTO, M. C. de S. e BARBOSA, C. M. (2018). “A pró-atividade do Poder Judiciário e suas consequências”. Em CONPEDI e UNISINOS (org.), *Direitos sociais e políticas públicas*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.
- CHUEIRI, V. K. de. (2016). “Is there such thing as a Radical Constitution?”. Em BUSTAMANTE, T. e FERNANDES, B. G. (eds.). *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Switzerland: Springer.
- CHUEIRI, V. K. de e MACEDO, J. A. de C. (2018). “Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada”. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. 39 (80). DOI: 10.5007/2177-7055.2018v39n80p123.
- GAROUPA, N. e GINSBURG, T. (2009). “Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law”. *Columbia Journal of Transnational Law, Forthcoming, U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE09-033*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1513397>.
- JARAMILLO, L. G. (2013). “Introducción”. Em POST, R. e SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. de Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S/A.
- JARAMILLO, L. G. (2015). “¿Como pensar hoy la tension entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo

- democrático”. *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*. 60 (2). DOI: 10.5380/rfdufpr.v60i2.41005.
- HIRSCHL, R. (2007). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- HIRSCHL, R. (2009). “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. *Revista de Direito Administrativo*. 251. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7533.
- HIRSCHL, R. (2014). “Juristocracy-Political, not Judicial”. *The Good Society, Penn State University Press*. 13 (3). DOI: 10.1353/gso.2005.0020.
- HOFISI, D. T. (2016). “In Courts We Trust: Juristocracy and Citizen Disempowerment Through Excess Faith in Courts”. *D. Tinashe Hofisi: Reflections*. Disponível em: https://davidhofisi.blogspot.com/2016/09/in-courts-we-trust-juristocracy-and_81.html.
- KLARMAN, M. (2005). “Brown and Lawrence (and Goodridge)”. *Michigan Law Review*. 104 (3). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/30044507>.
- KLARMAN, M. (2011). “Courts, Social Change, and Political Backlash”. *Philip A. Hart Memorial Lecture*. 2. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2/>.
- KOERNER, A. (2013). “Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988”. *Novos Estudos*. 96. DOI: 10.1590/S0101-33002013000200006.
- KOZICKI, K. e BARBOZA, E. M. de Q. (2008). “Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia”. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. 29 (56). DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n56p151.
- MENDES, F. F. e OLIVEIRA, P. E. V. de. (2018). “Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial”. *Revista contribuciones a las ciencias sociales*. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2018/01/minimalismo-judicial.html>.
- MONTESQUIEU. (2001). *The Spirit of Laws*. Trad. de Thomas Nugent. Ontario: Batoche Books. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>.
- NOVELINO, M. (2013). *Manual de Direito Constitucional*. 8a. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense-MÉTODO.

- PINTO, H. P. (2018). *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum.
- POST, R. e SIEGEL, R. B. (2007). “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Yale Law Faculty Scholarship Series*. 169.
- POST, R. e SIEGEL, R. B. (2013). “La furia contra el fallo «Roe»: constitucionalismo democrático y reacción violenta”. Em POST, R. e SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. de Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- ROSSI, A. do C. S. (2011). *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito*. Tese inédita de Doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- SILVA, E. F. da. (2013). “Excesso de jurisdição ou escassez de política: apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 62. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2013v62p209.
- SUNSTEIN, C. (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge. Harvard University Press.
- SUNSTEIN, C. R. (2007). “Backlash’s Travels”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. 42.
- VILE, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2a. ed. Indianapolis: Liberty Fund, Inc.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Determinantes de las designaciones de ministros de la Suprema Corte de Justicia de México, 1995-2021*

Determinants of the Appointments to Mexico' Supreme Court of Justice, 1995-2021

Recepción: 8 de noviembre de 2021

Aceptación: 27 de enero de 2022

Alejandro DÍAZ DOMÍNGUEZ**

Camilo SAAVEDRA HERRERA***

RESUMEN: La reforma judicial de 1994 consolidó a la Suprema Corte de México como órgano de justicia constitucional. Desde su entrada en vigor y hasta 2021, las veintisiete vacantes que se abrieron en el tribunal han sido cubiertas con un procedimiento en el que las nominaciones corresponden a la Presidencia de la República, y las designaciones, al Senado. ¿Qué factores han influido en los resultados de estos procesos de designación? Este trabajo ofrece una respuesta a partir de una sistematización original del universo de designaciones efectuadas en el periodo 1995-2021. En línea con la literatura comparada sobre nombramientos judiciales, el trabajo concluye que han sido determinantes tanto los elementos de

ABSTRACT: *The 1994 judicial reform consolidated Mexico's Supreme Court as a body essentially devoted to constitutional justice. From its enactment and up to 2021, the 27 vacancies opened in the Court have been filled through a procedure that combines presidential nominations with senatorial confirmations. What factors have influenced the outcomes of these appointment processes? This article addresses this question through the analysis of an original dataset of all the appointments made to the Mexican Supreme Court in the period 1995-2021. In line with comparative literature on judicial appointments, the article claims that the outcomes have been mostly determined by*

* Esta investigación contó con el apoyo del Programa UNAM-PAPIIT IA301421.

** Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Vanderbilt; profesor-investigador de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey. ORCID: 0000-0002-3856-5686; alejandrod.dominguez@itesm.mx.

*** Doctor en Gobierno por la London School of Economics; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ORCID: 0000-0003-3247-0376; camilos@unam.mx.

entorno político, como las características de las personas nominadas.

both contextual factors and the nominees' personal attributes.

Palabras clave: Suprema Corte, designaciones, México, justicia constitucional, Poder Judicial.

Keywords: *Supreme Court, judicial appointments, Mexico, constitutional justice, Judiciary.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Propuestas y confirmaciones: una revisión teórica.* III. *Las designaciones en México: un breve balance histórico.* IV. *Hipótesis, datos y métodos.* V. *Resultados.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes consultadas.* VIII. *Apéndice estadístico.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma judicial de 1994 consolidó a la Suprema Corte de México como órgano de justicia constitucional. Desde su entrada en vigor y hasta 2021, las vacantes que se han abierto en el tribunal han sido cubiertas mediante la aplicación de un procedimiento en el que las nominaciones corresponden a la Presidencia de la República, y las designaciones, al Senado. De manera excepcional, en atención a las disposiciones transitorias de la reforma de 1994, las once personas que integraron la nueva Corte fueron elegidas de entre la lista con dieciocho nombres que integró el Ejecutivo federal a inicios de 1995. En cambio, a partir de 2003, cuando comenzó el escalonamiento previsto en el mismo régimen transitorio, se han efectuado dieciséis nombramientos mediante la aplicación de la regla de nominación por ternas que establece la Constitución desde 1994.

Las veintisiete designaciones del último cuarto de siglo —tanto las once de 1995 como las dieciséis posteriores— ocurrieron en contextos políticos y sociales diversos y, además, en periodo en el que México ha sido gobernado por cinco personas distintas y pasado por tres alternancias en la Presidencia. Con todo, hay al menos tres rasgos comunes que por su permanencia vale la pena recordar. El primero es la imposibilidad de que el partido político al que pertenece el Ejecutivo federal logró por sí mismo la mayoría calificada de dos tercios que exige la Constitución para el nombramiento de ministros. El segundo es la vigencia de normas constitucionales que inclinan la balanza a favor del propio Ejecutivo, pues le otorgan al Senado un

plazo perentorio de treinta días para votar las ternas, al tiempo que confiere a la Presidencia de la República la atribución de presentar una segunda terna en caso de que ocurra un primer rechazo, y de designar directamente al nuevo ministro o ministra en caso de un segundo rechazo. Finalmente, el tercero tiene que ver con los vacíos que supone un procedimiento regulado exclusivamente a nivel constitucional.

Un breve repaso histórico de la normativa en materia de nombramientos judiciales en México ayuda a ver cuán peculiar es el procedimiento que se ha aplicado en los veinticinco años más recientes. La Constitución de 1824 establecía una integración de once ministros (artículo 124), propuestos y votados por mayoría absoluta de los congresos locales (artículos 125 y 132) y con nombramiento vitalicio (artículo 126). Si no se alcanzaba tal mayoría, entonces la Cámara de Diputados seleccionaba a los que hubieran reunido más votos (artículo 133). La Constitución de 1857, aunque remitía a la legislación secundaria, ordenaba que el nombramiento se realizara por elección indirecta, y que los ministros estuvieran seis años en el cargo (artículo 92). Dicha elección corría a cargo de electores en juntas distritales y era calificada por la Cámara de Diputados, y ésta podía votar en cédulas en caso de no contar con candidatos que alcanzaran mayoría absoluta (artículo 51 de la Ley Orgánica Electoral de 1857).

Finalmente, en la versión original de Constitución de 1917, las legislaturas locales nominaban, y ambas cámaras aprobaban con *quorum* de dos tercios, mediante voto secreto, a quienes alcanzaran mayoría absoluta. Las dos reformas posteriores, del 20 de agosto de 1928 y del 31 de diciembre de 1994, retomaron el modelo estadounidense de consejo y consentimiento (*advice and consent clause*, artículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución de Estados Unidos), donde el presidente propone y el Senado aprueba (Portes Gil, 1934; Denning, 2001; Pineda y Durazo, 2010).

Entre 1824 y 1917, el Senado mexicano no tuvo papel alguno en los nombramientos de la Suprema Corte. Luego de casi un siglo de influencia, las reformas constitucionales de 1928 terminaron con la participación de la Cámara de Diputados. Durante ese mismo periodo, el presidente, al menos formalmente, no fue parte del proceso. Todos estos cambios terminaron por excluir a la Cámara baja, otorgando facultades únicas de proponer al presidente y de aprobar al Senado (Díaz Domínguez, 2016). De ahí que, desde hace más de nueve décadas, el procedimiento mexicano se asemeje al proceso de los Estados Unidos (Astudillo, 2010: 355). Sin embargo, el sistema de ternas es reciente como en otros países (Montoya, 2015: 62),

pues no existía en 1928, cuando la propuesta presidencial se integraba por una sola persona, en consonancia con el modelo estadounidense.

La experiencia mexicana del último cuarto de siglo destaca por la estabilidad de un procedimiento que está regulado sólo a nivel constitucional, que en el papel inclina la balanza a favor de Ejecutivo, cuyos vacíos regulativos son llenados con acuerdos políticos coyunturales, y que ha sido aplicado en contextos distintos. Teniendo en cuenta estas características, el presente trabajo tiene como propósito explorar cuáles son los factores políticos que han influido en los resultados de las veintisiete designaciones realizadas entre 1995 y 2021. Para ello, se vale de una sistematización original de las características de esos veintisiete procesos, así como de diversas perspectivas que forman parte de la literatura comparada sobre nombramientos judiciales. En línea con esta literatura, el trabajo concluye que han sido determinantes tanto los elementos de entorno político como las características de las personas nominadas.

El resto de texto se organiza de la siguiente manera: la segunda sección hace una breve revisión de la literatura sobre nombramientos judiciales y delinea cuáles de sus planteamientos pueden ser útiles para abordar el caso mexicano; la tercera analiza la trayectoria de las reglas que han regulado las designaciones de ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y describe diversas características de los veintisiete nombramientos más recientes; la cuarta explicita las hipótesis de este trabajo; la quinta presenta los resultados de los modelos de estadística inferencial empleados para poner a prueba dichas hipótesis; finalmente, la sexta sección ofrece un recuento de los hallazgos del trabajo.

II. PROPUESTAS Y CONFIRMACIONES: UNA REVISIÓN TEÓRICA

De acuerdo con esta literatura comparada de corte empírico, las reglas que regulan los procesos de selección y aprobación “conciben a los nombramientos judiciales como resultado de compromisos negociados” (Banks y O’Brien, 2015: 189). Cuando cuentan con atribuciones, los Ejecutivos utilizan las nominaciones para intentar inclinar las decisiones judiciales a su favor, además de considerar a los nombramientos como “una forma de extender su legado político” (Harris, 1968). Del mismo modo, cuando tiene facultades, “el Senado también se da cuenta de lo valiosas que son las

posiciones judiciales como herramientas para lograr incidencia” (Banks y O’Brien, 2015: 189; Jo, 2017; Bonifaz, 2017).¹

En el Senado, la ideología como variable explicativa representa una extensión del modelo actitudinal de comportamiento judicial, el cual esencialmente postula que las decisiones del Poder Judicial obedecen a su orientación liberal o conservadora (Segal y Spaeth, 2002). Una diferencia crítica entre los votos judiciales y los legislativos es que los segundos incorporan explícitamente cualidades y factores políticos (Cameron, Cover y Segal, 1990). Lo anterior sugiere una motivación electoral en los nombramientos judiciales, pues se asume que el electorado podría considerarlos como decisiones relevantes (Segal, Cameron y Cover, 1992).

En términos generales, según el modelo actitudinal o ideológico, son escasos los factores que explican la variación de los votos en el Senado: *a*) las cualidades de las personas propuestas; *b*) gobierno unificado (presidente y la mayoría del Senado pertenecen al mismo partido); *c*) la ideología de la persona propuesta, y *d*) la ideología de quienes integran el Senado (Cameron, Cover y Segal, 1990). En síntesis, la distancia ideológica, las condiciones políticas y las calificaciones técnicas incrementan la posibilidad de la aprobación senatorial.

En el caso mexicano, el método de nominación y votación por ternas implica pensar qué efectos puede generar que el Senado ya conozca de antemano a la persona favorita del presidente en la terna propuesta, es decir, qué explica el éxito de la fórmula “la terna de uno” (Pozas-Loyo, 2015).² Entre quienes pueden integrar la propuesta presidencial se pueden distinguir dos patrones: personas externas al Poder Judicial; esto es, provenientes de la academia, litigantes de buena fama, activistas o la alta burocracia (Camp, 2011; Dressel *et al.*, 2017), o personas que han desa-

¹ No es interés del texto discutir cómo selecciona el presidente a quienes integran una terna. Para ello se tendría que analizar el universo de potenciales propuestas antes del anuncio oficial. Se necesitaría recopilar datos relevantes para verificar la posible influencia de credenciales académicas, capacidades jurídicas, región, raza, género, religión, experiencia judicial y redes del propio presidente (Abraham, 1992; Comiskey, 2004; Szmer y Songer, 2005; Epstein y Segal, 2005: 53-55; Epstein *et al.*, 2009; Astudillo, 2010: 360; 2009; Camp, 2011). También se requeriría conocer qué investiga, qué no investiga y en qué fuentes indaga el *staff* senatorial (Hartley y Holmes, 2002).

² De las veinte ternas estudiadas sólo una incluyó dieciocho propuestas para seleccionar once asientos (tercero transitorio de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994). Sin embargo, ante una declinación sólo se votó sobre diecisiete propuestas.

rollado su ejercicio profesional al interior de la judicatura. Aunque el segundo patrón pudiera ser mejor evaluado, tiene un potencial problema: jueces con experiencia previa son más propensos a deferir en favor de sus circuitos de origen (Epstein *et al.*, 2009, 874). De ahí que las propuestas con experiencia en tribunales federales inferiores no siempre prosperen (*ibidem*, 849).

Este punto es relevante, por dos razones. La primera es que sin experiencia judicial se podría argumentar que las propuestas no siempre son las mejor calificadas. La segunda razón es un reclamo normativo: los tribunales inferiores podrían ser una fuente endogámica de nombramientos para la Suprema Corte, porque jueces y potenciales ministros, en lugar de ser *partners in law* (socios en la ley), podrían ser *partner in crime* (socios en lo ilícito). Ésta puede ser una afirmación injusta, puesto lo que quizá ocurra sea una mayor convergencia ideológica entre quienes egresen de los mismos circuitos judiciales, por similitudes en la forma de interpretar la ley, más que una burda colusión.

Una solución a la potencial endogamia podría ser detener el proceso de reclutamiento entre tribunales federales, o seleccionar de diferentes circuitos, pero al final, el dilema que sí persiste es cómo reconciliar calificaciones y experiencia judicial. Entonces, nuevamente emerge la división entre personas con trayectoria judicial y externas. En otras palabras, para atender objetivos de política, el Senado también se enfrenta al dilema entre *judicial careerists* y la configuración de una *representative bench*, donde variables como edad, origen étnico, género, o incluso religión, pueden resultar o no un factor a analizar (Vela, 2015; Astudillo, 2010; Martin, 2004; Clark, 2004). Esto nos lleva a considerar la composición demográfica, porque senadores que buscan la reelección tienden a apoyar propuestas a la Corte que comparten la composición demográfica de su estado (Overby *et al.*, 1992; Hill y Hurley, 1999; Stratmann y Garner, 2004).

Sin embargo, en el caso mexicano destaca que, con excepción del proceso más reciente, que se efectuó a finales de 2021, el Senado no ha seleccionado una mujer en una terna mixta. Lo anterior parece haber obligado a configurar ternas de mujeres, aunque la práctica de “ternas de una” persiste (Vela, 2015; Pozas-Loyo, 2015). Este fenómeno de *representative bench* puede ser estudiado desde la opinión pública. Se ha hallado que la lealtad institucional supera el efecto del partidismo, porque la ciudadanía tiende a aceptar más una nominación controvertida en la Suprema Corte si la persona está bien calificada (Gibson y Caldeira, 2009). Aquí es donde

el presidente tiene oportunidades para hacer público su apoyo en casos específicos (Holmes, 2007).

Una característica importante es el tiempo que toma el Senado para votar las confirmaciones judiciales (Shipan y Shannon, 2003). Este rezago generalmente significa que ha aumentado la distancia ideológica entre el presidente y el partido que tenga la mayoría. Dado que en el actual modelo mexicano existe un tiempo límite (treinta días), no hay espacio para dilaciones estratégicas (Goldman, 2003; Botero *et al.*, 2019). Sin embargo, aun considerando la restricción temporal del modelo mexicano, los elementos estratégicos senatoriales persisten: escrutinio sobre experiencia judicial en tribunales estatales y federales (Tate y Handberg, 1991: 470 y 471; Camp, 2011), calificaciones de las propuestas (Segal y Epstein, 1998), e intereses de las bancadas (Binder y Maltzmann, 2013; Primo *et al.*, 2008: 487).

Igualmente, pareciera que ante un gobierno unificado la posibilidad de construir una coalición mínima ganadora resultaría poco costosa. Sin embargo, los dilemas en su construcción persisten (Binder, 2001). Un ejemplo en México son los nombramientos que han requerido segundas rondas de votación, donde votos por otras opciones y los votos nulos se trasladan a una propuesta ganadora.³ Si se considera la ley de las reacciones anticipadas; esto es, que tanto el presidente como el Senado pueden predecir de algún modo conductas futuras dado un escenario determinado, entonces el Ejecutivo enfrenta mayores limitaciones cuando su partido no tiene la mayoría o simplemente no cuenta con los votos necesarios para alcanzar los dos tercios requeridos (Hollibaugh y Rothenberg, 2017).

Visto en perspectiva comparada, la mayoría calificada que exige el procedimiento mexicano supone mayores dificultades para la construcción de coaliciones legislativas que las que existen por ejemplo en otros países en contextos de gobierno unificado. Pero, además, hace patente la importancia de considerar el distinto grado de fortaleza o legitimidad con el que cuenta el gobierno, y que, como se planteará más adelante, puede analizarse mediante los votos obtenidos o ejercicios demoscópicos.⁴

³ Conocer qué factores determinaron el cambio de preferencias de los *switchers* no es posible bajo las formalidades del proceso actual, porque los votos son registrados en cédulas anónimas y computados en sesión, de modo que no es posible asociar votos con integrantes en lo individual. Dicha regla proviene de 1917 (Bonifaz, 2017: 153). Sólo los resultados agregados son anunciados por la presidencia del Senado al final de cada votación.

⁴ Agradecemos a las personas que dictaminaron el artículo la sugerencia de destacar la relevancia de la mayoría calificada para el caso mexicano.

Una forma de aproximarse a la problemática para construir coaliciones es calcular el grado de fragmentación política al interior del Senado; esto es, el número efectivo de partidos (Laakso y Taagepera, 1979), donde se espera que un mayor número incida negativamente en los acuerdos. Afrontar estos dilemas podría explicar por qué el presidente propondría a quienes se ubican más cerca de la posición ideológica promedio del Senado (Tate y Handberg, 1991: 465 y 466; McMahon, 2007). En caso contrario, cuando el presidente no enfrenta estas restricciones tenderá a seleccionar propuestas cercanas a su propia posición política, lo cual le permitiría incidir para mover a la Corte hacia la dirección ideológica deseada (Moraski y Shipan, 1999; Yalof, 1999).⁵ Desde luego que influir en la dirección en la cual decide la Suprema Corte con tan sólo tres nombramientos por periodo presidencial, como ha ocurrido entre 2000 y 2021, parece una tarea difícil (Bonifaz, 2017).⁶

Por último, no menos relevante es el papel que juegan en este proceso los grupos de interés, la prensa y la ciudadanía. En términos de grupos de interés, se hallan *bloggers* liberales (Comiskey, 2008: 356), medios “tradicionales” (Cameron *et al.*, 1990; Caldeira y Wright, 1998) y grupos de académicos (Botero *et al.*, 2019). Entre los grupos de interés destacan aquellos que califican propuestas, como la American Bar Association desde Truman hasta G. W. Bush (Abraham, 1992: 32) y la Federalist Society después de 2000 (Epstein y Segal, 2005: 52). El papel principal de estos grupos es proporcionar información sobre las nominaciones, información que puede estar sesgada, pero ésa es la misión de los grupos de interés (Wright, 2003: 180).

En síntesis, los principales determinantes del éxito de los nombramientos judiciales son el acuerdo ideológico entre actores políticos, las redes de las personas propuestas y el escenario político; esto es, gobierno unificado o dividido. En general, la literatura concuerda con que minorías y mujeres

⁵ Se sabe, por ejemplo, que 140 de los 147 candidatos a la Suprema Corte de Estados Unidos simpatizaron de alguna forma con el partido del presidente en turno. Por ende, el partidismo representa un elemento a considerar por el Ejecutivo (Giles, *et al.*, 2001), aunque deben cubrirse las formalidades del artículo 95 (Astudillo, 2009).

⁶ Sobre el tiempo que persiste la influencia del Ejecutivo en turno, se sabe que generalmente no excede del propio periodo presidencial. Aunque es cierto que en algunos casos sí se alcanza a mover la orientación de la Corte (Whitmeyer, 2006; Suarez-Potts, 2009), éste no es un efecto inmediato (Martin y Quinn, 2002). De hecho, no es inmediato, porque los efectos de integrantes ubicados ideológicamente en el extremo pueden cancelarse entre sí (Krehbiel, 2007: 238).

enfrentan barreras durante el proceso (Hartley, 2001), especialmente bajo gobierno dividido (Asmussen, 2011).

III. LAS DESIGNACIONES EN MÉXICO: UN BREVE BALANCE HISTÓRICO

Después de la reforma constitucional de 1994, la Corte surgió como un tribunal de última instancia con facultades de revisión judicial, un menor número de integrantes (regresando de veintiún al once original de 1917) y un mandato definido (quince años). Su trabajo se enfocó en decidir sobre cualquier tipo de dilemas constitucionales entre poderes y niveles de gobierno (Domingo, 2000; Finkel, 2004; Sánchez *et al.*, 2011; Helmke y Ríos-Figueroa, 2011; Saavedra Herrera, 2013; Pozas-Loyo y Ríos-Figueroa, 2016). Aunque los asuntos electorales fueron asignados en su totalidad a un tribunal especializado, la Corte dictaminó algunos casos con el fin de proteger derechos individuales y colectivos (Barragán, 2006).

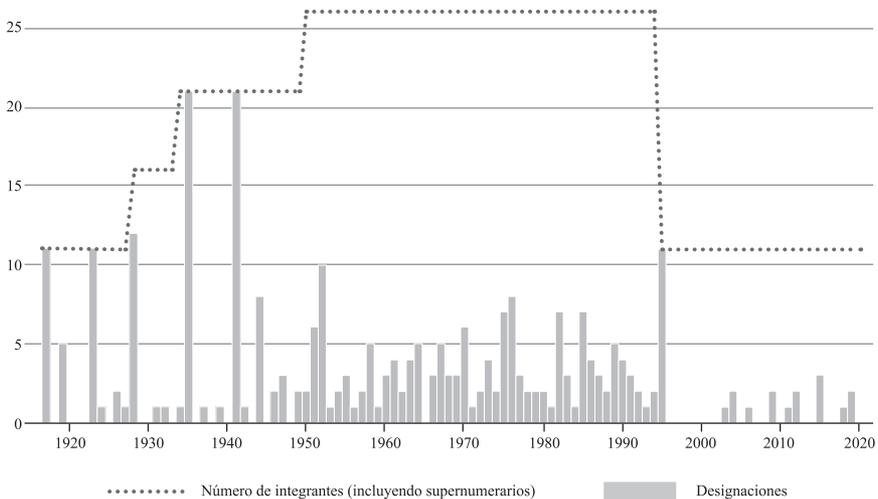
Hasta 1917 el Senado no tuvo injerencia en nombramientos. El texto original de la Constitución vigente confirió a las legislaturas locales atribuciones para nominar a los candidatos y a las cámaras del Congreso de la Unión, ejerciendo funciones de colegio electoral, para aprobarlos mediante voto secreto y mayoría absoluta. En 1928, a instancias del presidente electo, Álvaro Obregón, y bajo la inspiración de la cláusula estadounidense de “consejo y consentimiento”, se modificó el artículo 96 constitucional para precisar que a partir de ese momento las nominaciones corresponderían al Ejecutivo federal y su aprobación exclusivamente al Senado, por mayoría absoluta. De manera complementaria, se modificaron los artículos 94 y 98, para señalar que el tribunal se integraría por dieciséis ministros designados por un periodo indefinido en Pleno y tres salas, cada una con cinco integrantes.

Antes de 1994, los nombramientos estuvieron esencialmente regulados por tales disposiciones. Los cambios surgieron de las repercusiones que el presidencialismo y la hegemonía del Partido Revolucionario Institucional (PRI) produjeron en las normas que regulaban los periodos en el cargo, el tamaño de la Corte y las vacantes motivadas por situaciones imprevistas. La reforma de 1928 abrió la puerta para que el Ejecutivo federal reconfigurara por completo la integración de la Suprema Corte al aumentar su tamaño de once a dieciséis ministros, permitirle funcionar en tres salas, conferir a los ministros nombramientos indefinidos y establecer en dispo-

siciones transitorias que los ministros quedarían sujetos a la ratificación del Ejecutivo y el Senado. La reforma de 1934 fue aún más lejos, pues se crearon cinco nuevos lugares, un periodo de seis años en el cargo para cada integrante de la Corte, que coincidiría con el primer gobierno sexenal —el de Lázaro Cárdenas— y ordenar a través de normas transitorias el cese de ministros en funciones.

La gráfica 1 da cuenta del impacto que produjo la aplicación de estas normas en la Corte. Ahí se observa una significativa reconfiguración en su integración, que en la práctica amplió la injerencia del Ejecutivo. Esto mismo ocurrió en 1941, cuando concluyó el cargo de los veintiún ministros nominados por Cárdenas seis años antes, pues su sucesor, Ávila Camacho, no requirió de una nueva reforma para transformar la composición de la Corte al inicio de su mandato. Como lo resume la tabla 1, Ávila Camacho promovió a mediados de su mandato otra reforma constitucional, que impactó la dinámica de los nombramientos. Esta reforma restauró la duración indefinida en el cargo, con lo cual se esperaría disminuir la frecuencia de las rotaciones.

GRÁFICA 1. UN SIGLO DE RENOVACIÓN DE LA SCJN.
INTEGRACIÓN Y DESIGNACIONES POR AÑO, 1917-2019



FUENTE: elaboración propia con base en Cabrera 1998, Camp 2011, Autor (2016) y datos de los autores.

TABLA 1. LA TRAYECTORIA DE LAS REGLAS CONSTITUCIONALES
 SOBRE DESIGNACIONES DE MINISTROS

	<i>Tamaño SCJN</i>	<i>Duración del cargo</i>	<i>Nominación</i>	<i>Designación</i>	<i>Vacantes imprevistas no definitivas</i>
1917	11 ministros (Pleno)	2 años (renovables por 2 años para designaciones de 1917) Indefinido (a partir de 1923)	Congresos locales	Congreso de la Unión	Ministros suplentes nombrados por el Congreso de la Unión (faltas mayores a un mes)
1928	16 ministros (Pleno + 3 salas)	Indefinida	Presidencia (una persona)	Senado por mayoría absoluta	Ministros provisionales nombrado por la Presidencia (faltas mayores a un mes)
1934	21 ministros (Pleno + 4 salas)	6 años	—	—	—
1944	—	Indefinida	—	—	—
1951	21 ministros (Pleno + 4 salas + Sala Auxiliar)	—	—	—	Ministros supernumerarios (faltas menores a un mes) Ministros provisionales (faltas mayores a un mes)
1994	11 ministros (Pleno + 2 salas)	15 años	Presidencia (por ternas)	Senado por mayoría calificada de 2/3	Ministros interinos nombrados por procedimiento ordinario (faltas mayores a un mes)

FUENTE: elaboración propia con base en la Constitución de 1917 y las reformas de 1928, 1934, 1951 y 1994.

En la gráfica 1 también se aprecia una menor frecuencia de rotaciones a partir de la segunda mitad de la década de 1940 en comparación con las previas. No obstante, también revela un nivel constante de rotaciones a partir de esa época y hasta la entrada en vigor de la reforma de 1994. Esa constancia está relacionada con dos elementos —uno interno y otro externo a la judicatura—, que condicionaron durante la segunda mitad del siglo XX al funcionamiento del sistema federal de justicia: el rezago judicial y la consolidación de la hegemonía del PRI (Fix-Fierro, 2020).

Por un lado, las transformaciones sociodemográficas propiciaron un incremento de litigios que aumentó las presiones sobre el Poder Judicial, el cual no creció a la misma velocidad que la población y el cúmulo de casos a resolver. Este elemento interno estimuló nuevos cambios constitucionales, como los efectuados en 1951, 1967 y 1987, con el objetivo de ampliar la capacidad de los tribunales para procesar un número creciente de asuntos, mediante la figura de ministro supernumerario, una Sala Auxiliar, tribunales colegiados de circuito y normas para que la Corte estuviera dedicada esencialmente a resolver casos que requirieran la interpretación de la Constitución (Fix-Fierro, 2013; 2020). Por otro lado, al exterior de la judicatura, la consolidación del presidencialismo y la hegemonía del PRI fue decisiva para que el cargo de ministro se convirtiera paulatinamente en una más de las posiciones a las que podían aspirar las personas cercanas al régimen o desde la cual podían acceder a otros cargos (Domingo, 2000; Magaloni, 2003; 2008).

Esta breve revisión ayuda a entender cómo se transformaron las disposiciones que inciden en los nombramientos de la Suprema Corte, lo cual hace más notorio el punto de quiebre que significó la reforma judicial de 1994. Su impacto es más claro aún si tiene en cuenta que en el periodo 1917-1994 la media anual de designaciones fue 3.2, y que el tribunal fue renovado con un promedio anual de 15.6%. En contraste, entre 1995 y 2020, estas cifras fueron 1 y 9%, respectivamente. De hecho, si se excluye a los once nombramientos de enero de 1995, las cifras se reducen a 0.6 y 5.5%, respectivamente. Además, como se aprecia en la gráfica 1, los casi nueve años que transcurrieron entre ese enero de 1995 y noviembre de 2003, cuando se efectuó el primer relevo posterior a la reforma de 1994, ha sido el único lapso en el que la integración del tribunal no se modificó.

Esa estabilidad, sumada a la expansión de las atribuciones de control de constitucionalidad derivada de la propia reforma de 1994 y al cambio político en el país, hizo posible que la Suprema Corte adquiriera un protagonismo

en la vida pública que no había gozado antes. En los últimos veinticinco años, la Corte se convirtió en un árbitro del federalismo y la división de poderes y, con el tiempo, también en un órgano más proclive a resolver asuntos relacionados con derechos humanos (Saavedra Herrera, 2013; Castagnola y López Noriega, 2017). La relevancia de lo que está en juego en sus resoluciones ha provocado que el interés en incidir en los procesos de designación se haya multiplicado (Saavedra Herrera, 2012a; 2012b).

De entre las múltiples innovaciones que produjo la reforma de 1994, hubo tres que incidieron en nombramientos. Como se mencionó al inicio de este apartado, la primera fue la reducción en el número de integrantes de veintiséis (o veintiún si excluye a los ministros supernumerarios) a once y la operación el tribunal en Pleno con dos salas especializadas en materias penal y civil y administrativa y laboral, respectivamente. La segunda fue la reincorporación del periodo fijo en el cargo, el cual ahora es de quince años. La tercera fue el rediseño del método de designación, el cual si bien no alteró la esencia del modelo donde confluyen la Presidencia y el Senado de la República, introducido en 1928 e inspirado en la cláusula estadounidense de “consejo y consentimiento”, sí introdujo las siguientes disposiciones relevantes: nominación a través de ternas y no de propuestas únicas; la obligación de las personas nominadas a comparecer ante el Senado; las designaciones se realicen por mayoría calificada de dos tercios de los senadores presentes en vez de mayoría absoluta; la ampliación de diez a treinta días del plazo perentorio para que el Senado realice el nombramiento respectivo, y la cláusula que permite al presidente designar directamente a una nueva persona a partir de la terna previamente enviada al Senado, cuando éste no cumpla con el plazo perentorio para realizar la votación, o bien cuando éste rechace en dos ocasiones consecutivas la totalidad de la terna.

No en todos los nombramientos que se han realizado desde la entrada en vigor de la reforma se aplicaron estas disposiciones en su totalidad. De manera semejante a lo que sucedió en 1928 y 1934, los artículos transitorios del decreto del 31 de diciembre de 1994 determinaron el cese de quienes estaban en funciones y la designación de once a partir de una lista de dieciocho candidaturas propuestas por el Ejecutivo, las cuales terminaron siendo diecisiete por una renuncia. Para asegurar el escalonamiento, se establecieron periodos diferenciados en el cargo, por lo cual dos personas nombradas tendrían que dejar el cargo los días 30 de noviembre de 2003, 2006, 2009 y 2012, así como tres personas en 2015.

De este modo, el 26 de enero de 1995, a partir de la lista remitida por el presidente Zedillo, el Senado designó a diez hombres y a una sola mujer. De esas personas, ocho contaban con experiencia en el Poder Judicial de la Federación y tres no, como se muestra en la tabla 2.⁷

TABLA 2. LAS DESIGNACIONES EFECTUADAS EN 1995

<i>Ministro</i>	<i>Periodo</i>	<i>Trayectoria en el PJF</i>	<i>Posición previa</i>
J. V. Aguinaco Alemán	1995-2003	Magistrado de circuito	Litigante
J. Castro y Castro	1995-2003	—	D. G. Amparo en PGR
J. Díaz Romero	1995-2006	Ministro de la SCJN	Ministro de la SCJN
H. Román Palacios	1995-2006	Magistrado de circuito	Magistrado de circuito
M. Azuela Güitron	1995-2009	Ministro de la SCJN	Ministro de la SCJN
G. D. Góngora Pimentel	1995-2009	Magistrado de circuito	Magistrado de circuito
S. S. Aguirre Anguiano	1995-2012	—	Notario público
G. I. Ortiz Mayagoitia	1995-2012	Magistrado de circuito	Magistrado TRIFE
J. J. Gudiño Pelayo	1995-2015	Magistrado de circuito	Magistrado de circuito
O. M. Sánchez Cordero	1995-2015	—	Magistrada TSJDF
J. N. Silva Meza	1995-2015	Magistrado de circuito	Magistrado TRIFE

FUENTE: elaboración propia con base en Camp (2011) y datos de los autores.

Al igual que en el caso de la reforma constitucional, destaca que la aprobación de estos nombramientos se efectuó de manera rápida y sin protestas que pusieran en riesgo el proceso (Inclán, 2009). De hecho, entre la

⁷ La lista enviada por el presidente Zedillo estuvo integrada por cuatro exministros, seis magistrados federales, dos magistrados del Tribunal Federal Electoral (el cual aún no formaba parte del Poder Judicial de la Federación), una exnotaria, y en ese entonces magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dos abogados litigantes (uno de ellos había sido magistrado federal), un notario, una profesora universitaria, así como por el director general de Amparo de la Procuraduría General de la República (y quien también había laborado en la judicatura federal, pero no como juzgador). Guillermo Guzmán Orozco, uno de los exministros nominados, pidió no ser considerado porque su condición de ministro en retiro lo hacía inelegible, dado que el decreto permitía la nominación de ministros salientes en 1994, pero no de ministros retirados.

presentación de la iniciativa de reforma constitucional y su publicación el *Diario Oficial* transcurrieron menos de treinta días, y entre la presentación de las propuestas y la designación de los nuevos ministros sólo ocho (León Pérez, 2019). En ambos casos, además, la aprobación fue producto de mayorías calificadas conformadas por los partidos Revolucionario Institucional y Acción Nacional (Sánchez *et al.*, 2011).

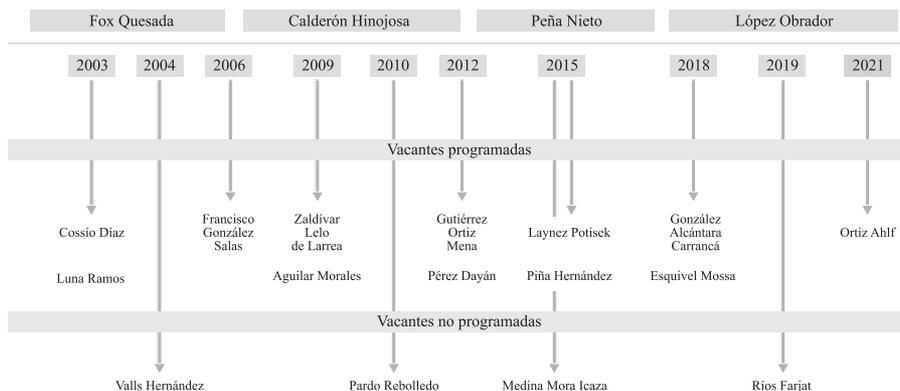
Las normas definidas al final de 1994 y la forma en que se aplicaron a inicios de 1995 deja claro que en aquella coyuntura se optó por diseñar un calendario que con el tiempo incrementó la politización que de suyo caracteriza a este tipo de nombramientos. Esto ocurrió, especialmente, como resultado de la decisión de hacer coincidir una parte de las vacantes con el inicio de nuevos periodos presidenciales. Vale la pena subrayar que al conjugarse con la aplicación de periodos fijos de quince años a partir de 2003, esta coincidencia no se limitó a quienes relevaron a ministros que dejaron la Corte en 2006 y 2012, sino a quienes sucedieron a las personas designadas en 2003 y 2009. De hecho, como se explica a continuación, las primeras personas a las que aplicó el periodo de quince años a raíz de las vacantes que se abrieron en 2003 fueron relevadas a los pocos días de la toma de posesión de la presente administración. Esto, si no ocurre algo imprevisto, volverá a suceder en 2024, cuando dejen la Corte los ministros designados en 2009.

La transformación de la integración de la Suprema Corte a partir de 2003 ha sido condicionada por el escalonamiento definido en 1994. Sin embargo, no todas las vacantes se deben a la conclusión de los periodos designados. Los fallecimientos de los ministros Román Palacios (2004), Gudiño Pelayo (2010) y Valls Hernández (2015), y la renuncia del ministro Medina Mora Icaza (2019) propiciaron relevos que no estaban contemplados en el calendario definido en 1994. Esta distinción entre vacantes imprevistas y programadas es útil, porque permite identificar su coincidencia con periodos presidenciales, así como identificar algunos rasgos que revelan el peso de factores que intervinieron en la integración de las ternas y las designaciones posteriores.

La gráfica 2 muestra los años en los cuales se observaron las dieciséis vacantes que se abrieron en el periodo 2003-2021. Antes de 2018 todas las vacantes programadas dobles fueron por una combinación de personas con experiencia previa como juzgadoras federales (Luna Ramos, Aguilar Morales, Pérez Dayán, y Piña Hernández) y personas con perfiles diversos (Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Gutiérrez Ortiz Mena y Laynez Potisek). Durante este periodo, además, la única vacante programada in-

dividual resultó en la designación de Fernando Franco, una persona que, aunque no desarrolló su carrera al interior de la judicatura federal, había fungido como presidente del Tribunal Federal Electoral antes de que éste formara del Poder Judicial de la Federación. Finalmente, hasta 2018, las vacantes no programadas resultaron en la incorporación de tres personas sin experiencia como juzgadores federales (Valls Hernández y Medina Mora), y a otra que sí contaba con ella (Pardo Rebolledo).⁸

GRÁFICA 2. VACANTES Y DESIGNACIONES, 2003-2021



FUENTE: elaboración propia base en Camp (2011), Fix-Fierro (2013), Bonifaz (2017), León (2019) y datos de los autores.

La historia de las designaciones efectuadas a partir de 2018 ha sido otra. En todas ellas, las ternas han estado a cargo del presidente López Obrador, y se han caracterizado por profundizar en el desequilibrio entre personas con y sin carrera como juzgadores dentro de la judicatura federal, ya que el actual titular del Ejecutivo se ha decantado por postular y eventualmente lograr la designación de personas que no han sido parte de la judicatura federal (Botero *et al.*, 2019). En contraste con lo que ocurría previamente, dos de las cuatro personas nombradas durante el actual sexenio provienen

⁸ Cabe destacar que al momento de su designación, el ministro Valls Hernández fungía como consejero de la Judicatura Federal y había sido previamente magistrado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Agradecemos la sugerencia que destaca esta cuestión que se nos hizo en uno de los dictámenes.

de órganos jurisdiccionales locales (Juan Luis González Alcántara, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, y Yasmín Esquivel Mossa, del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México), una del gobierno federal (Margarita Ríos Farjat era titular del Servicio de Administración Tributaria), y otra más del Consejo de la Judicatura Federal (Loretta Ortiz Ahlf).

Vale la pena recalcar que en el proceso de renovación escalonada, los últimos cuatro presidentes le han propuesto al Senado en promedio entre tres y cuatro integrantes (Bonifaz, 2017). Esto significa que han podido renovar entre el 27 y el 46 por ciento de la Corte. Desde luego que nombrar, con aval del Senado, tres o cuatro nuevas posiciones de un total de once, no siempre implica mover a la Corte en la dirección deseada.⁹ Desde 1928 los presidentes han intentado orientar a la Corte hacia su proyecto político e ideológico, pero ello no significa que baste la mera afinidad con el presidente para que la persona propuesta sea confirmada por el Senado. En la literatura, algunos factores que explican el éxito en las nominaciones son contar con mayoría en el Senado, tener alta aprobación popular y enviar propuestas que se juzguen como un buen perfil, en términos de trayectoria, sea académica o judicial, y con relativa independencia, aunque ésta sea mínima (Corley, 2006).

Sin embargo, también existe la posibilidad de que la terna enviada no tenga éxito, como ocurrió en 2003, 2010 y 2012 (Bonifaz, 2017). Esto, generalmente, se debe al gobierno dividido (Krutz *et al.*, 1998), además de que las propuestas enviadas al inicio del mandato gozan de mayores probabilidades de éxito que las que son enviadas al final. Pero el presidente, al tener como prerrogativa el enviar propuestas, puede sustituir algunas propuestas en nuevas ternas, como de hecho ocurrió, y entonces ser exitoso, como en el caso de tres de los ministros actuales. Si bien no a todos los presidentes les ha tocado proponer integrantes a la Corte, como a Jimmy Carter en Estados Unidos, o a Pascual Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez en México, en términos generales es plausible suponer que los proyectos políticos presidenciales demandan un Poder Judicial mucho más afín.

⁹ Entre 1917 y 1928, las propuestas de potenciales ministros no las presentaba el presidente, sino que provenían formalmente de las legislaturas locales (Cabrera 1998) y las aprobaba la Cámara de Diputados. Sin embargo, hasta cierto punto era posible identificar a los afines con el presidente en turno, que representaban la mitad de la Corte, entre cuatro y cinco de los once integrantes (Suarez-Potts, 2009).

IV. HIPÓTESIS, DATOS Y MÉTODOS

De la revisión teórica efectuada en las páginas previas emergen las siguientes hipótesis sobre las probabilidades de recibir una mayor votación en el Senado:

- H1: las mujeres tienen menores probabilidades de obtener los votos necesarios para ser designadas.
- H2: las personas con experiencia como juzgadoras tienen mayores probabilidades de obtener los votos necesarios para ser designadas.
- H3: la popularidad presidencial aumenta las probabilidades de que las personas propuestas por el Ejecutivo obtengan los votos para ser designadas.
- H4: el gobierno dividido disminuye las probabilidades de que las personas propuestas por el Ejecutivo obtengan los votos para ser designadas.
- H5: la fragmentación política disminuye las probabilidades de que las personas propuestas por el Ejecutivo obtengan los votos para ser designadas.

Para verificar la pertinencia de esta hipótesis, se analizan tres variables independientes: *a*) el número de votos (número absoluto de votos); *b*) el porcentaje de votos (número relativo resultado de dividir votos entre integrantes presentes), y *c*) si la propuesta alcanza los dos tercios o no (variable binaria). Los datos provienen de una compilación de 95 votaciones del Senado entre enero de 1995 y diciembre de 2021. La integración de las ternas y su votación se obtuvo del *Diario de los Debates* de esa Cámara. Posteriormente, dicha información se cotejó con los datos de León (2019), Bonifaz (2017) y Elizondo y Magaloni (2010), donde se incluyeron las dos rondas cuando éstas tuvieron lugar (seis ocasiones).

Los porcentajes de popularidad presidencial se obtuvieron de la estimación basada en encuestas representativas nacionales publicada por el sitio *Oraculus* (Márquez, 2019); el gobierno dividido fue identificado como uno (en 36% de las votaciones), y el unificado como cero, mientras que los porcentajes de integrantes por bancada senatorial se consultaron en la página del Senado.

Las características personales; esto es, mujer (48%) y carrera judicial federal o local (55%) fueron identificadas como variables binarias, y se obtu-

vieron de los dictámenes de la Comisión de Justicia contenidos en el *Diario de los Debates*, cotejados con León (2019), Botero, Sáez y Ayala (2019) y Bonifaz (2017).¹⁰ La estadística descriptiva se presenta en la tabla 3.

TABLA 3. ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA

<i>Variable</i>	<i>Votaciones</i>	<i>Promedio</i>	<i>Desv. Est.</i>	<i>Min</i>	<i>Pctl(25)</i>	<i>Pctl(75)</i>	<i>Máx</i>
Votos a favor	95	40.73	40.62	0	4.5	82.5	114
Porcentaje a favor	95	0.36	0.36	0.00	0.04	0.74	0.99
Tiene 2/3	95	0.28	0.45	0	0	1	1
Mujer	95	0.48	0.50	0	0	1	1
Carrera judicial (federal y local)	95	0.63	0.48	0	0	1	1
Popularidad presidencial	95	0.58	0.09	0.40	0.53	0.60	0.78
Gobierno dividido	95	0.35	0.48	0	0	1	1
Fragmentación partidista	95	2.97	0.64	1.69	2.74	3.35	3.44

FUENTE: compilación de los autores, base de 95 votaciones del Senado sobre nombramientos a la Suprema Corte, 1995-2021. Número y porcentaje de votos, confirmación e integración de 21 ternas (*Diario de los Debates del Senado 1995-2021*; León, 2019; Bonifaz, 2017; Elizondo y Magaloni, 2010); mujer y carrera judicial (dictámenes de la Comisión de Justicia contenidos en el *Diario de los Debates 1995-2021*; León, 2019, Botero, Sáez y Ayala, 2019; Bonifaz, 2017); porcentajes de popularidad presidencial (Márquez 2021), gobierno dividido cuando ejecutivo y mayoría del Senado pertenecen a distinto partido (*Diario de los Debates del Senado, 1995-2021*, Márquez, 2021; Bonifaz, 2017) y fragmentación partidista (cálculo à-la-Laakso y Taagepera, 1979) mediante porcentajes de integrantes por bancada senatorial (Senado sitio, 2021).

¹⁰ La variable carrera judicial distingue a aquellas personas que previamente a ser nominadas ocuparon cargos como juzgadoras en órganos jurisdiccionales u otros tribunales, ya sea del ámbito federal o local. Agradecemos la sugerencia que se nos hicieron en los dictámenes respecto de la pertinencia de considerar a las personas con experiencia en tribunales locales.

Se estimaron los siguientes modelos: *a)* para el número de votos se estimaron un modelo lineal y un modelo binomial negativo considerando que se trata de una variable de conteo; *b)* para el porcentaje de votos se empleó un modelo lineal, por tratarse de una variable continua, y *c)* para ver si la propuesta alcanza o no los dos tercios, se utilizó un modelo logístico, en tanto es una variable binaria. En todos los casos se corrigieron los errores estándar agrupados por terna (véase tabla de resultados en apéndice).

V. RESULTADOS

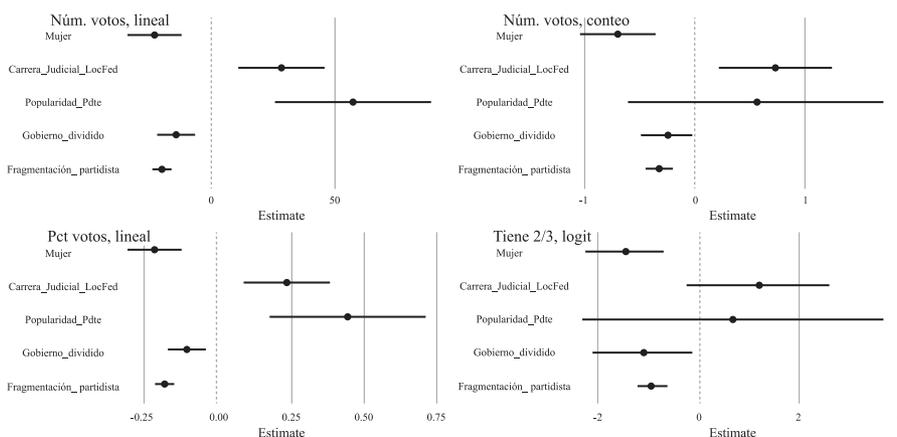
Los resultados de los cuatro modelos estimados se muestran en la gráfica 3 (la tabla del apéndice contiene la presentación tradicional). En todas las gráficas se incluye una línea vertical punteada en el número “0” del eje horizontal. Cuando el coeficiente de una variable se ubica a la izquierda de la línea “0”, significa que tiene un impacto negativo, y cuando se ubica a la derecha tiene un impacto positivo. Cuando la línea horizontal de cada variable, la cual representa el error estándar, cruza la línea 0, se dice que no tiene impacto alguno, ello con un 90% de confianza para estos modelos.

El primer par de modelos explica el número de votos por nominación con técnicas diferentes (lineal y de conteo); otro explica el porcentaje de votos (lineal), y el último, qué determina si se cuenta o no con los dos tercios del Senado (logístico). En el primer modelo, el cual muestra los determinantes del número de votos a través de un modelo lineal, se observa que ser mujer, enfrentar gobierno dividido y una mayor fragmentación partidista disminuyen el número de votos, dado que se ubican a la izquierda de la línea 0 sin tocarla, mientras que contar con carrera judicial y una mayor popularidad presidencial incrementan dicho número, pues se ubican a la derecha de la línea 0.

El segundo modelo también explica el número de votos recibidos por nominación, pero en el tratamiento estadístico se emplea un modelo de conteo, el cual sirve para estimar eventos esporádicos. Los resultados son similares a los del primero, puesto que las tres variables ubicadas a la izquierda y las dos de la derecha son las mismas. El tercer modelo es lineal, y muestra los determinantes del porcentaje de votos con los mismos efectos, es decir, carrera judicial y popularidad presidencial incrementan dicho porcentaje, mientras que ser mujer, enfrentar gobierno dividido y una ma-

yor fragmentación partidista lo disminuyen. Por último, el cuarto modelo muestra los determinantes para alcanzar o no los dos tercios del Senado. En este modelo las variables carrera judicial y popularidad presidencial pierden significancia estadística, pero las variables que reducen la probabilidad de alcanzar la aprobación senatorial son las mismas: ser mujer, enfrentar gobierno dividido y tener una mayor fragmentación partidista.¹¹

GRÁFICA 3. DETERMINANTES DEL NOMBRAMIENTO DE MINISTROS DE LA SCJN, 1995-2021

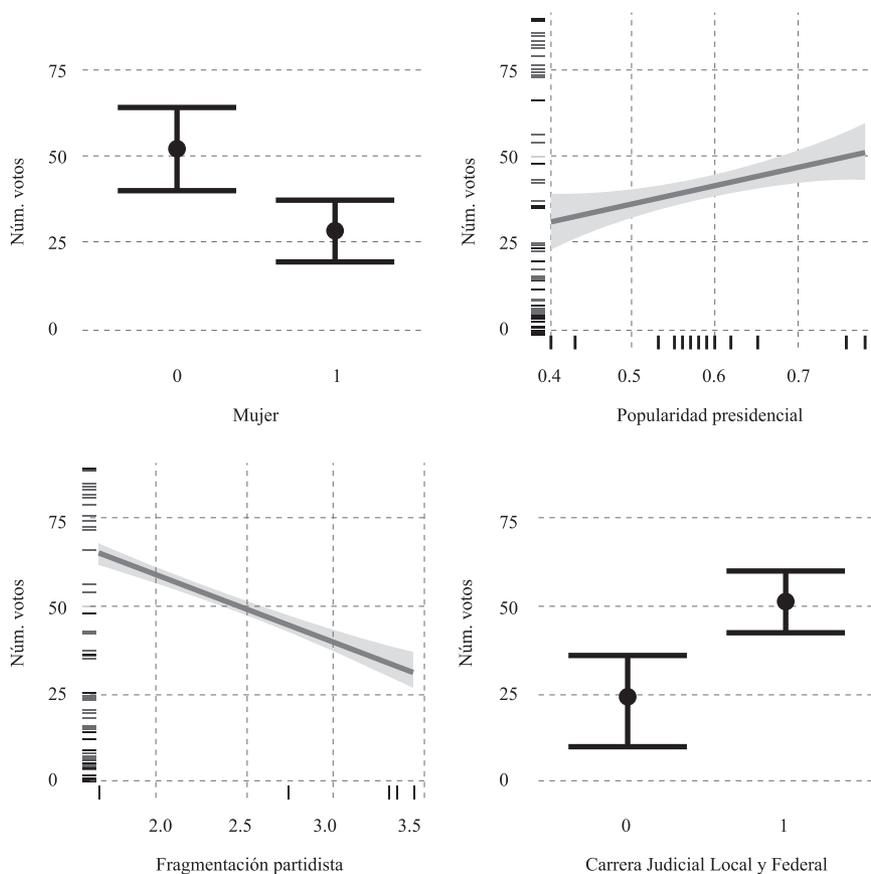


FUENTE: estimaciones propias, base de votaciones del Senado sobre nombramientos a la Suprema Corte, 1995-2021. Errores estándar corregidos mediante agrupamientos por terna. 92 votaciones, votos: lineal, R2 0.21 y F 5.9; votos: conteo, R2 0.02 y Wald 57.4; pct votos: lineal. R2 0.22 y F 6.05; tiene 2/3: logístico, pseudo R2 0.2 y Wald 75.6.

¹¹ Se estimaron modelos adicionales para capturar la idea de dilemas en la construcción de coaliciones más allá de la medición del gobierno dividido. Antes de emplear fragmentación, se exploró con el partido al cual pertenece el presidente y el partido que tiene la mayoría en el Senado. Las variables mujer, popularidad presidencial y carrera judicial esencialmente mantienen los efectos aquí mostrados. En estos modelos se observa que presidentes panistas tuvieron menores probabilidades de contar con votos adicionales, mientras que contar con una mayoría del PRI las aumentaba. Sin embargo, se trata de variables binarias con numerosos ceros y aunque los resultados sobre partidos sí muestran consistencia, no se trata de modelos particularmente estables. Adicionalmente, se estimaron modelos incorporando una variable binaria identificando a quiénes habían estado en una terna previa, así como si se llevó a cabo una o hasta dos rondas de votaciones, sin hallar efectos significativos.

Para conocer los efectos de las variables significativas en cada uno de los modelos se presentan los cálculos de sus pronósticos en la gráfica 4. Como ahí se muestra, ser mujer implica obtener menos de cuarenta votos, mientras que ser hombre implica alcanzar incluso más de sesenta. Por su parte tener una carrera judicial implica de cuarenta a sesenta votos, mientras que una alta popularidad presidencial puede significar más de cuarenta votos e incluso hasta sesenta cuando se ronda el 70% de aprobación.

GRÁFICA 4. PRONÓSTICO DE NÚMERO DE VOTOS



VI. CONCLUSIONES

Los efectos de las variables analizadas en la literatura de Estados Unidos parecen encontrar eco en la experiencia mexicana, sobre todo a la luz de los resultados relacionados con el gobierno dividido, que, como se mencionó, incidió en la aprobación de las nominaciones posteriores a la reforma judicial de 1994, particularmente a las que presentaron los presidentes Fox, Calderón y Peña Nieto. En contraste, el gobierno unificado durante los primeros trienios de Zedillo y López Obrador permitió que sus propuestas obtuvieran las votaciones absolutas y porcentuales más altas. Sin duda, también podría argumentarse que el gobierno dividido influyó en el rechazo de ternas en noviembre de 2003, diciembre de 2010 y octubre y noviembre de 2012. Aunado a ello, una mayor fragmentación partidista sí ha complicado la posibilidad de obtener un mayor número de votos en las nominaciones judiciales.

Lamentablemente, ser mujer también reduce sustancialmente las probabilidades de sumar más votos, sea en números absolutos o en porcentaje, y, desde luego, disminuye las oportunidades para alcanzar los dos tercios. Debe tenerse presente que, de ternas mixtas, exceptuando el grupo de propuestas de enero de 1995 y la que se presentó a finales de 2021, ninguna mujer ha sido seleccionada. Incluso, ya ha sido el caso que una terna integrada exclusivamente por mujeres fuera rechazada (diciembre de 2010). Las barreras que enfrentan las mujeres nominadas para ministras no sólo son claras según la evidencia ofrecida en todos los modelos, a juzgar por el impacto negativo y significativo del ser mujer, como se muestra en todos los modelos de la gráfica 2, sino que dichas barreras históricamente sí han operado, pues han llegado a ministras poco más de una docena de mujeres en doscientos de vida independiente.

Otra conclusión relevante del análisis empírico es que el presidente puede enviar al Senado propuestas que no necesariamente se caractericen por ser afines con los últimos dictados judiciales, como lo señaló recientemente un panel de expertos dentro del sistema interamericano (Botero *et al.*, 2019). Ello se puede deber a factores tales como gobierno unificado y alta popularidad. En otras palabras, bajo ciertas condiciones, como las aquí estudiadas, los presidentes buscan influir en las decisiones judiciales a través de los nombramientos, tal como también lo intenta hacer el Senado.

En el caso de México, además, ha sido particularmente notable el peso que en su momento tuvo la carrera judicial en la integración de las ternas,

pero también, aunque en menor medida, en los resultados en el Senado. Podría decirse que, en la ausencia de reglas que con toda claridad privilegien cierto tipo de perfiles, la confección de las ternas se efectuó no sólo considerando la cercanía de los nominados con el presidente o la colación en el gobierno, sino también reconociendo la importancia que para el Poder Judicial de la Federación tiene el hecho de que las posiciones de mayor jerarquía sean ocupadas, al menos en parte, por sus propios integrantes. Esto, como se explicó previamente, cambió en el actual sexenio, en el que contar con vínculos personales o profesionales con el titular del Ejecutivo ha sido acompañado de un incremento de la importancia de tener experiencia en tribunales de carácter local.

Los nombramientos a la Suprema Corte generalmente son un primer paso para analizar la toma de decisiones en el Poder Judicial. En particular, son importantes, por varias razones. Una de ellas es que la aspiración a un juicio justo no necesariamente debe quedarse en un mero mito legal (Gibson y Caldeira, 2009), porque una parte de los componentes de la lealtad institucional, como lo es un proceso adecuado, sí resulta importante para garantizar la legitimidad de las cortes.

Dentro de este proceso, la presión social y política para que la Corte cuente con más ministras puede ser útil, aunque fueran nominadas en tanto resulten afines al ideario del mandatario en turno (Asmussen, 2011). Pareciera que tanto la ciudadanía como las elites creen más en la justicia cuando una aprobación no se percibe como principalmente guiada por motivos políticos. Esto implica que siempre será menos difícil admitir una revocación o derrota judicial cuando el fallo contenga argumentos plausibles (Murphy, 1964). Finalmente, si se privilegia el defender la razón pública (Rawls, 2005), entonces la politización resultará positiva si el proceso deriva en mayores niveles de deliberación, lo cual podría permitir una reflexión colectiva.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- ABRAHAM, H. (1992). *Justices and Presidents. A Political History of Appointments to the Supreme Court*. Oxford University Press.
- ASMUSSEN, N. (2011). "Female and Minority Judicial Nominees: President's Delight and Senators' Dismay?". *Legislative Studies Quarterly*. XXXVI (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1939-9162.2011.00028.x>.

- ASTUDILLO, C. (2009). “Comentario al artículo 95”. En CARBONELL, Miguel (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*. 20a. ed. México: Porrúa-UNAM.
- ASTUDILLO, C. (2010). “El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México”. En BOGDANDY, A. von, et al. (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionales commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/16.pdf>.
- ASTUDILLO, C. y ESTRADA MARÚN, J. A. (2019). *Nombramiento de ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el contexto de los modelos de designación en el derecho comparado*. México: Porrúa-IMDPC.
- BANKS, C. y O'BRIEN, D. (2015). *The Judicial Process. Law, Courts, and Judicial Politics*. Thousand Oaks, CA, Sage.
- BARRAGÁN, J. (2006). “El regreso de la justicia de amparo al conocimiento de la materia electoral”. *Justicia Constitucional Electoral*. México: UNAM. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59187>.
- BINDER, S. (2001). “The Senate as Black Hole? Lessons Learned from the Judicial Appointments Experience”. En MACKENZIE, C. (ed.). *Innocent Until Nominated: The Breakdown of the Presidential Appointments Process*. Washington, D. C.: Brookings Institution Press.
- BINDER, S. y MALTZMAN, F. (2013). “Advice and Consent: The Politics of Confirming Federal Judges”. En OPPENHEIMER, B. y DODD, L. (eds.). *Congress Reconsidered*. Washington D. C.: CQ Press.
- BONIFAZ, L. (2017). *La división de poderes en México. Entre la política y el derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BOTERO, C. et al. (2019). *Informe final del panel de expertos para la elección de ministra/o de la Suprema Corte de Justicia de México*. México: Fundación para el Debido Proceso (DPLF). Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/informe-final-del-panel-internacional-de-expertos-para-la-eleccion-de-ministrao-de-la-0>.
- CABRERA, L. (1998). *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*. México: SCJN. Disponible en: http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2018/000291316/000291316_T1.pdf.

- CALDEIRA, G. y WRIGHT, J. (1998). "Lobbying for Justice: Organized Interests, Supreme Court Nominations, and the United States Senate". *American Journal of Political Science*. 42 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2991768>.
- CAMERON, C. *et al.* (1990). "Senate Voting on Supreme Court Nominees: A Neoinstitutional Model". *American Political Science Review*. 84 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1963533>.
- CAMP, R. A. (2011). *Mexican Political Biographies, 1935-2009*. University of Texas Press. Disponible en: <https://utpress.utexas.edu/books/camme3>.
- CASTAGNOLA, A. y LÓPEZ NORIEGA, S. (eds.) (2016). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nueva York: Routledge.
- CLARK, M. (2004). "One Man's Token is Another Woman's Breakthrough? The Appointment of the First Women Federal Judges". *Villanova Law Review*. 49 (3). Disponible en: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol49/iss3/2>.
- COMISKEY, M. (2004). *Seeking Justices: The Judging of Supreme Court Nominees*. University Press of Kansas.
- CORLEY, P. (2006). "Avoiding Advice and Consent: Recess Appointments and Presidential Power", *Presidential Studies Quarterly*. 36 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1741-5705.2006.02573.x>.
- DENNING, B. (2001). "Reforming the New Confirmation Process: Replacing «Despise and Resent» with «Advice and Consent»". *Administrative Law Review*. 53 (1). Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40711947>.
- DÍAZ DOMÍNGUEZ, Alejandro (2016). "El Tribunal Electoral y los gastos de los partidos políticos en México". *Perfiles Latinoamericanos*. 24 (47). Disponible en: <http://doi.org/10.18504/pl2447-006-2016>.
- DOMINGO, P. (2000). "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico". *Journal of Latin American Studies*. 32 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0022216X00005885>.
- DRESSEL, B. *et al.* (2017). "The Informal Dimension of Judicial Politics: A Relational Perspective". *Annual Review of Law and Social Science*. 13 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110316-113750>.

- ELIZONDO, C. y MAGALONI, A. L. (2010). “La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”. *Cuestiones Constitucionales*. 23. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5930/7871>.
- EPSTEIN, L. *et al.* (2009). “Circuit Effects: How the Norm of Federal Judicial Experience Biases the Supreme Court”. *University of Pennsylvania Law Review*. 157. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/voll157/iss3/3.
- EPSTEIN, L. y SEGAL, J. (2005). *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*. Oxford University Press.
- FIX-FIERRO, H. (2013). “Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales*. 12 (14). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/8.pdf>.
- FIX-FIERRO, H. (2020). *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. México: UNAM.
- GIBSON, J. y CALDEIRA, G. (2009). “Confirmation Politics and the Legitimacy of the US Supreme Court: Institutional Loyalty, Positivity Bias and the Alito Nomination”. *American Journal of Political Science*. 53 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2008.00362.x>.
- GILES, M. *et al.* (2001). “Picking Federal Judges: A Note on Policy and Partisan Selection Agendas”. *Political Research Quarterly*. 54 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/106591290105400307>.
- GOLDMAN, S. (2003). “Assessing the Senate Judicial Confirmation Process: The Index of Obstruction and Delay”. *Judicature*. 86 (5). Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/judica86&div=70&id=&page=>.
- HARRIS, J. (1968). *The Advice and Consent of the Senate. A Study of the Confirmation of Appointments by the United States Senate*. Nueva York: Greenwood Press.
- HARTLEY, R. (2001). “Senate Delay of Minority Judicial Nominees: A Look at Race, Gender, and Experience”, *Judicature*. 84 (4). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1416273>.
- HARTLEY, R. y HOLMES, L. (2002). “An Invigoration of «Consent»? The Increasing Senate Scrutiny of Lower Federal Court Nominees”,

- Political Science Quarterly*. 117 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/798183>.
- HELMKE, G. y RÍOS-FIGUEROA, J. (2011). "Introduction: Courts in Latin America". En HELMKE, G. y RÍOS-FIGUEROA, J. (coords.). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520>.
- HILL, K. Q. y HURLEY, P. (1999). "Dyadic Representation Reappraised". *American Journal of Political Science*. 43 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2991787>.
- HOLLIBAUGH, G. y ROTHENBERG, L. (2017). "The When and Why of Nominations: Determinants of Presidential Appointments". *American Politics Research*. 45 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1532673X16628266>.
- HOLMES, L. (2007). "Presidential Strategy in the Judicial Appointment Process: «Going Public» in Support of Nominees to the U.S. Courts of Appeals". *American Politics Research*. 35 (5). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1532673X07301807>.
- INCLÁN, S. (2009). "Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?". *Political Research Quarterly*. 62 (4).
- JO, J. (2017). "Now or Later? A Dynamic Analysis of Judicial Appointments". *Journal of Theoretical Politics*. 29 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0951629816630433>.
- KREHBIEL, K. (2007). "Supreme Court Appointments as a Move-the-Median Game". *American Journal of Political Science*. 51 (2). Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/4620062>.
- KRUTZ, G. et al. (1998). "From Abe Fortas to Zoe Baird: Why Some Nominations Fail in the Senate". *American Political Science Review*. 92 (7). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2586309>.
- LAAKSO, M. y TAAGEPERA, R. (1979). "«Effective» Number of Parties: A Measure with Application to West Europe". *Comparative Political Studies*. 12 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/001041407901200101>.
- LEÓN PÉREZ, A. (2019). *La política de las designaciones de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis de licenciatura. México: UNAM.

- MAGALONI, B. (2003). "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal exchange". En MAINWARING, S. y WLENA, C. (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press.
- MAGALONI, B. (2008). "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico". En GINSBURG, T. y MOUSTAFA, Z. (eds.). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press.
- MÁRQUEZ, J. (2019). "Aprobación presidencial". En MÁRQUEZ, J. (coord.). *Oraculus*. Disponible en: <https://oraculus.mx/aprobacion-presidencial/> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2019).
- MARTIN, E. (2004). "Gender and Presidential Judicial Selection". *Women and Politics*. 26 (3). Disponible en: https://doi.org/10.1300/J014v26n03_05.
- MCMAHON, K. (2007). "Presidents, Political Regimes, and Contentious Supreme Court Nominations: A Historical Institutional Model". *Law and Social Inquiry*. 32 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2007.00083.x>.
- MONTOYA, A. M. (2015). *Si no vas al Senado no te eligen magistrado: instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- MORASKI, B. y SHIPAN, C. (1999). "The Politics of Supreme Court Nominations: A Theory of Institutional Constraints and Choices". *American Journal of Political Science*. 43 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2991818>.
- MURPHY, W. (1964). *Elements of Judicial Strategy*. University of Chicago Press.
- OVERBY, M. et al. (1992). "Courting Constituents? An Analysis of the Senate Confirmation Vote on Justice Clarence Thomas". *American Political Science Review*. 86 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1964351>.
- PINEDA, N. y DURAZO, A. (2010). "El presidencialismo y la rotación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México de 1934 a 2010". *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*. 3 (5). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3368195>.
- PORTES GIL, E. (1934). *Autobiografía de la Revolución*. México: SEGOB.

- POZAS-LOYO, A. (15 de diciembre de 2015). “Nuevos ministros de la Suprema Corte: las «ternas de uno» y las ventajas del Ejecutivo”. *Horizontal*. Disponible en: <https://horizontal.mx/nuevos-ministros-de-la-suprema-corte-las-ternas-de-uno-y-las-ventajas-del-ejecutivo/>.
- POZAS-LOYO, A. y RÍOS-FIGUEROA, J. (2016). “The Transformations of The Role of the Mexican Supreme Court”. En CASTAGNOLA, A. y LÓPEZ NORIEGA, S. (eds.). *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nueva York: Routledge.
- PRIMO, D. *et al.* (2008). “Who Consents? Competing Pivots in Federal Judicial Selection”. *American Journal of Political Science*. 52 (3). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2008.00324.x>.
- SAAVEDRA HERRERA, C. (18 de octubre de 2012a). “Designar hoy para cosechar mañana: La importancia de la selección de los ministros de la SCJN”. *Blog de la Revista Letras Libres*. Disponible en: <https://letraslibres.com/revista-espana/designar-hoy-para-cosechar-manana-la-importancia-de-la-seleccion-de-los-ministros-de-la-scjn/>.
- SAAVEDRA HERRERA, C. (15 de noviembre de 2012b). “SCJN: eligiendo las nuevas reglas del juego”, *Blog de la Revista Letras Libres*. Disponible en: <https://letraslibres.com/revista-espana/scjn-eligiendo-las-nuevas-reglas-del-juego/>.
- SAAVEDRA HERRERA, C. (2013). *Democracy, Judicialisation and the Emergence of the Supreme Court as a Policy-Maker in Mexico*, tesis de doctorado. Londres: London School of Economics and Political Science.
- SÁNCHEZ, A. *et al.* (2011). “Activists vs. Legalists: The Mexican Supreme Court and its Ideological Battles”. En HELMKE, G. y RÍOS FIGUEROA, J. (cords.). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520>.
- SEGAL, J. *et al.* (1992). “A Spatial Model of Roll-Call Voting: Senators, Constituents, and Interest Groups in Supreme Court Confirmations”. *American Journal of Political Science*. 36 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2111426>.
- SHIPAN, C. y SHANNON, M. (2003). “Delaying Justice(s): A Duration Analysis of Supreme Court Confirmations”. *American Journal of Political Science*. 47 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1540-5907.00046>.
- STRATMANN, T. y GARNER, J. (2004). “Judicial Selection: Politics, Biases, and Constituency Demands”. *Public Choice*. 118. Disponible en: <https://doi.org/10.1023/B:PUCH.0000019906.11742.f8>.

- SUAREZ-POTTS, W. (2009). “The Mexican Supreme Court and the Juntas de Conciliación y Arbitraje, 1917-1924: The Judicialisation of Labour Relations after the Revolution”. *Journal of Latin American Studies*. 41 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0022216X09990575>.
- SZMER, J. y SONGER D. (2005). “The Effects of Information on the Accuracy of Presidential Assessments of Supreme Court Nominee Preferences”. *Political Research Quarterly*. 58 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/106591290505800114>.
- TATE, N. C. y HANDBERG, R. (1991). “Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-1988”. *American Journal of Political Science*. 35 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2111371>.
- VELA, E. (agosto de 2015). “Debate: ¿por qué no garantizar la paridad de género en la Suprema Corte de Justicia?”. *Nexos en línea*. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4863>.
- WHITMEYER, J. (2006). “Presidential Power over Supreme Court Decisions”. *Public Choice*. 127. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s1127-006-7108-6>.
- WRIGHT, J. (2003). *Interest Groups and Congress: Lobbying, Contributions and Influence*. Nueva York: Longman.
- YALOF, D. A. (1999). *Pursuit of Justices: Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*. University of Chicago Press.

VIII. APÉNDICE ESTADÍSTICO

DETERMINANTES DE LAS DESIGNACIONES DE MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE

	<i>Modelo 1</i> Núm. votos	<i>Modelo 2</i> Núm. votos	<i>Modelo 3</i> Votos (%)	<i>Modelo 4</i> Mayoría 2/3
Mujer	-23.44**	-0.70**	-0.21**	-1.48**
	(6.31)	(0.21)	(0.05)	(0.48)
Carrera judicial (local y federal)	28.44**	0.74**	0.24**	1.18
	(10.35)	(0.31)	(0.09)	(0.87)

	<i>Modelo 1</i> <i>Núm. votos</i>	<i>Modelo 2</i> <i>Núm. votos</i>	<i>Modelo 3</i> <i>Votos (%)</i>	<i>Modelo 4</i> <i>Mayoría 2/3</i>
Popularidad presidencial	57.76**	0.57	0.44**	0.67
	(19.39)	(0.71)	(0.17)	(1.84)
Gobierno dividido	-14.13**	-0.24*	-0.10**	-1.12*
	(4.38)	(0.14)	(0.04)	(0.61)
Fragmentación partidista	-19.86**	-0.32**	-0.18**	-0.92**
	(1.96)	(0.07)	(0.02)	(0.19)
Constante	64.35**	4.16**	0.62**	1.53
	(13.25)	(0.38)	(0.12)	(0.98)
Observaciones	95	95	95	95
Bondad de ajuste	0.27	0.02	0.26	0.22
Verosimilitud	-468.8	-431.9	-19.9	-44.2
Modelo	Lineal	Bin. neg.	Lineal	Logístico

FUENTE: estimaciones de los autores. Modelos 1 y 2 son estimaciones de modelos lineales sobre número de votos a favor. Modelos 3 y 4 son estimaciones de modelos binomiales negativos (o de conteo) sobre número de votos a favor. Modelos 5 y 6 son estimaciones de modelos lineales sobre porcentaje de votos. Modelos 7 y 8 son estimaciones de modelos logísticos binarios sobre contar o no con dos tercios. Entradas son coeficientes no estandarizados y errores estándar corregidos por terna entre paréntesis en todas las estimaciones. Notas: significancia estadística** 0.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El Estado social de derecho expósito: la sostenibilidad fiscal y la regresión judicial de derechos sociales en Colombia*

The Exposed Social State of Law: Fiscal Sustainability and the Judicial Regression of Social Rights in Colombia

En memoria del profesor Ernesto Pinilla Campos, constitucionalista de los trabajadores

Recepción: 30 de abril de 2022

Aceptación: 17 de junio de 2022

Carlos Arturo DUARTE MARTÍNEZ**

RESUMEN: En este texto se analizan las sentencias de unificación 1073 de 2012 y 230 de 2015, y se expone cómo en ellas la Corte Constitucional promueve la regresión a derechos sociales. Los efectos que estas sentencias tienen dentro del sistema de control de constitucionalidad permiten identificar una elusión constitucional, pues es imposible que el principio de no regresividad se aplique como un criterio de justiciabilidad. Estas decisiones han sido reiteradas en años

ABSTRACT: In this text, the Unification Sentences 1073 of 2012 and 230 of 2015 are analyzed and it is exposed how in them the Constitutional Court promotes the regression to social rights. The effects that these have within the constitutionality control system allow us to identify a constitutional evasion, since it is impossible for the principle of non-regressiveness to be applied as a criterion of justiciability. These decisions have been reiterated in subsequent years

* Resultado de la investigación realizada por el autor para el curso sobre “Derecho penal constitucional” impartido por el doctor Ignacio Francisco Tedesco en los cursos del doctorado en derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogado y especialista en derecho público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia (UNAB). Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNAB. ORCID: 0000-0002-7443-8510; cduarte3@unab.edu.co.

posteriores, y dejan sin garantías judiciales a la cláusula de Estado social de derecho de la Constitución de 1991 frente a la sostenibilidad fiscal. Esto también viola el estándar del recurso judicial efectivo consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Palabras clave: derechos pensionales, crisis fiscal, control constitucional, juicio de amparo.

and leave without judicial guarantees the clause of the Social State of Law of the 1991 Constitution in the face of fiscal sustainability. This also violates the standard of effective judicial remedy enshrined in the American Convention on Human Rights.

Keywords: pension rights, fiscal crisis, constitutional control, amparo trial.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La elusión constitucional como problema del control constitucional*. III. *El principio de no regresividad de los derechos sociales y el control constitucional a las medidas regresivas*. IV. *La regresión judicial a derechos pensionales, una elusión constitucional*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A más de 30 años de la expedición de la Constitución de 1991, el Estado social de derecho y el control constitucional en Colombia están en deconstrucción, en virtud del Acto Legislativo 3 de 2011, que incluyó en el sistema constitucional la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal. Hace una década, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-288 de 2012, sostuvo que la sostenibilidad fiscal “en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines” del Estado social de derecho, lo que no se cumple. Pero la Corte Constitucional colombiana ha ponderado la sostenibilidad fiscal con derechos sociales fundamentales,¹ y como resultado ha reducido el margen de protección de

¹ Desde 2007 la Corte Constitucional colombiana ha sostenido el carácter fundamental, propio y directo de todos derechos sociales al entender que esa característica tiene origen en la decisión del constituyente de elevarlos a rango constitucional y relacionarse con la dignidad humana; por ende, la labor de los jueces constitucionales se debe centrar en la posibilidad de hacerse efectivos, en donde los derechos sociales exigen el diseño de estrategias para que las personas más necesitadas puedan disfrutar de ellos (Sentencia T-016 de 2007).

la prestación debida a sus titulares al abaratar su costo para proteger las finanzas públicas. Así, la sostenibilidad fiscal se ha entrometido en el elemento ideológico de la Constitución de 1991, y opera como razón jurídica en contra de la máxima realización del Estado social de derecho y de los derechos sociales.

La fuente de derecho que contiene las regresiones que interesan a este escrito son sentencias proferidas por la Corte Constitucional en procesos de tutela o amparo,² que en principio fueron promovidos por personas para la protección de sus derechos fundamentales, y no leyes aprobadas por el Congreso de la República. Esa regresión afecta a todas las personas que se encuentran en una situación análoga a la de los demandantes en los procesos de amparo, en atención al carácter de precedente constitucional que tienen aquellas sentencias y que vinculan tanto a jueces³ como a entidades públicas.⁴

El objetivo de este escrito no es demostrar que la Corte Constitucional es autora de regresiones a derechos sociales, lo que ya han hecho por ejemplo Jaimes y Pacheco (2017), sino poner de presente que ante ellas la Constitución de 1991 queda expósita, pues: *a)* no se cumple con las cargas argumentativas exigidas por el principio de no regresividad; *b)* no es posible ejercer algún control abstracto de constitucionalidad frente a ellas, y *c)* se falsea la teleología del juicio de amparo o acción de tutela, pues no garantiza la eficacia de esos derechos, sino que reduce su contenido.

Lo anterior, reduce las garantías legislativas y judiciales que la Constitución de 1991 ha previsto para los derechos sociales, pues su regresión no es un asunto de reserva de ley, lo que impide que el principio de no regre-

² El proceso de tutela o amparo en Colombia es un proceso judicial compuesto por: (i) hasta dos instancias —agotar la segunda es opcional— que se tramitan ante jueces ordinarios, y (ii) la revisión constitucional —que sí es obligatoria—, que se confía a la Corte Constitucional para unificar la jurisprudencia constitucional.

³ La obligatoriedad de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional rompió la tradición legocéntrica colombiana y empezó a sostenerse desde la Sentencia T-260 de 1995.

⁴ El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 establece que las autoridades administrativas deben aplicar las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, y fue declarado exequible en el entendido de que deben obedecer “y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”, Sentencia C-634 de 2011.

sividad se proyecte como un criterio de justiciabilidad. En consecuencia, frente a las regresiones judiciales no es posible distinguir entre el objeto del control (la ley) y el resultado del control de constitucionalidad (la sentencia), pues uno y otro se confunden.

También se demostrará que tal situación es una nueva forma de elusión constitucional en Colombia. La noción de elusión constitucional fue introducida a la dogmática constitucional colombiana por el profesor Quinche (2006), y hace referencia a una política, adelantada las más de las veces por el Ejecutivo, en virtud de la cual resultan regulados asuntos en fuentes de derecho diferentes a las prescritas en la Constitución de 1991, eludiéndose o depreciándose el control constitucional en los términos por ella prescritos.⁵

El objeto de análisis para demostrar lo anterior son las sentencias SU 1073 de 2012⁶ y SU 230 de 2015.⁷ En ellas, el tribunal constitucional colombiano deshace avances en materia de garantías de derechos fundamentales de los pensionados.⁸ Al ser el juicio de amparo “un instrumento para la defensa de los derechos fundamentales”, su inobservancia, explica Ferreyra, es “la desfiguración de la garantía” (2016: 338), ya que en esos pronunciamientos la Corte Constitucional desfigura su condición de

⁵ El profesor Quinche analiza un caso de elusión que se materializa finalmente en una sentencia judicial. La elusión surge en el decreto reglamentario 1382 de 2000, en el que el presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria, define “reglas para el reparto de la acción de tutela”, y se materializa en la sentencia de acción de nulidad por inconstitucionalidad proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, en el que se avala la regulación de la materia en un decreto y no en una ley estatutaria.

⁶ Aborda el derecho a la indexación de la primera mesada de quienes adquirieron la condición de pensionados bajo la vigencia de la Constitución de 1886.

⁷ Aborda el derecho al pago de la mesada conforme al ingreso base de liquidación previsto en las leyes que se encuentran dentro de los regímenes de transición reconocidos por la Ley 100 de 1993.

⁸ Se cuenta con sentencias adicionales, en donde la Corte Constitucional adopta medidas regresivas a otros derechos sociales; por ejemplo, en la Sentencia de Unificación 140 de 2019 la Corte Constitucional sostuvo que el derecho de los trabajadores del sector privado a recibir el pago de incrementos a sus pensiones cuando tuvieran personas a cargo, consagrado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue derogado por la Ley 100 de 1994, que entró en vigencia el 1o. de abril de 1994, pese a que la jurisprudencia venía reconociendo su vigencia y que estaba sometido a prescripción trienal. Por el respeto a los límites espaciales de la revista, sólo se analizan las sentencias de unificación 1073 de 2012 y 230 de 2015. También supera al propósito del presente texto identificar regresiones a derechos sociales realizadas por parte del Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las otras altas Cortes colombianas.

guardián de la Constitución de 1991. Resulta contradictorio que personas que acuden a jueces constitucionales en búsqueda de protección de derechos sobre criterios jurisprudenciales bien consolidados terminen con decisiones que no sólo niegan la eficacia de sus derechos, sino que varían su contenido.

Al ser posible distinguir conceptualmente las garantías de la Constitución —como lo es el control concentrado de constitucionalidad— de las garantías de los derechos constitucionales —donde se enlista el juicio de amparo—, con este tipo de regresividades también la Corte Constitucional deja sin dos garantías jurisdiccionales a los pensionados, lo que niega el objetivo de la Constitución de 1991 en la sociedad colombiana: someter la fuerza del poder público a la razón del derecho.

El plan expositivo para defender las tesis del presente escrito es el siguiente: *a)* primero se analiza la elusión constitucional como fenómeno jurídico; *b)* luego se aborda la noción de medida regresiva de un derecho social, las cargas que se deben cumplir para adoptarla válidamente y los controles que le son aplicables en un Estado constitucional de derecho; *c)* enseguida se identifican las medidas regresivas creadas en las SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015 y las sentencias que las han reiterado; *d)* finalmente, se plantean las conclusiones orientadas a develar la elusión constitucional y sus efectos.

II. LA ELUSIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

1. *Características de la elusión constitucional*

Las elusiones constitucionales, según el profesor Quinche (2006), surgen con la: *ei)* adopción de decisiones —a través de procedimientos miméticos— de las cuales se puede reputar una aparente validez formal (elemento estratégico); *eii)* que se materializan en normas escritas, como leyes, decretos y resoluciones (elemento normativo), cuyo resultado es, *eiii)* la evasión o degradación del control constitucional sobre ellas (consecuencia de la elusión), que genera, *eiv)* una ventaja para algún órgano estatal o tercero al evadir el control constitucional (beneficiario de la elusión).

La comprensión de las características *ei)* y *eii)* requiere una explicación dogmática sobre la Constitución de 1991: su tipología legislativa. En el

sistema de fuentes colombiano, la ley en sentido formal es la “norma primordial, sin perjuicio del carácter primario de la Constitución de 1991”, pues el Congreso de la República “ostenta la titularidad normativa originaria condicionada solo por la Constitución” (Sierra, 1998: 63).

De los diferentes tipos de leyes, se debe destacar la ley estatutaria: prevista en el artículo 152, el constituyente le reservó regular los elementos axiológicos de la Constitución,⁹ como lo son los derechos fundamentales y sus garantías judiciales. La aprobación de este tipo de ley es más gravosa: debe aprobarse por mayoría absoluta y en un tiempo corto por el Senado y la Cámara de Representantes. Y no entran en vigencia antes de que la Corte Constitucional defina su validez, es decir, opera sobre ellas un control previo de constitucionalidad (artículos 153, núm. 2, y 241, núm. 8) con una amplia participación ciudadana.

La reserva de ley en el modelo de Estado constitucional de derecho, como explica Ferreyra, es “una garantía del derecho de la Constitución”, pues el Congreso es “el escenario democrático por excelencia para el debate acerca del desarrollo reglamentario de los derechos fundamentales” (2016: 218). Su naturaleza de garantía se debe, continúa Ferreyra, a su raigambre democrática, pues contiene “la representación de la pluralidad de opciones políticas, [lo que] permite que todas ellas participen en la elaboración de la norma” en un contexto que se caracteriza por la “contradicción, publicidad y libre deliberación” (*ibidem*: 219). De tal suerte que la reserva legal de los derechos fundamentales es una “garantía para la conservación del documento constitucional”, puesto que se orienta a encontrar en el debate legislativo los mejores desarrollos posibles de los preceptos constitucionales (*ibidem*: 221).

En Colombia, la reserva de ley estatutaria “procura someter a mayor discusión democrática y control la regulación de ciertas materias que cuentan con un trámite legislativo cualificado, debido a su importancia para el Estado Social de Derecho”, como reconoce la Corte Constitucional en Sentencia C-015 de 2020. Esto explica que los asuntos de ley estatutaria no puedan ser regulados por el presidente como legislador delegado, según lo

⁹ “Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción”.

prevé el artículo 150, núm. 10.¹⁰ La Corte Constitucional pacíficamente ha sostenido que la reserva de ley estatutaria “no se predica de la regulación de todo evento ligado a los derechos fundamentales sino solamente a los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales”, como “(i) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones de alcance general; y (ii) los principios básicos que guían el ejercicio” de su núcleo esencial, según la Sentencia C-818 de 2011. Desde luego que la reserva de ley estatutaria no implica una fe ciega en el Congreso. Éste es falible y su subordinación a la Constitución se garantiza mediante el control constitucional, que se ejerce de manera previa —y no posterior— frente a las leyes estatutarias.

Se reconoce que no se encuentra algún pronunciamiento en el que la Corte Constitucional reconozca expresamente que la regresión a los derechos sociales tenga reserva de ley estatutaria, por lo que ha sido posible que muchos sean regulados por leyes ordinarias, aprobadas por el Congreso mediante mayoría simple y sujetas a un control posterior de constitucionalidad.

Con lo anterior se puede tener meridiana claridad del daño de la elusión constitucional a la reserva de ley, sea estatutaria o no: puede anularla, como sucede cuando un asunto de reserva legal es regulado mediante un decreto presidencial; o flexibilizarla, en el caso de que un asunto de reserva de ley estatutaria se apruebe en una ley ordinaria, pues el control de constitucionalidad resulta ser posterior y no previo.

A juicio del profesor Quinche, por la magnitud y reiteración, en Colombia existe una auténtica política de elusión constitucional a cargo de la rama ejecutiva —siendo el presidente de la República su principal instigador— y en menor medida por el Congreso de la República. La agenda de las elusiones constitucionales está marcada por una “cláusula abierta”, esto es, que aquéllas no ocurren por una lista cerrada de procedimientos y acciones. La causación de elusiones constitucionales halla sus límites: (i) en el “mal aplicado ingenio de los autores de la elusión” y (ii) en “la capacidad de construir aparatos” de elusión (2006: 16).

El motor que impulsa las elusiones constitucionales es bastante claro para el profesor Quinche: se trata de la “disociación entre los intereses

¹⁰ “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:... 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley... Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas...”.

políticos e intereses constitucionales dentro del Estado colombiano”, y así como hay un autor material de la elusión, que es el presidente o el Congreso, su determinador se escabulle entre las complejas “alianzas que se logran articular con otros órganos gubernamentales, o con grupos o sectores, destinadas a obtener los rendimientos estratégicos y constitucionales que la elusión les ofrece” (2006: 17).

Desde luego, la elusión constitucional afecta al control de constitucionalidad, cuya comprensión exige algunas precisiones conceptuales.

2. *Presupuestos de un control de constitucionalidad auténtico*

Sagüés enlista una serie de condiciones que deben concurrir para contar con completo y “auténtico régimen de vigilancia de la superioridad de la Constitución”, a saber: c1) rigidez total o parcial de la Constitución, pues de lo contrario las leyes comunes, como normas posteriores, derogarían a las disposiciones constitucionales con solo entrar en vigencia; c2) distinción entre el “órgano de control” y el “órgano controlado”, de modo que “el ente de control sea distinto del ente sometido a revisión”: se exige independencia y autonomía entre ellos, lo que no se cumple con los autocontroles constitucionales; c3) facultad de decidir con fuerza de cosa juzgada constitucional, es decir, que resuelva “en definitiva sobre la conformidad o no de una norma con la Constitución”, sin que la eficacia de su decisión se supedite a que sea ratificada por otra autoridad; c4) posibilidad de que cualquier ciudadano pueda activar el control de constitucionalidad, es decir, que sea un derecho subjetivo; c5) sometimiento de toda norma, actividad u omisión al control de constitucionalidad, por lo que se judicializa toda cuestión relativa a la Constitución (2017: 445 y 452).

La elusión constitucional afecta a la anotada característica c5, pues si un asunto legal es regulado mediante otra fuente de derecho, no puede ser objeto de estudio por la Corte Constitucional. Si bien la Constitución de 1991 prevé para los decretos administrativos la acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado (artículo 237, núm. 2), ese control es de baja intensidad, no lo ejerce el guardián de la Constitución, y pueden transcurrir años antes de llegar a proferirse una sentencia de fondo. Y si se elude el control previo de constitucionalidad al tratar un tema de ley estatutaria en una ley ordinaria, no es posible evitar que se consoliden

situaciones que sean contrarias al texto constitucional en el lapso de la entrada en vigencia de la ley y su declaratoria de inexecutable.

La exclusión del control de constitucionalidad de normas o conductas de autoridades públicas afecta el carácter vinculante de la Constitución. Al respecto, Aragón señala que “la Constitución no podría ‘ser’ sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional” (1999: 76). En particular, que la Constitución sea omnicompreensiva es una consecuencia del Estado constitucional, de donde es posible extender el control de constitucionalidad a asuntos que antes, en el modelo de Estado legislativo, eran “cuestiones políticas no justiciables” (Manili, 2017: 7). Ferreyra reconoce en el control constitucional una garantía de la Constitución en sentido restringido, que tiene la “mayor aptitud para garantizar que la Constitución se mantenga como la norma suprema en el sistema jurídico estatal” (2016: 163), pues permite visibilizar si los poderes constituidos en el ejercicio de sus competencias respetan los contenidos y límites previstos en el texto constitucional.

Debe anotarse que el impacto negativo de la elusión constitucional no sólo se relaciona con la imposibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico la proposición normativa adoptada en la fuente de derecho equivocada, sino que también evita que se fije la interpretación del texto constitucional frente al contenido de la proposición legal, es decir, no es posible conocer el estándar constitucional respecto de una manifestación jurídica del poder público.

3. *La acción de tutela como garantía de los derechos fundamentales*

Los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, enseña Ferreyra, tienen como propósito “dotar de efectividad a los derechos y/o al normal desenvolvimiento de la vida constitucional” (2019: 248), bien sea para *i)* preservar el derecho amenazado o vulnerado y/o *ii)* restablecer el equilibrio de los poderes (*ibidem*: 165). Mediante el juicio de amparo o acción de tutela se busca hacer efectivos los derechos fundamentales enlistados en las Constituciones.

La relación entre derecho fundamental, eficacia y acción de tutela exige que se asegure: *i)* el respeto de su núcleo esencial como intangible para las autoridades públicas —las judiciales inclusive— y particulares, no sólo mediante órdenes de hacer y no hacer, sino incluso mediante la inaplica-

ción de normas legales, y *ii*) que el objeto de protección del derecho fundamental en su periferia dúctil sólo sea intervenido en los términos definidos por el legislador, y siempre que constitucionalmente esté justificado. Si la acción de tutela no cumple esta finalidad, o se la utiliza para otra diferente, implica una desfiguración de la garantía, según se expuso en las primeras líneas de este texto.

Particularmente en Colombia, la acción de tutela, que nace con la Constitución de 1991, ha sido un instrumento para vivir en constitucionalidad. Bajo la Constitución de 1886, el catálogo “de los derechos civiles y garantías sociales” no tenía eficacia directa, al punto que se tuvo que incluir como título preliminar el Código Civil para que se pudiera reclamar su protección ante los jueces en los procesos judiciales ordinarios, que podían durar varios años. Por ende, resulta transformador que en diez días se obtenga un pronunciamiento judicial sobre el respeto y la medida de garantía para los derechos fundamentales, como permite la acción de tutela cuando no existe un medio judicial ordinario que sea igualmente idóneo. La dogmática constitucional sobre la Constitución de 1991, desarrollada principalmente por la Corte Constitucional, permite que el amparo de la acción de tutela pueda obtenerse incluso frente a providencias judiciales, pues no se permite que ningún acto de poder que lesione un derecho fundamental pueda pervivir (Araujo, 2015: 266-272).

III. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LAS MEDIDAS REGRESIVAS

1. *Caracterización del principio de no regresividad de derechos sociales*

El Estado social de derecho se caracteriza por intervenir la economía, y es consecuencia del convencimiento de que “el Estado también tiene que administrar económicamente” desde su función pública, no para buscar el “máximo rendimiento” económico, pues de eso se encarga el mercado, sino para regular la cooperación social en su redistribución (Heller, 2014: 271-276). Así se procura la igualdad material, para que la falta de recursos económicos no se traduzca en una negación del ejercicio de las libertades individuales.

A sus propósitos sirven los principios de progresividad y no regresividad, que imponen al poder público el deber de satisfacer unas máximas condiciones de vida a las personas: se parte de unos mínimos que no pueden dejar de aumentar. La mejora social de las condiciones de vida implica una planeación e inversión de recursos económicos que no se agotan en un solo acto o con modificar alguna fuente de derecho, sino que requiere su ejecución de manera ascendente y según los recursos disponibles para llegar a los estándares de protección más amplios posibles.

Se ha reconocido desde la génesis de los derechos sociales que su satisfacción está condicionada a la capacidad y realidad económica de cada Estado. Ferreyra, de manera honesta, enseña que “la única garantía que se dispone para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales reposa en el presupuesto del Estado (2016: 465). En este lenguaje: a menos presupuesto, menor desarrollo”, de allí que legisladores y jueces, al ordenar medidas de satisfacción, no pueden obviar dicha materialidad. Y es que “si llegan a fallar las reservas en las arcas de la tesorería ni siquiera los derechos más elementales pueden considerarse protegidos” (Zezza, 2019: 130).

Sobre los derechos sociales, Ferreyra destaca tres notas características: *i*) su “plena efectividad... no podrá lograrse en un breve período de tiempo”; *ii*) empero, sí surgen obligaciones para “proceder lo más expedita y eficaz posible con miras a lograr ese objetivo”, y *iii*) las medidas regresivas requieren “la consideración más cuidadosa” y deben “justificarse... por referencia a la totalidad” de los derechos sociales (2019: 512).

Las sentencias que en este texto se analizan abordan derechos de la seguridad social, cuyo amplio margen de protección cobija riesgos ciertos y reales que ningún ser humano puede eludir, como son la muerte, la vejez, las enfermedades y accidentes laborales, cuyos efectos pueden ser irreversibles, y sus consecuencias económicas difícilmente se pueden superar con el propio esfuerzo y ahorro individual. Como reconoce Gil y Gil, la seguridad social tiene por fin “la protección de las necesidades sociales”, y por objeto “las situaciones de necesidad” de los seres humanos (2012: 1034 a 1035); o, como tempranamente la Corte Constitucional reconoció, el contenido del derecho a la seguridad social “posibilita la subsistencia de la persona menos favorecida o en un especial estado de debilidad” (T-124 de 1993).

En este sentido, la Constitución colombiana de 1991, además de reconocer que la seguridad social es un derecho irrenunciable, prevé que

es un servicio público que debe ser garantizado por el Estado, bien que las prestaciones concretas sean asumidas por entidades públicas o por particulares. Por ende, la intervención del Estado es necesaria tanto para financiar programas públicos con el citado fin, como para diseñar un andamiaje institucional en el que los particulares participen de la administración de los aportes de los usuarios y de la atención efectiva de esas necesidades.

En particular, los usuarios de los servicios públicos sociales y titulares de los derechos con ellos relacionados tienen como principal deber el financiar con aportes los sistemas de seguridad social que se lleguen a diseñar. Como concreción del valor de la solidaridad, en los sistemas públicos esos aportes además se orientan para apalancar la cobertura de las personas que, por sus condiciones de debilidad manifiesta, no lo pueden hacer o lo pueden hacer en menor proporción. El sistema pensional colombiano tiene como principal fuente de financiación las cotizaciones a cargo de los trabajadores, y sobre todo de los empleadores, es decir, las relaciones laborales asumen una amplia carga para que los ciudadanos puedan acceder a pensiones (Acevedo, 2015: 88).

Y no se puede perder de vista que la realidad a partir de la cual se establecen o amplían unos estándares o márgenes de protección puede cambiar, lo que tiene la potencialidad de disminuir las garantías otorgadas. Así, Peces-Barba identifica como los principales obstáculos que se tienen para la generalización de la titularidad de los derechos sociales a la escasez y al “fantasma de la crisis fiscal del Estado” (2010: 91). Este riesgo no es desconocido por el derecho, y es regulado con el principio de no regresividad de los derechos sociales, que impone la exigencia de desarrollar criterios para que las medidas regresivas sean razonables y no resulten siendo decisiones discrecionales, arbitrarias o caprichosas.

La Corte Constitucional en Sentencia C-313 de 2014 identificó que la regresividad de los derechos sociales ocurre:

- 1) Cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho;
- 2) Cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho;
- 3) Cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

Y como los derechos sociales son derechos fundamentales, su regresión en el sistema constitucional colombiano debería tener reserva de ley estatutaria. Esta es la vía para que la Corte Constitucional, en ejercicio de control previo de constitucionalidad, verifique que para el Congreso la no regresividad sea ineludible. Es una protección necesaria para la Constitución de 1991 como para los derechos fundamentales de personas que por sus condiciones de debilidad económica requieren mayor apoyo del Estado para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no se ha orientado en este sentido, de allí que, por ejemplo, las reformas pensionales en las que se aumentan los requisitos para acceder a las pensiones se aprueben en el Congreso de la República mediante leyes ordinarias.

2. Exigencias de validez de la medida regresiva y su control judicial

Toda medida regresiva de los derechos sociales es considerada inconstitucional y contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Abramovich y Courtis precisan que “la obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder judicial” (2004: 95). Al respecto, en la Sentencia C-507 de 2008, la Corte Constitucional incorporó los estándares del DIDH al sistema constitucional colombiano y formula que

...cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo o indisponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.

Para que la medida regresiva a un derecho social sea inválida hace falta que no se cumpla alguno de estos requisitos, cualquiera que sea.

Ahora bien, la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad desde el DIDH vincula a todo Estado en general. Abramovich y Courtis advierten que esto no es igual para el Legislativo y el Ejecutivo como para el Poder Judicial: claro que el mandato de progresividad es un criterio que se debe tener en cuenta en la planeación de las medidas satisfactorias de los derechos de prestación a cargo del Estado; y, en tal escenario, “[l]a obligación [de no regresividad] veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de decisiones que deroguen o reduzcan el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población”. Aclaran que esta es una garantía sustancial “que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora” (2004: 95-96).

La puesta en atención en el legislador no es gratuita, pues explica Escobar: “la mayor parte de los derechos fundamentales... exigen actuaciones positivas de los poderes públicos. Estas actuaciones deben estar definidas, ante todo, por el legislador, quien de esta forma contribuye a determinar, de forma directa o indirecta, el contenido de los derechos”. Es más, para este autor español “la determinación legislativa del contenido” de los derechos sociales es una obligación constitucional cuya intensidad puede variar y además está determinada por la regulación dada en la Constitución, siendo posible que las prestaciones inicialmente diseñadas por el legislador sean ampliadas por la jurisprudencia (2012: 560-561).

En consecuencia, la progresividad es un estándar de justiciabilidad de los derechos sociales. Bajo la consideración de que no hay derecho sin protección judicial, “corresponde entonces proyectar las posibilidades de reclamo judicial de esta obligación de no regresividad” (Abramovich y Courtis, 2004: 95). No pueden existir derechos sociales sin protección judicial a medidas regresivas. Garzón ha destacado que los tribunales constitucionales pueden contribuir a hacer que las sociedades sean económicamente homogéneas (2010: 151-165). Y el control de constitucionalidad que aquéllos ejercen sobre las medidas regresivas a los derechos sociales sirve al propósito de contener medidas que alejen esa homogenización de beneficios. En consecuencia, tanto en el control de constitucionalidad como en sede del juicio de amparo:

...el juez constitucional debe ponderar no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental, sino las posibilidades económicas de la solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta tanto las condiciones de escasez de recursos, como los propósitos de igualdad y justicia social que dimanen de la Constitución (Gómez, 2009: 392).

Por ende, la satisfacción del principio de no regresividad tiene dos momentos: uno legislativo y reglamentario sobre la satisfacción de las cargas de justificación atrás expuestas, y otro judicial, que implica verificar su cumplimiento. Es decir, este principio se orienta como un criterio de justificabilidad de los derechos sociales.

Sobre el tipo de control que el juez constitucional ejerce sobre la medida regresiva de un derecho social, Abramovich y Courtis proponen, a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PI-DESC), como exigencia de razonabilidad, que se verifique que “la «especie legal» no sea directamente contraria al «género» constitucional” (2004: 97). Así pues, la verificación de la justificación de la medida regresiva se hace principalmente en el marco del control abstracto de constitucionalidad, a cargo de jueces constitucionales, quienes “no mandan sino que frenan” (Aragón, 1999: 71). Desde luego, esto no enerva la posibilidad de que los afectos por las medidas regresivas promuevan peticiones judiciales individuales para la protección de sus derechos. Es más, ello es esencial para que los derechos sociales puedan ser considerados como subjetivos: Arango valora que los derechos sociales serán subjetivos en tanto que se prevean garantías judiciales, pues de lo contrario serán meras aspiraciones a ser concretadas en un futuro sometido a la incertidumbre legislativa (2012: 232). Pero la utilidad de los recursos judiciales individuales, como lo es la tutela, depende de lo que se resuelva en el control abstracto de constitucionalidad, pues no es posible conseguir un amparo constitucional que desconozca la cosa juzgada de una sentencia de la corte constitucional proferida en sede de control concentrado de constitucionalidad.

Al impugnar la validez de las leyes que contienen medidas regresivas, continúan Abramovich y Courtis, se debe tener en cuenta que: *i*) con la prueba de la existencia de una medida regresiva opera “una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta” (2004: 102); *ii*) si agotada la carga a favor de la medida regresiva sobreviven

dudas sobre su validez, “el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad” (*ibidem*: 106), y *iii*) esa carga argumentativa se concreta en acreditar “*a*) la existencia de un interés estatal permisible, *b*) el carácter imperioso de la medida y *c*) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión” (*ibidem*: 109). Entonces, los simples “argumentos generales de política pública, disciplina fiscal... [o de] otros logros financieros o económicos” no son admisibles (*ibidem*: 112).

A partir de la prohibición de regresividad, Bazán y Jimena destacan que aún “en tiempos de crisis los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social” (2014: 23). Por el contrario, las crisis fiscales o financieras son el momento en que más perentoria debe ser la protección de los derechos sociales (Bazán, 2021: 448). Y el juicio de amparo como mecanismo de garantía debe servir para atajar y no impulsar las medidas regresivas, verificar que son válidas y, de esta manera, mantener el imperio de la Constitución sobre los intereses que puedan llegar a impulsarlas.

Además, la justiciabilidad de los derechos sociales, tanto con la no regresividad como por intermedio de la acción de tutela, se relaciona con la obligación internacional de “desarrollar las posibilidades” de otorgar un recurso judicial efectivo para proteger, cesar la violación y reparar el daño causado a los derechos, sean humanos o no, prevista en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La seguridad social en el sistema interamericano se encuentra consagrada en el artículo 9o. del Protocolo de San Salvador, y aunque la Corte Interamericana, conforme al artículo 19.6, no tiene competencia contenciosa para resolver peticiones individuales por su violación, ello no exime a los Estados del deber de otorgarle protección, pues el artículo 25 la exige para proteger los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

De las características que hacen a un recurso judicial efectivo se destaca la de ser efectivo o adecuado, que se cumple cuando se brinda la posibilidad de obtener una decisión favorable a los intereses del peticionario. Para la Corte Interamericana, la “efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación” (*Caso García y Familiares vs. Guatemala*, párr. 142). Esas respuestas deben poder finalizar el acto

que viola los derechos, asegurar su no repetición, reparar los perjuicios causados y garantizar su libre ejercicio.

En consecuencia, como mandato directo de la Convención Americana, los Estados deben garantizar que las personas lesionadas por una medida regresiva a sus derechos sociales, sin importar qué autoridad la promueva, puedan contar con recursos judiciales para demostrar su invalidez.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL

Castaño explica que de manera general “las reglas fiscales son defendidas como reglas de procedimiento para la toma de decisiones, lo que significa que cualquier discusión debe enmarcarse necesariamente en las posibilidades económicas dadas por la norma” (2019: 161). Desde luego que es posible tomar decisiones económicas sin reglas fiscales, pero en contextos de limitaciones económicas y presupuestarias éstas resultan no sólo ser convenientes, sino también necesarias. Y siendo las posibilidades económicas ineludibles para garantizar los derechos sociales, es posible realizarlas con ayuda de reglas fiscales.

La sostenibilidad fiscal, a la que se refiere el Acto Legislativo 3 de 2011, se inspira en que el Estado colombiano asegure que su deuda o gasto público (incluido el social) pueda ser atendido por sus ingresos, lo que rechaza tener a cargo “una alta deuda o padecer un déficit alto sin que ello pueda ser justificado por sus ingresos” (Quiroga-Villamarín, 2016: 557). Sin embargo, el riesgo de esta reforma constitucional, a juicio de Castaño, radica en que tiene “la vocación de definir el alcance del Estado social de derecho a través del principio de sostenibilidad fiscal” (2019: 199), pues el Estado colombiano, al intervenir la economía, lo debe hacer en un “marco de sostenibilidad fiscal”, criterio que por su apertura y vaguedad dogmáticamente “se asemeja a la de un principio” (*ibidem*: 204).

Esta apertura posibilita muchos desarrollos, incluso la deconstrucción del Estado social de derecho y la lesión de derechos sociales. La reforma constitucional fue criticada por Arango, quien denuncia que ésta apunta a transformar el Estado social de derecho en un “Estado fiscal”, al punto de permitir “una limitación o restricción de los derechos fundamentales en casos judiciales ya resueltos por razones fiscales” (2012: 72). En similar sentido, Bazán muestra que es posible que se afecte “negativamente a las

magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad” (2021: 462).

La cuestión problemática en torno de la sostenibilidad fiscal no es que preste atención a las limitaciones económicas, sino que ésta sea una prioridad sobre la satisfacción de los derechos sociales. Esto no es nuevo. Desde la última década del siglo XX se han promovido una serie de reformas legales que reconfiguran la función protectora del Estado y llevan a prescindir del gasto social en materia laboral y pensional. Pisarello advierte que todo ocurre por la aparición de “un nuevo tipo de constitucionalismo liberal oligárquico, autoritario” (2014: 15), que riñe con los elementos más garantistas “del paradigma constitucional social-liberal dominante”, que genera fenómenos que no pueden ser contenidos por las garantías del DIDH. Ese neoliberalismo tiene una agenda desconstituyente con dos objetivos principales: “restringir al mínimo el garantismo laboral conquistado en las décadas anteriores y remover los controles públicos sobre la economía que impedían el libre funcionamiento de los mercados capitalistas” (Pisarello, 2014: 95).

En consecuencia, la sostenibilidad fiscal puede plantear un futuro político-económico sin el carácter normativo de los derechos sociales y sin el principio de no regresividad como criterio de justiciabilidad, en donde las medidas regresivas a los derechos sociales estén sujetas a un control constitucional deficitario y su protección mediante la acción de tutela no sea posible. Sí, un régimen en el que la Constitución esté expósita al vaivén de los intereses económicos.

En un intento por contener lo anterior, en el seno del Congreso de la República de Colombia durante la aprobación del Acto Legislativo 3 de 2011 hubo una suerte de transacción entre los defensores del Estado social de derecho y del desarrollo dado por la Corte Constitucional, y quienes promovían la aprobación de la reforma constitucional, que se centró en el siguiente texto finalmente aprobado:

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los pro-

ponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

De esta disposición normativa se resaltan varios puntos: *i)* se concibe a la rama judicial como una fuente de acreencias a cargo el Estado, pues el cumplimiento de algunas sentencias impactan las finanzas públicas; *ii)* se exige que el pago de esas sentencias o la financiación de las órdenes dadas se oriente también dentro del marco de sostenibilidad fiscal; *iii)* se prescribe que el contenido normativo de los derechos fundamentales permanezca intangible a las medidas de disciplina fiscal, y *iv)* los argumentos de sostenibilidad fiscal sólo se deben tener en cuenta si se tramita al incidente de impacto fiscal, es decir, luego de proferirse la sentencia.

Podría pensarse que con esa transacción se apuesta a que los jueces no piensen en la sostenibilidad fiscal al interpretar los derechos fundamentales, verificar su transgresión u amenaza, ni al diseñar las órdenes judiciales restauradoras; sin embargo, al permitirse “modular, modificar o diferir los efectos”, se deprecia uno de los requisitos enlistados por Sagüés para la existencia de un control constitucional auténtico (c3), pues la eficacia de las sentencias de los jueces constitucionales puede ser objetada por otras autoridades públicas, es decir, la cosa juzgada constitucional pierde su fuerza definitiva.

La preocupación por que la actividad jurisprudencial entorno del Estado social de derecho no se restrinja por la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal no implica que se quiera que la Corte Constitucional decida al margen de las consecuencias económicas de sus órdenes ni que el “problema fiscal” le sea una cuestión nueva o desconocida.

De tiempo atrás, dentro del Estado constitucional de derecho, se ha cuestionado la carencia de legitimidad e idoneidad técnica de los jueces para decidir sobre asuntos con exigencias e impactos presupuestales. Una de las respuestas dadas son las sentencias dialógicas con las cuales, según Gutiérrez, se permite “que sean las partes interesadas las que, bajo la dirección y la supervisión de la autoridad judicial, acuerden y pongan en

ejecución las medidas que han de solventar la violación de los derechos” (2018: 77), de donde las autoridades públicas vinculadas por las sentencias “dentro del ámbito de sus competencias, pueden elegir los medios que estimen más adecuados para garantizar la realización del cometido señalado por el tribunal” (*ibidem*: 78). Detrás de esa posibilidad de diálogo está la convicción de que “los jueces deben mantener la comunicación con la sociedad, conocer sus visiones y salir del encierro de sus despachos” (Delgado, 2018: 94).

Pues bien, la Corte Constitucional colombiana, en algunos casos, antes de proferir sus sentencias, celebra audiencias públicas, en donde escucha no sólo a las partes, sino a expertos y miembros de la sociedad civil, a fin de obtener el mejor criterio posible para decidir. Y una vez que profiere el fallo, por excepción vigila su cumplimiento para ajustar los remedios ordenados hasta lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En tal escenario, el incidente de impacto fiscal sería una herramienta para forzar un diálogo, que se puede dar antes de emitirse la sentencia. En este sentido, Roa advierte que “si el Ministerio o la Procuraduría pretenden ilustrar a los jueces sobre el impacto fiscal de una posible decisión, deben manifestarlo durante el procedimiento [de constitucionalidad], de manera que una vez proferida la Sentencia, esta adquiera un carácter definitivo y deba ser cumplida en los términos que la Corte la profiera” (2015: 21). Parece que, en realidad, el incidente de impacto fiscal se plantea como un instrumento para obstaculizar la protección judicial de los derechos sociales y toda decisión con un impacto fiscal y/o presupuestal, y no para mejorar el amparo que la Corte Constitucional pudiera dar.

Pues bien, el incidente de impacto fiscal fue desarrollado mediante la Ley 1695 de 2013, una ley ordinaria. Esto llevó a la Corte Constitucional, en Sentencia C-870 de 2014, a declarar inexecutable las disposiciones que preveían su aplicación a las sentencias de tutela, pues era claro que se había violado la reserva de ley estatutaria. Así, quedó frustrado que en dicha instancia procesal se intentara mermar la protección judicial de los derechos fundamentales.

Pero esto no ha impedido que la sostenibilidad fiscal afectara a los derechos sociales y sus garantías judiciales: aunque el incidente de impacto fiscal resultó ser una vía vedada, ello se ha hecho mediante la interpretación constitucional al momento de fallar acciones de tutela. No se trata de la sostenibilidad fiscal como argumento para mermar los efectos de las decisiones judiciales, sino para variar en ellas el contenido protegido

de derechos sociales. La sostenibilidad fiscal ha operado como un argumento jurídico que entra en el razonamiento de la Corte Constitucional para justificar medidas regresivas a derechos sociales, como se explica a continuación.

IV. LA REGRESIÓN JUDICIAL A DERECHOS PENSIONALES, UNA ELUSIÓN CONSTITUCIONAL

En las sentencias de unificación 1073 de 2012 y 230 de 2015 la Corte Constitucional aborda temas que ya tenían desarrollo pacífico en su jurisprudencia, y promueve la regresividad de dos derechos pensionales,¹¹ a saber: *i*) a la indexación de la primera mesada pensional¹² de quienes consolidaron su derecho bajo la vigencia de la Constitución de 1886, y *ii*) a la liquidación de la mesada pensional¹³ teniendo como ingreso base de liquidación (en adelante IBL) los periodos previstos en los regímenes reconocidos como de transición por la Ley 100 de 1993. Estas regresivi-

¹¹ El reconocimiento del derecho a la seguridad social como derecho fundamental autónomo se consolida con la Sentencia C-1141 de 2008: “el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana”.

¹² En la Sentencia T-098 de 2005 la Corte reconoció el carácter fundamental autónomo de este derecho: “calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso que el extrabajador percibió años antes de que finalmente le fuera reconocida la pensión, contraría el mandato superior de equidad, el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero, así como también compromete los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad del pensionado cuando, aun después de haber agotado todos los medios de justicia ordinaria de los que disponía, el trabajador encuentra que la violación de sus derechos goza de la legitimidad aparente que le otorga un fallo judicial”.

¹³ Se expone en la Sentencia C-107 de 2002: “el derecho a la pensión de vejez ha sido erigido a la categoría de derecho fundamental que está amparado con la acción de tutela, pero solamente para efectos de definir si se reconoce o no una pensión, solicitar que se cancelen las mesadas debidas por afectación al mínimo vital o que se ordene el pago de bonos pensionales, entre otras aplicaciones sobresalientes”.

dades llevan a reducir el valor dinerario que los pensionados deben recibir en virtud de los derechos de los que son titulares.

1. *Sentencia de Unificación 1073 de 2012*

En la SU 1073 de 2012, la Corte Constitucional plantea como un asunto nuevo el decidir si quienes se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1886 eran titulares del derecho a la indexación de la primera mesada pensional; esto pese a que en las sentencias C-862 y C-891A de 2006 reconoció indistintamente que ése es un derecho fundamental del que son titulares todos los pensionados. Los demandantes en la SU 1073 de 2012, tenían en común el haberse retirado del servicio tan pronto cumplieron el tiempo de servicio para acceder a la pensión, pero decidieron esperar a cumplir el requisito de edad para causarla. Pero una vez que esto último ocurrió, sus mesadas pensionales empezaron a pagarse sin indexar o actualizar el valor de los aportes pensionales, es decir, sin tener en cuenta la depreciación del dinero por cuenta de la inflación ocurrida entre su retiro del servicio y la fecha en que causaron el derecho a percibir la pensión. Los demandantes, y quienes se encuentran en una situación análoga, se caracterizan por haber cumplido los aportes durante los tiempos de servicios exigidos por la ley, es decir, no pretenden obtener un beneficio sin contribuir financieramente al sistema pensional.

Pues bien, la Corte Constitucional no encuentra argumentos para negar que esos pensionados también son titulares del derecho fundamental a la indexación de la primera mesada pensional. Pero plantea que ello estaba cubierto por un manto de incertidumbre que, particularmente, sólo se disipa con la SU 1073 de 2012. En consecuencia, la Corte ordena reliquidar las mesadas pensionales de los accionantes con la debida actualización monetaria, pero dispone que el término de prescripción trianual para el pago de las diferencias de las mesadas pensionales se cuenta “a partir de la fecha de expedición de esta sentencia de unificación, por cuanto desde este momento no cabe duda que también los pensionados cuyas prestaciones fueron causadas con anterioridad a la Carta Política de 1991, tienen derecho a dicha indexación”.

¿Regresividad? Sí, al proferirse la SU 1073 de 2012 hacía años que cada accionante había reclamado, primero en sede administrativa y luego en un proceso judicial ordinario, la reliquidación y el pago de las diferen-

cias de las mesadas pensionales. Por ende, el pago del retroactivo debía comprender las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde los tres años anteriores a la primera petición ante el deudor pensional, junto con el tiempo de duración de los procesos judiciales hasta su cumplimiento efectivo. Pero como consecuencia de la SU 1073 de 2012, las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre la primera petición y los tres años anteriores a la notificación de la SU 1073 de 2012 no deben ser pagadas. Son recursos económicos que los pensionados no van a recibir. En consecuencia, el costo de este derecho pensional para el erario se reduce.

Con esta decisión, la Corte Constitucional orienta su interpretación no para garantizar los derechos de los extrabajadores, sino para asegurar el menor costo presupuestal de sus pensiones. Además, en su argumentación, la Corte Constitucional elude verificar el cumplimiento de las exigencias para que una medida regresiva a un derecho social sea válida. En realidad, con la SU 1073 de 2012 la Corte Constitucional se orienta a lograr una sostenibilidad del sistema pensional al reducir los costos generadores por el derecho a la indexación, pues reconoce que “de ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, desconociendo otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución”. Resulta extraño que la Corte, pese a citar la sostenibilidad fiscal, no analice la prohibición de afectar los derechos fundamentales.

Esta actividad estratégica de la Corte Constitucional es advertida por la magistrada María Victoria Calle Correa, quien, al salvar su voto, en una crítica mordaz expone que con la SU 1073 de 2012 se tiene al sistema pensional como un sujeto de especial protección constitucional y crea “una regla nueva, según la cual el momento de notificación de esa sentencia es el que define el límite temporal del pago de mesadas dejadas de percibir”. No cabe duda, la disciplina fiscal es el objeto protegido en esta sentencia de unificación, y no los derechos fundamentales de los accionantes, quienes se ven sorprendidos por un cambio en la jurisprudencia ante el cual quedan sin alguna medida de protección judicial para un parámetro normativo nuevo.

Como precedente constitucional, la SU 1073 de 2012 se aplica a todos los casos análogos que se resuelvan mediante la acción de tutela, o ante las jurisdicciones ordinaria-laboral o contencioso-administrativa. Su *ratio decidendi* es reiterada en las SU 131 de 2013, SU 415 de 2015 y SU

069 de 2018, pronunciamientos en los que la Corte Constitucional revocó decisiones de jueces instancia que no la habían acogido. Es decir, se han mantenido las subreglas de unificación que modifican y reducen el ámbito de protección del derecho fundamental a la indexación de la primera mesada pensional de las personas que la causaron bajo la Constitución de 1886.

El hecho de que la Corte Constitucional haya tenido que abordar juicios de amparo en los que este asunto seguía siendo objeto de litigio muestra el rechazo por parte de los afectados por la petición y la reticencia parcial de algunos jueces ordinarios de aplicarla. Esto explica que la Corte —incluso en 2019— haya tenido que asumir esos casos en revisión constitucional para hacer respetar las subreglas creadas en la SU 1073 de 2012. Y para hacer valer esta decisión, la Corte en la SU 069 de 2018 advierte que el juez que la desconozca incurre en “violación directa de la Constitución”: es decir, se transgrede la misma carta política.

2. Sentencia de Unificación 230 de 2015

En esta providencia, la Corte Constitucional reconfigura el derecho a la liquidación de la mesada pensional de los beneficiarios de los regímenes de transición reconocidos en la Ley 100 de 1993.¹⁴ Este derecho había sido desarrollado y aplicado hasta ese momento según el principio de inescindibilidad de los regímenes pensionales, en virtud del cual una vez que se determina cuál es el régimen pensional aplicable para el beneficiario se debe aplicar íntegramente, es decir, con todos los elementos de la pensión previstos en la ley correspondiente, sin que pueda surgir alguna *lex tertia* resultado de mezclar el contenido de diversas leyes.

¹⁴ Hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 en Colombia existían diferentes regímenes pensionales públicos que se caracterizaban porque: *i*) sus ámbitos de aplicación correspondían a grupos específicos de trabajadores; *ii*) la edad más alta que se exigía para acceder a la pensión era de 55 años; *iii*) la financiación se hacía por tiempos de servicios del trabajador; *iiii*) la tasa de reemplazo era por lo general del 75% o superior, y *iv*) el ingreso base para liquidar las pensiones, en la mayoría de ellos, era el último año de servicios. La Ley 100 de 1993, por el contrario: *a*) es un régimen general; *b*) aumentó la edad para pensionarse; *c*) sus pensiones se financian por aportes (semanas cotizadas); *d*) la tasa de reemplazo fluctúa entre el 65% y el 85% según el exceso de semanas cotizadas, y *e*) el periodo para liquidar las pensiones es el de los diez últimos años de servicio. Por respeto a las expectativas legítimas de pensionarse con cualquiera de los regímenes pensionales anteriores, la Ley 100 de 1993 estableció unos parámetros para que se aplicaran ultractivamente.

Así, para el momento de expedirse la SU 230 de 2015, se consideraba pacíficamente que el IBL¹⁵ sí era un elemento reconocido por la Ley 100 de 1993 como de transición. Por tanto, se debía aplicar el IBL de la ley anterior, que por regla general comprendía las cotizaciones realizadas el último año anterior al retiro del servicio. En la misma SU 230 de 2015, la Corte Constitucional enumeró hasta veintisiete sentencias de tutela en las que había prohibido tal tesis.

Pues bien, el cambio hecho por la Corte Constitucional en la SU 230 de 2015 reconfigura este derecho, al decir que el IBL no es un elemento reconocido por la Ley 100 de 1993 como de transición, por lo que las pensiones de todos los beneficiarios de los regímenes pensionales anteriores a esta norma se deben liquidar con el salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes de pensión en los diez últimos años, como lo prevé la Ley 100 y no las normas previas.

En realidad, en la SU 230 de 2015 la Corte Constitucional amplía los efectos de la interpretación que había desarrollado previamente en la Sentencia C-258 de 2013 frente al régimen pensional de congresistas y magistrados de alta Corte —exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993—¹⁶ que también preveía como IBL pensional el último año de servicio. En aquella oportunidad, la Corte encontró que toda pensión pública exige una financiación del sistema pensional, pues los aportes pensionales realizados durante la vida laboral, en promedio, resultan insuficientes para sufragar el pago de todas las mesadas pensionales percibidas durante el promedio de vida de los beneficiarios, pero que el subsidio que se daba a las pensiones de esos altos dignatarios del Estado —que perciben salarios muy altos— era desproporcionado, merced al poco tiempo en que desempeñaban esos cargos y, por ende, en que realizaban aportes al sistema pensional. En este caso las pensiones a recibir no eran coherentes con el deber de realizar cotizaciones al sistema pensional por parte de sus beneficiarios. En ese escenario, ante la inconstitucionalidad de la regla especial, la Corte dispuso aplicar el IBL previsto en la Ley 100 de 1993, por ser una regla general. Debe resaltarse que en esta Sentencia C-258 de 2013 la Corte expuso que la sostenibilidad fiscal impide “la continuidad de interpretaciones del régimen de transición que den lugar a ventajas pensionales desproporcionadas”.

¹⁵ Es el periodo de aportes al sistema pensional que se tiene en cuenta para cuantificar el valor de la mesada pensional.

¹⁶ Los regímenes exceptuados no son derogados por la Ley 100 de 1993.

Lo más interesante de la SU 230 de 2015 es que para ampliar la subregla jurisprudencial de la Sentencia C-258 de 2013, a la Corte Constitucional no le interesó acreditar que los regímenes pensionales, reconocidos por la Ley 100 de 1993 como de transición, también generan financiaciones desproporcionadas del sistema pensional en el pago de las pensiones. La Corte Constitucional simplemente dé un trato igual sin acreditar que está ante dos grupos poblacionales iguales. Es decir, no se probó cuál era la ventaja desproporcionada de los pensionados bajo los regímenes de transición que resultaba contraria a los deberes derivados de la seguridad social.

En la argumentación de la Corte Constitucional también está ausente alguna referencia a los principios de no regresividad y sostenibilidad fiscal. De haberlo hecho, posiblemente habría llegado a una decisión diferente, pues los límites de ambos principios habrían sido difíciles de cumplir, o al menos habrían modulado los efectos gravosos sobre los pensionados que trae la decisión finalmente adoptada.

Lo decidido en la SU 230 de 2015 tiene profundas consecuencias sobre los pensionados que son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues el valor de sus mesadas resulta reducido. La Corte Constitucional prohija una regresividad a un derecho fundamental, pues, entre menor sea el periodo de cotización que se tenga en cuenta para liquidar la pensión, aumenta el valor de la mesada pensional, ya que por regla general al final de la vida laboral es cuando mayores ingresos salariales un trabajador percibe.

Debe advertirse que dentro de la Corte Constitucional se dieron importantes debates en contra de la SU 230 de 2015, y se llegó a emitir una decisión que quería contener sus efectos nocivos. En efecto, en la Sentencia T-615 de 2016 se estableció que la interpretación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, realizado en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, sólo se podía aplicar a quienes consoliden su derecho a recibir una pensión de jubilación luego de la ejecutoria de la primera de ellas, lo que reducía el número de pensionados afectados con la regresión promovida de la Corte Constitucional. En esta Sentencia T-615 de 2016, además, se quisieron dejar a salvo los casos judiciales individuales decididos antes de haberse proferido la SU 230 de 2015, con un criterio favorable a los derechos de los pensionados.

Sin embargo, esa sentencia fue declarada nula por Auto 229 de 2017, por desconocer el precedente de la SU 230 de 2015, decisión con la

cual la Corte se aseguró la disciplina de sus propios miembros frente al cambio jurisprudencial que supuso esa decisión aplicable a los casos decididos en cualquier tiempo.

Jueces ordinarios también rechazaron en principio aplicar la SU 230 del 2015. Esto llevó a la Corte Constitucional a acumular varios procesos de tutela, y en la SU 023 de 2018 reiterar el carácter ineludible de liquidar las pensiones de los beneficiarios de los regímenes de transición de la Ley 100 de 1993 conforme al IBL que ésta consagra. En esta última providencia, algunos magistrados suscribieron salvamentos de voto en los que rechazan la aplicación retroactiva las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, es decir, a personas que consolidaron su pensión antes que ellas nacieran al sistema de fuentes. El mismo propósito de la SU 023 de 2018 se registra en las sentencias T-039 de 2018, T-368 de 2018 y T-109 de 2019.

Aunque la actividad jurisprudencial del Consejo de Estado no es objeto de análisis en el presente texto, para entender el impacto de la SU 230 de 2015 en el sistema de fuentes debe enunciarse que a pesar de que inicialmente con Sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016 el Consejo de Estado sostuvo que la regresión judicial ocasionada por la Corte Constitucional no era aplicable para la resolución de los litigios confiados a la jurisdicción de lo contencioso administrativa. En el asunto que es de interés a este escrito, el Consejo de Estado considera que los principios de progresividad y no regresividad “no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales”, y concluye que están siendo desconocidos por la Corte Constitucional con el cambio abrupto de interpretación de la Ley 100 de 1993 hecha en la SU 230 de 2015.

Pero el Consejo de Estado rectificó su postura, y desde 2018 ha proferido sentencias de unificación en las que aplica la regresión de la SU 230 de 2015 a diferentes regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 y reconocidos por ésta como de transición: *a)* SU del 28 de agosto de 2018 respecto al régimen pensional de servidores públicos del orden nacional regulados por la Ley 33 de 1985, y *b)* en dos SU del 11 de junio de 2020 para los empleados de la Contraloría General de la República beneficiarios del Decreto 929 de 1976 y para los servidores de la Rama Judicial o del Ministerio Público amparados por el Decreto 546 de 1971. No hay alguna posibilidad para escapar de la regresión judicial contenida en la SU 230 de 2015.

3. *Análisis conjunto*

En estas sentencias la Corte Constitucional, según se advirtió en la introducción de este escrito, hace que sus decisiones sean medidas regresivas a dos derechos fundamentales pensionales. En la SU 1073 de 2012 se modifica la estructura del derecho a la indexación a la primera mesada pensional respecto a un grupo poblacional específico al fijarse un límite temporal para su disfrute efectivo, y en la SU 230 de 2015 se abandona el principio de inescindibilidad para crear un régimen pensional más económico, a partir de dos leyes distintas. Luego de esas sentencias, los derechos pensionales modificados generan acreencias al sistema pensional de valores menores. Ambas decisiones se orientan a reducir los costos para el sistema pensional, lesionando intereses de personas que cumplieron el deber de cotizar al sistema pensional durante su vida laboral en los términos legalmente previstos mientras tuvieron la condición jurídica de trabajadores.

Ambas providencias resaltan por carecer de alguna referencia al principio de no regresividad y a su desarrollo tanto en el DIDH como en la misma jurisprudencia constitucional colombiana. Es confuso que la Corte Constitucional que ha concretado subreglas jurisprudenciales para contener las medidas regresivas, las olvide y omita su aplicación. Las regresiones se explican sólo con argumentos de disciplina fiscal. La Corte no estudia los efectos sobre los derechos fundamentales de los pensionados que ven reducidos sus ingresos ni muestra elementos que afloran como imperiosas las medidas regresivas, y mucho menos discute sobre medidas alternativas menos costosas a los derechos pensionales analizados. La relevancia iusfundamental de los temas, las discusiones en la sociedad civil sobre el sistema de seguridad social público y el impacto general ocasionado con las decisiones ameritaban que cuando menos se abriera un diálogo público en los procesos de revisión constitucional antes de proferirse las sentencias, pero la Corte Constitucional tampoco lo hizo.

Ante esas decisiones, la Constitución queda expósita y los pensionados sin dos garantías constitucionales, pues no hay ante quién solicitar y demostrar la invalidez de esas regresiones, y la acción de tutela resultó siendo un medio para restringir y no proteger sus derechos. Esto materialmente implica la inexistencia de algún recurso judicial efectivo para someter a la racionalidad jurídica las regresiones estudiadas. Aunque la jurisprudencia constitucional había estudiado ampliamente los derechos a

la indexación de la primera mesada pensional y la inclusión del IBL en el régimen de transición, las decisiones adoptadas implicaron un giro copernicano sorpresivo. Al no poder cuestionar ante alguna instancia adicional esa decisión, podría comprometerse la responsabilidad internacional del Estado por desconocer el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La evidencia muestra que el sistema de control de constitucionalidad se adecuó para realizar los objetivos de la sostenibilidad fiscal, por sobre la garantía de los derechos sociales.

En las SU 1073 de 2012 y 230 de 2015 se confunden las medidas regresivas, que deben ser objeto de control de constitucionalidad, con el mismo control que la Corte realiza por medio de la acción de tutela. En ellas no es posible distinguir entre el órgano de control y el órgano controlado, presupuesto sin el cual el sistema de control de constitucionalidad se deprecia. Además, hacen de la acción de tutela un instrumento para afectar los derechos fundamentales, cuando su finalidad es protegerlos.

V. CONCLUSIONES

El particular escenario creado por las sentencias de unificación impide que el principio de no regresividad pueda proyectarse como un estándar de justiciabilidad frente a las medidas regresivas de origen judicial. No existe un control de constitucionalidad en el que pueda demostrarse la transgresión del principio de no regresividad de los derechos a fin de invalidar las regresiones a los derechos pensionales en ellas realizados. No es posible probar judicialmente que el menor costo de los derechos pensionales no está justificado a la luz de las cargas argumentativas propias de la no regresividad.

El reproche que las decisiones de la Corte Constitucional merecen no se centra en la falta de legitimidad e idoneidad técnica para adoptar medidas regresivas. Durante muchos años al momento de desarrollar el Estado social de derecho, el alto tribunal ha sabido responder esas críticas, pero en contextos en los que el legislador o autoridades administrativas ya habían actuado o decidido. En las sentencias analizadas, la Corte Constitucional sorprende a los pensionados y abandona su rol de controlar los excesos de poder, para promoverlos. En el escenario jurisprudencial abierto por la Corte Constitucional no es posible desarrollar las posibilidades del recurso judicial efectivo, obligación que al igual que los principios de progresivi-

dad y no regresividad tienen origen en el DIDH. Esto claramente abre la posibilidad de llevar al sistema interamericano la violación a los derechos sociales que aquí se ha analizado.

El fenómeno encontrado en las sentencias de unificación tiene unas características como elusión constitucional que se deben resaltar:

- 1) el ingenio para causar la elusión constitucional ha llegado a la cúspide de la rama judicial, en la que se ubica la Corte Constitucional parapetado estratégicamente en la idea de la sostenibilidad fiscal, por tanto,
- 2) (i) se plasma en sentencias de unificación, que en virtud de los efectos de precedente constitucional vinculan a los jueces inferiores que deban resolver casos análogos y a la misma Corte Constitucional, y
- 3) (ii) por proferirse esas sentencias en revisión constitucional, resulta ser una decisión definitiva no sujeta a control de constitucionalidad posterior. Es bien particular que la Corte Constitucional teniendo a cargo el freno de medidas regresivas a derechos sociales termine generándolas,
- 4) (iii) responde a la disociación entre los intereses del gobierno en medio de visos de crisis fiscal —que conquistan el corazón de la justicia colombiana— y los intereses constitucionales relativos a la protección de los derechos de las personas pensionadas.

Esta estratégica génesis de la elusión constitucional tiene importantes réditos para el gobierno, pues no asume los costos políticos y sociales que implica una regresión de los derechos pensionales —el pecho a las críticas lo pone la Corte— y acorta el camino para incluir esa medida en el sistema jurídico —evade su aprobación por parte del legislativo—.

Es difícil saber si el Congreso de la República hubiera encontrado soluciones diferentes a las adoptadas en las SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015, y más que fueran buenas. Pero cualesquiera que fueran, podían tener un control judicial posterior, y no habrían llevado a invertir la teleología de la acción de tutela. Los efectos pues de estas decisiones afectan al sistema de constitucionalidad colombiano.

Y estas sentencias analizadas muestran además la ausencia de garantías legales de los derechos sociales: reconocer la reserva legal de la regresión a los derechos sociales se presenta como un asunto pendiente dentro del

sistema constitucional colombiano, necesario para evitar que elusiones como las aquí identificadas sigan presentándose en el futuro. Es que las simples cargas argumentativas para el cambio del precedente pueden resultar insuficientes para respetar el contenido normativo del principio de no regresividad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ACEVEDO, D. (2015). *Régimen de transición vs sostenibilidad financiera*. Bogotá: Ibáñez.
- ARAGÓN, M. (1999). *Constitución y control de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARANGO, R. (2012). “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”. *Revista Zero*. 27.
- ARANGO, R. (2012). “Colombia y los derechos sociales”. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- ARAUJO, J. (2015). *Filosofía o teoría del derecho constitucional*. Bogotá: Ibáñez.
- BAZÁN, V. y JIMENA, L. (2014). *Derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Astrea.
- BAZÁN, V. (2021), “La efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, frente a casos de crisis financieras y/o económicas”, *Revista da Ajuris*. 150.
- CASTAÑO, J. (2019). *Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Segunda. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13). Disponible en https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1330_CE-Rad-4683-13.pdf.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. C. P. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de

agosto de 2018. Rad.: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ). Disponible en <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/214/52001-23-33-000-2012-00143-01.pdf>.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de Unificación del 11 de junio de 2020. Rad.: 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14)CE-SUJ-SII-020-20. Disponible en <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/232/05001-23-33-000-2012-00572-01.pdf>.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 11 de junio de 2020. Rad.: 15001-23-33-000-2016-00630-01(4083-17)CE-SUJ-S2-021-20. Disponible en <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/232/15001-23-33-000-2016-00630-01.pdf>.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. *Gaceta Constitucional*, núm. 116, 20 de julio de 1991.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-006-92.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-124-93.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-260-95.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-107 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-107-02.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 2005 (M. P. Jaime Araujo Rentería). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-098-05.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-862-06.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-891A de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-891A-06.htm>.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-507-08.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1141-08.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011 (M. P. Luís Ernesto Vargas Silva). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-818-11.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 1073 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU1073-12.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 131 de 2013 (M. P. Alexei Julio Estrada). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU131-13.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2014 (M. P. Luís Guillermo Guerrero Pérez). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-870-14.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 230 de 2015 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU230-15.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 415 de 2015 (M. P. María Victoria Calle Correa). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU415-15.htm>.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 023 de 2018 (M. P. Carlos Bernal Pulido). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU023-18.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-039 de 2018 (M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-039-18.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 069 de 2018 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU069-18.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-368 de 2018 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-368-18.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-109 de 2019 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-109-19.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 140 de 2019 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU140-19.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 2020 (M. P. Alberto Rojas Ríos). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-015-20.htm>.
- Colombia. Ley 100 de 1993: Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* (41.148). Diciembre 23 de 1993.
- Colombia. Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* (47.956). Julio 2 de 2011.
- Colombia. Ley. 1695 de 2013: Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* (49.007).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Sentencia del 29 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C 258. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_258_esp.pdf.
- DELGADO, C. (2018), *Políticas públicas, juez constitucional y derechos sociales*. Bogotá: Ibáñez.

- DÍAZ, P. (1993). *La Constitución política colombiana 1991*. Bogotá: Temis.
- DUARTE, A, JAIMES, M. y PACHECO, N. “La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: un primer momento de análisis”. *Revista Temas Socio-Jurídicos*. 72.
- ESCOBAR, G. (2012). “Los derechos fundamentales sociales de prestación”. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- FERREYRA, R. (2019). *Fundamentos constitucionales*. Buenos Aires: EDIAR.
- FERREYRA, R. (2016). *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Buenos Aires: EDIAR.
- GARZÓN, E. (2010). “Cinco consideraciones acerca de la concepción de derechos sociales de Robert Alexy”. *Derechos sociales y ponderación*. México: Fontamara.
- GIL y GIL, J. (2012). “El derecho a la seguridad social”. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- GÓMEZ, L. (2009). *Precedentes y estructura de los derechos fundamentales en Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- GUTIÉRREZ, A. (2018). *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HELLER, H. (2014). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JAIMES, A. y PACHECO, N. (2016). “La regresividad de derechos pensionales en Colombia a partir de la sostenibilidad fiscal: análisis de la SU 1073 de 2012 y SU 230 de 2015”. *Revista Dissértum*. 12.
- JAIMES, M. (2020). *El precedente de descongestión de la Ley 1437 de 2011 como fuente de regresividad de los derechos pensionales en la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el sector público*. Tesis para optar por el título de abogada. Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- MANILI, P. (2017). “Germán José Bidart Campos”. *Maestros del derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- PECES-BARBA, G. (2010). “Reflexiones sobre los derechos sociales”. *Derechos sociales y ponderación*. México: Fontamara.
- PISARELLO, G. (2014). *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.

- QUINCHE, M (2006). *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- QUIROGA-VILLAMARÍN, D. (2016). “Recontextualizando la globalización. El ‘espacio intermedio’ de la sostenibilidad fiscal en Colombia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- ROA, J. (2015). “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”. *Serie Documentos de Trabajo*. 26.
- SAGÜES, N. (2017). *Derecho constitucional I: teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.
- SIERRA, H. (1998). *Concepto y tipos de la ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ZEZZA, M. (2019). *La tutela judicial de los derechos sociales dentro del constitucionalismo contemporáneo*. Bogotá: Nueva Jurídica.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Análisis crítico de la STC 172/2020 (Pleno) en cuanto
a la constitucionalidad del artículo 20.2b
de la Ley de Seguridad Ciudadana

*Critical Analysis of STC 172/2020 (Plenary)
Regarding Constitutionality from the Article 20.2b
of the Citizen Security Law*

Recepción: 22 de octubre de 2021

Aceptación: 6 de diciembre de 2021

Valentín GUILLÉN PÉREZ*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, del 19 de noviembre, ha resuelto reciente y definitivamente el Recurso de Inconstitucionalidad 2896/2015, interpuesto en contra *ex* artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana. Su redacción se ajusta al marco constitucional, ya que, según se arguye en la misma, no vulnera el derecho a la intimidad corporal establecido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. A la luz de la presente sentencia, se ha realizado un estudio minucioso sobre los aspectos más relevantes de esta figura de prospección corporal que hemos denominado “desnudo parcial”, encuadrada en el apartado “b” *ex* artículo 20.2, que de su tenor literal expresa como “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa”.

ABSTRACT: *The judgment of the Constitutional Court 172/2020, of November 19, has recently and definitively resolved the unconstitutionality appeal 2896/2015, filed against ex art. 20.2 of the Law of Citizen Security. Its wording conforms to the constitutional framework, since, as argued therein, it does not violate the right to bodily privacy of art. 18.1 of the Spanish Constitution. In light of this judgment, a meticulous study has been carried out on the most relevant aspects of this figure of body prospection that we have called “partial nakedness”, which is framed in section “b” ex art. 20.2, and which defines it in its literal wording as: “exposing parts of the body normally covered by clothing”.*

* Profesor doctor del Grado de Seguridad ISEN, Centro Universitario (Facultad adscrita a la Universidad de Murcia). Subinspector de la Policía Local de San Pedro del Pinatar (Murcia). ORCID: 0000-0003-4956-7254; pinatar2003@hotmail.com.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, semidesnudo, cacheo, desnudo integral, registro superficial externo, derecho a la intimidad corporal.

Keywords: *Tribunal Constitucional, semi-nude, frisking, total undressing, external surface frisk, right to body privacy.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes y estado de la cuestión.* III. *Fundamentación jurídica cuarta.* IV. *Algunas reflexiones acerca de la STC 172/2020.* V. *A modo de conclusión.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El 22 de diciembre de 2020 se publicó en el *BOE* la Sentencia 172/2020 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 19 de noviembre, que resolvía el Recurso de Inconstitucionalidad 2896/2015, el cual había sido interpuesto por diputados de distintos partidos políticos que, por aquellas fechas, conformaban la oposición,¹ contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 23 y 37.1, en relación con los artículos 30.3, 37.3 y 7, así como la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana (en lo sucesivo LOPSC). En su fallo, el alto tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad con respecto al artículo 20.2 de la LOPSC, que es el objeto del presente trabajo de investigación.

Mediante este precepto, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante FCS) estarían habilitados para practicar un registro corporal externo y superficial de una persona cuando existan indicios racionales, siempre y cuando esté relacionado con las funciones de indagación y prevención que les encomiendan las leyes, y el cual incluye la práctica policial de dejar a la vista aquellas partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa —cuya figura jurídica hemos denominado “desnudo parcial”—. Este precepto, que está regulado en el artículo 20 de la citada LOPSC, y cuyo epígrafe se titula “Registros corporales externos”—comúnmente conocido en el argot

¹ Noventa y siete diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Socialista, once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural (Izquierda Unida) (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)], cuatro del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia y dos del Grupo Parlamentario Mixto del Congreso de los Diputados.

policial como la diligencia de cacheo—, se erige como uno de los artículos normativos, dimanante de los poderes públicos, que más controversias y polémicas² suscita en su aplicación por parte de los agentes de la autoridad en materia de seguridad ciudadana.

Dicho esto, consideramos necesario reproducir el texto íntegro del artículo 20 de la LOPSC, con el fin de que el lector tenga una mejor comprensión de los argumentos jurídicos esgrimidos por los recurrentes contra el referido precepto, y así le ayude a comprender cuáles serían los criterios requeridos para legalmente amparar su práctica por parte de los miembros de las fuerzas del orden. De su dicción literal expresa que:

1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia. b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado³ y fuera de la vista de

² Entendemos, al igual que Cano (2019: 16), dicha postura, sin olvidar también la controversia que genera la práctica de las pruebas ecográficas o las radiológicas en las zonas aeroportuarias para la detección de drogas en el interior del cuerpo. También compartimos la opinión de los problemas jurídicos que acarrea la extracción de excrecencias en el ser humano para la investigación del ADN.

³ La jurisprudencia ha admitido el desnudo o semidesnudo de sujetos que no están privados de libertad en zonas como: en el interior de unos matorrales emplazados en la playa (SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre [ECLI:ES:APB:2012:13715]); en el portar de un edificio (SAP de Barcelona, 161/2014, del 24 de febrero, [ECLI:ES:APB:2014:1917]); en una zona más reservada entre dos turismos que actúan de pantalla (ATS 1554/2003, del 26 de septiembre [ECLI:ES: TS:2003:9626A]); en un portal cercano del lugar donde se requirió la actuación (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:919]); en el patio interior de un cuartel de la Guardia Civil (STS 941/2012, del 29 de noviembre [ECLI:ES:TS:2012:7979]); en el almacén de un supermercado (SAP de Tarragona, 219/2014, del 8 de mayo [ECLI:ES:APT:2014:536]), o incluso en unas dependencias aisladas de un establecimiento público (ATS 1474/2005, del 28 de junio [ECLI:ES:TS:2005:8428A]). Se hace constar que el listado de repertorio jurisprudencial utilizado a lo largo del presente trabajo es el del Centro de Documentación Judicial (Cendoj), del Consejo General del Poder Judicial. Se han seguido las disposiciones que han tenido lugar en el identificador europeo de jurisprudencia (ECLI). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Documentacion-Judicial/El-Centro-de-Documentacion-Judicial--Cendoj--/>.

terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia,⁴ de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó. 3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización. 4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La sentencia, de la que fue ponente el magistrado Juan José González Rivas, cuenta con el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Castejón, cuyos argumentos y razonamientos jurídicos discrepantes se irán desgranando y analizando a lo largo del presente trabajo.

II. ANTECEDENTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Durante el tiempo que estuvo en vigor la ya derogada LOPSC de 1992, junto con “los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadana, los nuevos contenidos que las demandas sociales..., la imperiosa necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia...”,⁵ se aconsejó la redacción de un nuevo texto legislativo, que diera respuesta y se adaptase a la actual realidad de la sociedad española, y que subsanase todas aquellas vicisitudes. Por ello, en la reunión del 29 de noviembre de 2013, el Consejo de

⁴ Recientemente, la Instrucción 13/2018 del 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, “sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana”, especifica con más detalle, si cabe, cómo se debe realizar el escrito. Expresa que deberá entregarse a sus superiores en la finalización del servicio, y se deberá reseñar si ha derivado en una actuación penal, o un procedimiento administrativo sancionador.

⁵ Punto segundo de la exposición de motivos del anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana, fechado el 29 de noviembre de 2013. En un mismo sentido se pronuncia Bilbao (2015: 217-218), así como Otamendi (2015: 9), aseverando además que existe una necesidad imperiosa de modernizar y hacer más eficaz la creación de una nueva ley como herramienta de que dispone el Estado de derecho para garantizar la seguridad ciudadana.

Ministros recibió un informe del Ministerio del Interior sobre el Anteproyecto de la nueva LOPSC, en aras de iniciar un proceso legislativo que legitimase su aprobación. Finalmente, el 1o. de julio de 2015, después de la realización de los trámites legalmente establecidos, entró en vigor la LOPSC 4/2015, pocos meses después de la publicación en el *BOE* de la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo,⁶ que, de manera sustancial, reformaba el Código Penal español.

Por primera vez en España, en la citada Ley Orgánica 4/2015, se incluían determinadas actuaciones en el ámbito policial, que consistían en la realización de los llamados registros corporales externos. En este texto normativo se han introducido, además, novedades significativas que afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁷ No obstante, podemos aseverar que la redacción del artículo 20 de la LOPSC 4/2015 se debe, en gran medida, a los pronunciamientos de la praxis jurisprudencial⁸ que a lo largo de los años había dirimido sobre aquellas actuaciones policiales en relación a los registros corporales (y que hubiesen conllevado, especialmente, y de una forma intrínseca: la práctica de los llamados desnudos parciales o semidesnudos), que pudieran haber supuesto una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal o corporal establecido en el artículo 18 de la CE.

Por su parte, y con fecha del 21 de mayo de 2015, tuvo entrada, en el registro general del Tribunal Constitucional, el recurso de inconstitucionalidad del precepto normativo del artículo 20.2 de la LOPSC, promovido

⁶ La mencionada Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, despenaliza las faltas y suprime el libro III del Código Penal, donde se establecían las infracciones penales de carácter leve, de forma que una pequeña parte de dichos comportamientos disruptivos, anteriormente sancionados por la vía penal, han quedado despenalizados. Otra parte de las infracciones se ha convertido en una nueva categoría delictiva (delitos leves), y una tercera, la más importante, se ha tipificado como infracciones administrativas en el marco de la nueva LOPSC.

⁷ Bilbao (2015: 218) reconoce que la nueva LOPSC 4/2015 es mucho más exhaustiva y sistemática que la LOPSC de 1992.

⁸ En el presente estudio se irán incorporando dichas sentencias para una mayor comprensión al tema que nos ocupa. El precepto 20 de la LOPSC incluye aspectos significativos que los tribunales a lo largo de estos años han ido dilucidando. Téngase en cuenta en la redacción de la nueva LOPSC, porque precisa de algunos requisitos de obligado cumplimiento para las FCS, como son: que el cacheo o semidesnudo debe realizarse por un agente del mismo sexo —salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes— y existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos u efectos que para las funciones de prevención les son encomendadas a las FCS.

por la mayoría de los partidos políticos que, por entonces, conformaban la oposición. El recurso planteaba, en otros términos, que este precepto adolecía de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para amparar su práctica policial, y, por ende, lesionaba, sin miramientos ni justificación ni amparo constitucional alguno, el derecho a la intimidad personal establecido en el artículo 18.1 de la CE. Asimismo, que lesionaba el principio constitucional de la dignidad de la persona *ex* artículo 10.1 de la CE, así como el derecho a la integridad física y moral que regula el artículo 15 de la CE.

Además, los recurrentes argumentaban que el precepto impugnado permitiría el registro corporal externo, incluyendo el desnudo parcial o total del sujeto en cuestión, sin que se cumplieran las exigencias previsibles por razones de urgencia y necesidad.

Sin embargo, la Abogacía General del Estado acordó, por su parte, la desestimación de la cuestión, recordando que el precepto cuestionado era ya práctica habitual entre las actuaciones policiales de las FCS en materia de prevención de la delincuencia, siempre y cuando, eso sí, se cumplieran ciertos requisitos necesarios que garantizasen su legalidad. Por consiguiente, esta postura confirmaba, en cierto modo, que la regulación del artículo 20.2 de la LOPSC era necesaria, amparando su legitimación siempre que se excluyeran los denominados desnudos integrales. La argumentación jurídica de la Abogacía del Estado finaliza recordando que el precepto cumple con el principio de proporcionalidad en su triple vertiente: la necesidad de protección en materia de seguridad ciudadana; evitar actuaciones arbitrarias o aleatorias, y el cumplimiento de ciertas exigencias jurídicas que garanticen el respeto a los “principios de no injerencia y discriminación”.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA CUARTA

La sentencia del Tribunal Constitucional 272/2020 concluye, en su fundamentación jurídica, que los registros corporales externos, contemplados en el apartado b) del artículo 20.2 de la LOPSC, no vulneran el derecho a la intimidad corporal que señala el artículo 18.1 de la CE. Recuerda el alto tribunal, en el inicio de su disertación, el texto completo del citado precepto; los razonamientos jurídicos que realizan los recurrentes, así como la doctrina jurisprudencial asentada hasta ese momento respecto al derecho a la intimidad personal, y, más concretamente, cuando sea conculcado por cualquier medida de injerencia o de inspección corporal que incida, sobre

todo, en la privacidad del afectado, o bien su práctica policial recaiga sobre las partes más íntimas del cuerpo humano.

Sobre la base de todo lo expuesto, el alto tribunal esgrime que no toda afectación al derecho a la intimidad puede ser calificada constitucionalmente como “injustificada o irrazonable” (FJ4o. b), dado que —como la mayoría de los derechos— no se trata de un derecho absoluto, pudiendo éste cederse en favor de otros intereses constitucionalmente relevantes (FJ4o. d).

Indagando un poco más sobre la cuestión que nos interesa, recuerda el máximo intérprete de los derechos fundamentales que el anclaje constitucional sobre el derecho a la intimidad corporal en las relaciones de sujeción general supone un grado de afectación más intenso con respecto al derecho de la intimidad personal, porque el primero implica “una violación del pudor o del recato de la persona” (FJ4o. d).

Tanto es así que este razonamiento conforma una de las razones por las que el Tribunal ha considerado que la locución “dejar a la vista aquellas partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa” habilitaría ciertas medidas indagatorias que supusiesen realizar, por ejemplo, un desnudo parcial a una determinada persona. La tesis utilizada en la sentencia para argumentar dicha legitimidad se fundamenta principalmente en excluir los “desnudos integrales”.⁹

En este sentido, la resolución del Constitucional esgrime una abultada y consolidada doctrina jurisprudencial con respecto a la prohibición de efectuar un desnudo integral cuando suponga una relación de sujeción general, es decir, que el sujeto no se encuentre privado de libertad. Pero olvida el Tribunal considerar que un desnudo parcial, cuando implica la violación del pudor o recato de la persona, se convierte en el denominado desnudo integral, aunque ello no implique descubrir todas y cada una de las prendas de vestir del sujeto concernido. Por ello, el Tribunal no ha esgrimido razones lo suficientemente convincentes para considerar que el precepto llevado a discusión es constitucional. Prueba de ello la encontramos cuando expone en sus argumentos que el presupuesto legítimo para realizar un registro o cacheo con desnudo parcial, y ello suponga un nivel de afectación

⁹ La sentencia señala en el FJ4o.c que “más allá de la valoración que merezca tal previsión, podemos afirmar, en este momento, que el artículo 20 LOPOSC no ampara o cubre, como acertadamente ha señalado la abogacía del Estado, los supuestos de desnudo integral de las personas afectadas por los registros corporales; es decir, hemos de excluir que nos hallemos ante una intervención tan invasiva de la intimidad corporal como sería la realización de cacheos con desnudo integral de los afectados”.

sobre el derecho a la intimidad corporal, no sería otro que el previsto, con carácter general, en el apartado 1 del artículo 20 de la LOPSC, es decir, la existencia de indicios racionales.¹⁰

Entrando aún más en el meollo de la cuestión, pero exponiéndolo de forma sucinta, se estima en la sentencia como medida inexcusable la necesaria observancia del “principio de proporcionalidad” para que esta práctica policial se encuentre amparada dentro del marco de la legalidad. Por consiguiente, y a los solos efectos de satisfacer las exigencias de este principio, se requieren tres condiciones *sine qua non*: el juicio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, de modo “que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes”.¹¹

Además del estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad *ut supra*, tal medida debe responder siempre a un fin legítimo, fruto de indicios racionales y bien fundados que indiquen una alta probabilidad de certeza, que el sujeto en cuestión pudiere estar portando objetos, efectos, instrumentos, drogas, explosivos prohibidos, susceptibles de ser utilizados para cometer un delito o una infracción administrativa, o incluso alterar la seguridad ciudadana (LOPSC, artículo 18).

Igualmente, la sentencia concluye que dicha práctica se erige como legítima sin que sea preciso una decisión judicial, pudiendo llevarse a cabo por la policía judicial siempre y cuando se den las necesarias circunstancias, tal y como lo aduce la STC 37/1989 del 15 de febrero.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STC 172/2020

1. *El derecho a la intimidad corporal como límite de actuación*

Por antonomasia, el derecho fundamental más sacrificado cuando se practica un registro corporal externo, establecido en el precepto objeto de impugnación, es el referido al derecho de la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española.¹² En este sentido, el apartado b

¹⁰ En posteriores apartados se expone el significado y la controversia sobre el concepto jurídico de “indicio racional”.

¹¹ FJ4o.d, apoyado también en la STC 20672007 (FJ6o.).

¹² La STC 272/2020, del 19 de noviembre, en su FJ4a.b reconoce que el artículo 18.1 de la CE es el principal derecho afectado, no sólo para los registros corporales o cacheos,

conduce a un amplio espectro de situaciones fácticas que, por su nivel de exigencia, puedan afectar al derecho de la intimidad personal cuando estén dirigidas sobre el propio cuerpo de la persona; por ejemplo, levantar la camiseta por si oculta algo bajo ella, descalzarse, desprender los calcetines, bajar parcialmente el pantalón con la misma finalidad, quitar una gorra de la cabeza.

Ahora bien, consideramos que son mucho más comprometidas¹³ y, por lo tanto, se elevaría el grado de intromisión, en cuanto al derecho a la intimidad de las personas se refiere, en aquellas actuaciones encaminadas a obligar a un sujeto a despojarse de los calzoncillos para dejar a la vista sus partes más íntimas.¹⁴ En estas acciones opera el derecho a la intimidad corporal, como, por ejemplo, intervenir sobre orificios corporales que no entrañen privacidad, como la actividad consistente en el registro bucal (al introducirse un ciudadano, por ejemplo, droga en la boca para no ser detectado por las FCS

sino también por cualquier medida de injerencia o de inspección corporal. La tratadista Cabezuelo (1998: 18) define de una forma concreta la intimidad como “un derecho innato, surgido en el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa”. La doctrina se ha pronunciado sobre la afectación del derecho a la intimidad en la práctica del registro corporal externo, destacando a González i Jiménez (2014: 190), quien arguye que tanto el cacheo como los registros y las pruebas de detección alcohólicas vulneran el derecho a la intimidad del individuo. Además, el posicionamiento jurisprudencial no ha tenido problema en reconocer la legitimidad de esta intervención corporal, siempre que se enmarque en los requisitos y las garantías constitucionalmente admisibles a tal efecto. En este sentido, la STC 204/2000, del 24 de julio, afirma que “aparece [refiriéndose a la intimidad personal] configurado como un derecho fundamental... constitucionalmente garantizada en la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”.

¹³ Incluso el Defensor del Pueblo admitió esta problemática, instando a las entidades públicas para que, con carácter urgente, elaboren otras normas de rango administrativo de entidad inferior, así como instrucciones dirigidas a las FCS que sirvan de protocolo a fin de evitar atropellos que pudieren afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos, y, simultáneamente, puedan servir de instrumento sólido para la legítima y correcta interpretación del artículo en cuestión (Pueblo, 2015). Véase, también, al respecto, Consell (2015: 43) y Presno (2017: 602).

¹⁴ Valgan a título meramente ilustrativo las argumentaciones que aborda el Constitucional en la STC 37/1989, del 15 de febrero, a propósito del derecho a la intimidad personal. Esboza la sentencia que el derecho a la intimidad corporal forma parte de la intimidad personal, erigiéndose este último de un contenido mucho más amplio que el relativo a la intimidad corporal propiamente dicho, y, por lo tanto, el nivel de afectación del derecho a la intimidad corporal se encuentra mucho más acentuado que el propio derecho a la intimidad personal. En este sentido se posicionan Naranjo (2017: 485), Cano (2019), Pérez (2016: 300) y Díaz (2015: 177-178).

en el ejercicio de sus funciones), poner al descubierto partes pudendas o íntimas de las personas, e incluso aquel tipo de indagación de prospección corporal que consista en la introducción de manos u otros objetos en contacto con las mismas, o incluso palpar superficialmente los genitales; todas ellas las consideramos contingencias concurrentes que, desde el punto de vista del que suscribe, quedarían fuera del ámbito de protección de la LOPSC.¹⁵

En tal sentido, no se concibe el mismo nivel de intromisión respecto al derecho a la intimidad de un sujeto cuando se le obliga a quitarse un calcetín porque los agentes posean indicios de que éste hubiese introducido un objeto sospechoso dentro de él, que cuando éste deba bajarse sus pantalones hasta las rodillas con el fin de observarse el posible contorno de algún objeto escondido bajo su prenda interior.¹⁶

Bajo esta última premisa, la resolución de la STC 172/2020 es poco precisa,¹⁷ y menos sólidas parecen las certezas adquiridas conforme a ciertos aspectos básicos (como veremos en el apartado siguiente), concretamente cuando dicha figura jurídica opera sobre las partes más íntimas del sujeto. A nuestro entender, permite la ejecución de una actuación excesivamente discrecional durante el desempeño de las funciones que les son encomendadas a los agentes de la autoridad, originando consecuentemente cierto desconcierto entre los propios miembros de las FCS, en lo relativo a su legal tratamiento jurídico.¹⁸

¹⁵ Sobre la cuestión se expresa Otamendi (2015: 78), indicando que el apartado b del citado artículo 20 de la LOPSC 4/2015 “permite afirmar que la ley admite que el cacheo exija que el sujeto sometido a éste se quite determinadas prendas (pantalones, zapatos, camiseta, ropa interior), siempre y cuando existan indicios claros de poder hallar bajo dichas prendas instrumentos, efectos u otros objetos relevantes”. Del mismo modo se expresa, en otros términos, Guillén (2019: 905).

¹⁶ Hasta la fecha, no existen sentencias al respecto conforme a la actual LOPSC 4/2015. No obstante, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, como, por ejemplo, en los calcetines (SAP de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre [ECLI:ES:APB:2012:13715]), dentro del pantalón (STS 156/2013, del 7 de marzo [ECLI:ES:TS:2013, p. 919]), destapar la camiseta (SAP de Castellón, 403/2007, del 28 de septiembre [ECLI:ES:APCS:2007, p. 927]), o quitar las zapatillas (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, 124/2016, del 31 de marzo [ECLI:ES:APGC:2016, p. 1034]).

¹⁷ FJ4o. Ello no quiere decir, por lo demás, que la sentencia carezca de relevancia e interés constitucional, ya que, a efectos prácticos, resulta más que oportuno —e incluso, podríamos decir, necesario— el pronunciamiento del presente fallo por parte del máximo intérprete de los derechos fundamentales con respecto a esta figura de prospección corporal.

¹⁸ Sorprende que el legislador no haya reflexionado hasta qué punto la propia actuación policial pudiere causar innumerables conflictos innecesarios entre los particulares.

Conviene traer también a colación *ut supra* el problema existente que aborda la STC 172/2020 con el referido artículo 20.2.b de la LOPSC, cuando menciona a la STC 207/1996, del 16 de diciembre, en relación con la validez de estas indagaciones coactivas que incidan en la privacidad del cuerpo humano. La citada sentencia sienta como premisa que el desnudo de una persona puede afectar al derecho fundamental de la intimidad corporal¹⁹ y, por ende, únicamente tiene legitimidad en aquellos supuestos en los que el sujeto se encuentre privado de libertad,²⁰ bajo unas premisas legales,²¹ se encuentren racionalmente fundadas²² o el afectado preste la debida aquiescencia.²³

Al respecto, establece la sentencia (STC 207/1996) que

Una corrección formal de este precepto, que la técnica normativa persigue, constituye una exigencia ineludible al principio de la seguridad jurídica.

¹⁹ Para mayor abundamiento, y en el mismo sentido, se expresan Sánchez (2006: 11), Díaz Arias (2015: 177) y Azaola (2010: 43).

²⁰ Véase la SAP de Melilla, 24/2008, del 21 de mayo (ECLI:ES:APM:2008:107), con respecto al desnudo integral en dependencias policiales. La mencionada sentencia esgrime que, una vez que se constaten indicios racionales de que un sujeto porta droga en su cuerpo, lo más aconsejable en estos casos “hubiera sido primero detenerlo, instruirle de sus derechos, ponerlo bajo custodia para evitar que se desprendiera de la sustancia que presumiblemente portaba y dar cuenta a la autoridad judicial para que proveyera lo oportuno sobre el cacheo” (FJ2o.). En un mismo sentido, y ante la constatación de la ocultación de un envoltorio en los genitales, se pronuncia el FJ2o. de la STS 941/2012 del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012, p. 7979).

²¹ A este respecto, por ejemplo, Duart (2014: 258) en sus argumentos esgrime que la exhibición del cuerpo desnudo ante otra persona puede suponer una vulneración de su derecho a la intimidad corporal como resultado de la exposición de las partes más íntimas de su cuerpo.

²² Véanse los requisitos para la práctica policial del desnudo integral en las siguientes instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad: SES 7/1996, del 20 de diciembre, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o prueba incriminatoria; SES 19/2005, del 13 de septiembre, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad; SES 12/2007, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCS para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial; SES 12/2015, por la que se aprueba el protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las FCS, y el acuerdo adoptado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial sobre los criterios para la práctica de diligencias por la policía judicial, abril de 2017.

²³ Para mayor abundamiento, se puede consultar a Duart (2014: 258), Azaola (2010: 43), Díaz Arias (2015: 177) y Sánchez (2006: 11).

...dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización: a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropométricos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), ...pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

2. *La necesaria delimitación conceptual del desnudo integral*

Desde la protección del derecho fundamental a la intimidad personal establecido en el artículo 18.1 de nuestra carta magna, el denominado “desnudo parcial”, ex artículo 20.2.b de la LOPSC, no debe confundirse con el registro corporal externo o la práctica del cacheo. Ni tan siquiera en relación con el denominado “desnudo integral”, ya que esta modalidad se erige como una medida intermedia entre las otras dos figuras jurídicas corpóreas anteriormente mencionadas.

No es tarea fácil lo que, en relación con el cometido de las FCS, se ha de entender por un “desnudo integral”, ya que adolece de una regulación taxativa o de base legal, y, como consecuencia de ello, acarrea argumentaciones jurídicas que puedan estar sesgadas a tal efecto. Por lo tanto, debemos ser cuidadosos en su formulación, porque alguna de ellas sólo incluye determinados tipos de cacheos en atención a la intensidad o nivel de afectación cuando fuere proyectado sobre el sujeto concernido.

Sobre dicho tema y haciendo eco de toda la doctrina jurisprudencial dirimida hasta la fecha, tanto la Secretaría de Estado y Seguridad en la Instrucción²⁴ de 2005 como el flamante acuerdo mantenido por la Comisión

²⁴ Instrucción 19/2005, del 13 de septiembre, del secretario de Estado de seguridad relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad. En el voto particular de la STC 172/2020, formulada por María Luisa Bala-
Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

Nacional de Coordinación de la Policía Judicial han acuñado, de una forma específica y detallada, la acepción de la práctica del desnudo integral durante los cacheos policiales con el fin de averiguar si un sujeto pasivo objeto a examen porta en sus pliegues u otras partes de su cuerpo, o entre sus ropas, algún efecto, instrumento, objeto peligroso o prueba incriminatoria.

Pero lo más importante sobre la Instrucción de la Secretaría de Estado y Seguridad lo encontramos en la definición que realiza sobre la figura jurídica del desnudo integral. La citada Instrucción acuña dicho término como aquella diligencia policial que pone “al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, y en caso necesario indagar mediante el contacto directo de manos u otros objetos de exploración con las mismas”,²⁵ cuando la persona se encuentre en calidad de detenido antes de introducirlo a los calabozos.

Como se puede comprobar, en los párrafos *ut supra* la definición del desnudo integral no se circunscribe exclusivamente cuando al detenido en cuestión se le despoje de todas y cada una de las prendas de vestir, sino más bien estará dirigida al momento en que se opere sobre las partes más íntimas del cuerpo y consecuentemente supongan una vulneración a la privacidad del sujeto en cuestión.

Según lo indicado anteriormente, por motivos análogos con respecto a la disposición cuestionada, somos de la opinión de que la praxis policiva encaminada al hallazgo de instrumentos u objetos en el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que les son encomendadas a las FCS quedarían excluidas todas aquellas actuaciones que generen un desnudo integral, entendido éste como el desprendimiento de la ropa que suponga dejar a la vista las partes más íntimas, o en toda su totalidad, así como realizar contacto físico con las partes pudientes del sujeto que se someta a éstas.

En efecto, y en las mismas líneas que abordamos, la sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020 (FJ4o.c) excluye de la dicción literal *ex* artículo 20.2 de la LOPSC la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral

guer Callejón, se muestra disconforme con el fallo de la sentencia, por el hecho de que se considera a la instrucción como una norma con rango de ley. Esta disertación de la magistrada la consideramos del todo acertada.

²⁵ Instrucción 19/2005, del 13 de septiembre, del secretario de Estado de seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas cuerpos de seguridad, y la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, sobre los Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, abril de 2017.

sobre los afectados,²⁶ todo ello apoyado por la doctrina constitucional consolidada —por todos, la STC 206/1996, del 16 de diciembre (FJ2o.)—, en cuyos argumentos jurídicos reconoce las denominadas inspecciones y registros corporales consistentes en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano que puedan dejar desnudo al sometido —por ejemplo, la realización de un examen ginecológico—, y que pueda verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal *ex* artículo 18.1 de la CE.

No obstante lo anterior, consideramos que el Tribunal olvida debatir la esencia del asunto que estriba principalmente —e independientemente si se practica un desnudo parcial o integral— en si la práctica del mismo recae en dejar a la vista aquellas partes del cuerpo consideradas como las más íntimas o incidan sobre la privacidad del sujeto concernido.

En este sentido, el alto tribunal justifica que la práctica de los desnudos integrales sean descartados en dicho precepto, y cuyos argumentos jurídicos equiparan los desnudos integrales practicado por las FCS con respecto a las situaciones donde existe una vinculación especialmente intensa entre la Administración y el ciudadano, como ocurre en las relaciones de sujeción especial (que aborda de una forma amplia la doctrina jurisprudencial en el ámbito penitenciario). Sobre el particular, la STC 172/2020 dice que

...más allá de la valoración que merezca tal previsión, podemos afirmar, en este momento, que el art. 20 LOPSC no ampara o cubre, como acertadamente ha señalado la abogacía del Estado, los supuestos de desnudo integral de las personas afectadas por los registros corporales; es decir, hemos de excluir que nos hallemos ante una intervención tan invasiva de la intimidad corporal como sería la realización de cacheos con desnudo integral de los afectados (cuestión abordada en relación con el ámbito penitenciario en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6a).²⁷

²⁶ En el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón se consideró descartar la posibilidad de realizar un desnudo integral (STC 172/2020) con base en ese precepto. La magistrada expresó también que en el apartado 1 del artículo 20 de la LOPSC, la modalidad de prospección corporal es más leve o menos invasiva a la intimidad personal (FJ4o.c). Sin embargo, Otamendi (2015: 78) reconoce la facultad que otorga *ex* artículo 20.2 de la LOPSC para realizar desnudos parciales consistentes en desprender “una prenda de ropa que podrá ponerse de nuevo el sujeto antes de que tenga que quitarse otras”, sin que en ningún momento arguya sobre la afectación de las partes del cuerpo. En esta línea se expresa también Cano (2019), al indicar que la locución “partes del cuerpo” parece excluir la posibilidad de ordenar el desnudo integral.

²⁷ FJ4o.c. Además, expresa que la STC 57/1994 se encuentra confirmada, entre otras, por las SSTC 204/2000, del 24 de julio, FJ 4o.; 218/2002, del 25 de noviembre, FJ 4o.;

No obstante lo anterior, y a la luz de las premisas que realiza el Constitucional, podemos deducir que el desnudo integral con respecto al desnudo parcial (cuando suponga esta última una invasión a una de las partes más íntimas del cuerpo) supondrá una exposición más agresiva²⁸ sobre el derecho a la intimidad corporal, porque el hecho de exponer un cuerpo desnudo a la vista de los agentes policiales menoscaba con más intensidad el principio de la dignidad humana, que si, por el contrario, se opere sobre una sola parte del cuerpo, sin que ello suponga desprenderle todas sus ropas a la vez (desnudo parcial).²⁹

Repárese, además, otro aspecto significativo que realiza el Tribunal sobre el precepto objeto de impugnación, cuando aduce que “el presu-

196/2006, del 3 de julio, FJ 5o.; o 171/2013, del 7 de octubre, FJ 4o. En el ámbito penitenciario, esta materia se encuentra regulada de un modo más concreto en el artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del 26 de septiembre, desarrollándose minuciosamente en los artículos 68 y 93 del Real Decreto 190/1996, del 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario y que contempla, entre las medidas que cabe adoptar, la del desnudo integral al interno del centro penitenciario. Los desnudos integrales practicados sobre los internos en los centros penitenciarios son más intensos y regulares con respecto a los desnudos que puedan realizar las FCS, debido a que la relación especial de sujeción de la administración por razones individuales y contrastadas, y con el fin de garantizar la seguridad del centro. En este sentido se expresan nuestros autores: Tamarit *et al.* (2005: 77), Juanatey (2008: 11) y Cervelló (2006: 104).

²⁸ Del mismo modo, el Consell (2015: 43), al analizar el precepto 20.2b de la LOPSC, establece que dicha actividad no puede equipararse a las intervenciones corporales que comporten un desnudo integral, ya que éstas contienen una mayor injerencia dirigidas al propio cuerpo de la persona.

²⁹ A modo ilustrativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, 84/2012, del 2 de junio (ECLI:ES:APBI:2012:2340), ha asentado en los fundamentos de derecho de su respectiva sentencia, unos criterios convincentes con los que condenó, por una falta de vejaciones injustas, a un agente de la Policía Municipal de Bilbao, por el hecho de haberse puesto unos guantes de látex con la finalidad de introducir sus manos por debajo del pantalón, y tocar de forma intencionada la zona anal o genital para descartar que portara efectos delictivos o peligrosos. El Tribunal resolvió que dicho agente había estado guiado por su exclusivo ánimo de humillar a un sujeto que no estaba privado de la libertad, adoleciendo además de una justificación racional por los hechos acaecidos. Por ello, consideramos que la palpación de las partes pudientes o íntimas de la persona sin destapar la ropa, o incluso la introducción de manos u otros objetos, han quedado al margen de su regulación, lo que puede suponer un trato más intrusivo que el propio cacheo corporal. Sin embargo, la STS 941/2012, del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979), no realiza ningún reproche a una actuación policial, cuando al tener indicios racionales de que un sujeto portaba un envoltorio de plástico, los agentes le palparon los genitales, actuación que le llevó *a posteriori* a realizar un desnudo en aras de intervenir dicha droga.

puesto que habilitaría esta medida de registro o cacheo con desnudo parcial..., puede implicar una violación del pudor o del recato de la persona” (FJ4o.d). Si atendemos que el desnudo integral vulnera el pudor y el recato³⁰ de los ciudadanos, al igual que la práctica del desnudo parcial, podemos contemplar que no es tan importante mencionar en la sentencia del Constitucional su exclusión, sino más bien convendría limitar su disertación sobre la afectación de las zonas más íntimas de la persona.

Para ello tomamos como premisa lo que se ha reflejado en detalle en las argumentaciones esgrimidas por la STC 37/1989, del 15 de febrero, sobre el derecho a la intimidad corporal:

El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan [en ningún momento reseña sobre la figura jurídica de desnudo integral, sino más bien sobre las partes del cuerpo que recae la prospección] o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989, del 15 de febrero, FJ7o.).

En el mismo sentido a nuestro razonamiento se expresa la magistrada María Luisa Balaguer Castejón en el voto particular discrepante de la sentencia cuestionada 172/2020, al considerar que “el precepto es insuficiente, y no se puede salvar interpretando que excluye los cacheos integrales que son los más invasivos, porque nada dice la norma al respecto”.

En definitiva, este precepto legal y la sucesiva STC 172/2020 no permiten extraer conclusiones lo suficientemente claras sobre el alcance de la habilitación otorgada a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la práctica de esta figura jurídica coercitiva, poniendo en un mismo

³⁰ Los términos “pudor” o “recato” que señala la sentencia no dejan de ser ambiguos y de difícil interpretación, como afirman también García y Rebollo (1994: 99) y Díaz Revorio (2015: 178). Nuestros autores reconocen la existencia de partes del cuerpo dudosas que pueden afectar al sentimiento de pudor, aunque fijan claramente como aquellas que operan sobre los órganos genitales, el ano, el recto, o los pechos en el supuesto de que el sexo sea femenino. Incluso, Yángüez (2018: 15) se cuestiona, de igual modo, cuántas partes del cuerpo deben dejarse al descubierto y en qué grado, arguyendo que dicho precepto debería estar tasado y cerrado para evitar interpretaciones erróneas.

alcance en sus argumentos jurídicos la figura del desnudo integral con respecto a los registros corporales externos que supongan dejar a la vista partes del cuerpo que normalmente estén cubiertos por ropa (desnudo parcial), cuando éstas afecten a las zonas denominadas como íntimas o privadas de la persona.

3. *Prevención de las infracciones administrativas: ausencia de una exigencia pública que justifique la intervención*

En el presente apartado analizaremos con rigor, y a la luz de las premisas esgrimida por la STC 172/2020, la validez del desnudo parcial en virtud de prevenir una infracción de naturaleza administrativa.

El Constitucional, en el mencionado FJ4o.d, analiza los artículos vinculantes que puedan desencadenar una intervención policial consistente en dejar a la vista partes del cuerpo exclusivamente para cuando sea necesario realizar funciones de indagación y prevención de un hecho punible. En sus argumentos jurídicos, el Tribunal menciona tanto el artículo 16.1 de la LOPSC (que por antonomasia regula la identificación policial) como el artículo 20.1 de la LOPSC (precepto que regula el registro corporal externo en su generalidad), concluyendo sobre la posibilidad de proceder a la práctica de registros corporales que incluso conlleven al desnudo parcial en referencia a las circunstancias a que alude el artículo 18.1 de la ley; es decir, cuando se porten armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que puedan ser utilizados con la finalidad de cometer un delito o infracción.³¹ Como corolario, aduce la mentada sentencia que la actividad responde a un fin legítimo: “prevención de la comisión de delitos o infracciones administrativas y la preservación de la seguridad ciudadana” (FJ4o.d).

Bajo esta premisa, resulta muy criticable que el Constitucional no haya aclarado debidamente una cuestión tan importante o, por lo pronto, haya puntualizado la posibilidad de realizar desnudos parciales para pre-

³¹ Crítica Ruíz (2018: 135) que dicho artículo se constituye como un cajón de sastre, tanto en su aspecto formal como en su propia naturaleza o peligrosidad. En parecidos términos se pronuncia el Consell (2015: 47-48), en cuyos argumentos exige para la práctica del desnudo parcial, además de todo lo expresado anteriormente, que las intervenciones sean excepcionales y se puedan llevar a cabo de forma individualizada.

venir o perseguir una infracción administrativa. En este sentido, entendemos que dicha aseveración puede llevarnos a una interpretación vaga e imprecisa (FJ4o.d), y, consecuentemente, podría provocar una importante discrecionalidad en las actuaciones propias que les son encomendadas a las FCS, que culminaría en el atropello del principio de proporcionalidad cuando se persigan infracciones administrativas.

Para mayor profundidad sobre dicho aspecto, esgrime el tratadista Ruíz que tanto la prevención como la indagación e investigación policial que expresa dicho artículo “resulta un exceso absoluto por permitir intromisiones en los espacios de la libertad e intimidad de los ciudadanos”.³²

En efecto, y en tal sentido, la proporcionalidad se erige como un principio de construcción jurisprudencial capaz de operar como pauta de actuación al indicarnos la necesidad de guardar un justo equilibrio entre los beneficios que se han de obtener al realizar el desnudo parcial y, por otra parte, los perjuicios que la misma pudiera comportar al ciudadano.

Nos resulta importante destacar a tal respecto lo que la sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, del 24 de septiembre, aduce sobre las tres condiciones que debe superar el juicio de proporcionalidad para que el desnudo parcial sea legítimo en toda su extensión:

Idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para la consecución del fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (FJ 6o. de la STC 206/2007).

Partiendo del referido principio, podemos señalar que no se atisba razón alguna que justifique un desnudo parcial por la mera sospecha de que se hubiera infringido una simple infracción administrativa, como tampoco creemos que sea ecuánime ni prudente organizar un dispositivo policial

³² En estos términos se expresa Ruíz (2018: 138).

para llevar a cabo un control estático en la vía pública en aras de realizar dicha práctica policial, es decir, de forma preventiva.

Partimos de la base de que, en nuestro país, las indagaciones de prospección corporal apenas han sido objeto de atención por parte de los administrativistas. En cualquier caso, han llegado a estudiarse detenidamente por los procesalistas desde una perspectiva parcial en la investigación de un delito (Cano, 2019), en consonancia con la abultada jurisprudencia pronunciada al respecto, cuando se realice durante el transcurso de investigaciones o evidencias delictivas relevantes para un proceso penal (FJ6o. de la STC 206/2007).

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la STS 677/2009 (del 16 de junio [ECLI:ES:TS:2009:4471]), en cuyos hechos fácticos relata que la Guardia Civil sometió a un individuo a un desnudo integral durante 10 minutos, sin que concurrieran indicios o sospechas para justificar dicho sometimiento. Los agentes finalmente fueron condenados por un delito contra la integridad moral y por una detención ilegal. Además, por su perspicuidad, nos resulta interesante destacar las valoraciones jurídicas insertadas en el FJ1o. de la AP de Barcelona, en referencia a los hechos acaecidos que motivaron el enjuiciamiento de unos agentes de la Policía Local de Rubí por un delito contra la integridad moral, porque de una forma aleatoria habían decidido someter a un desnudo integral a una persona en el interior del vehículo policial.

Arguye el Tribunal que

...su realización [el desnudo integral] solamente vendría justificada en el seno de investigaciones delictivas, y ante evidencias serias de que se trata de registros que han de arrojar algún tipo de resultado en el curso de investigaciones abiertas, porque abriguen sospechas fundadas de que el sometido al registro oculte elementos relacionados con el delito en zonas corporales íntimas a las que no es posible acceder sin esa modalidad de registro.³³

³³ También el FJ1o. de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 506/2015, del 25 de junio (ECLI:ES:APB:2015:7726), confirmada por el Auto del Tribunal Supremo 682/2016, del 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:3906A). Por hechos similares, se pronuncia la STS 677/2009, del 16 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4471); el ATS 1554/2003, del 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:9626A), y la STS 156/2013, del 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:919). Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 132/2012, del 5 de diciembre (ECLI:ES:APB:2012:13715), esgrime que en el transcurso de quitarle una camiseta y bajarse los pantalones conlleva la obligación y exigencia de sospecha por un delito. El Auto del Tribunal Supremo 1474/2005, del 28 de junio

Dicho esto, y una vez dirimidos dichos aspectos —que poco debate suscita al estar justificado por razones de ámbito penal—, nos centraremos en justificar que en las actuaciones encaminadas a dejar a una persona semidesnuda para prevenir una infracción administrativa no puede verse satisfecho el principio de proporcionalidad anteriormente expuesto.

La magistrada María Luisa Balaguer Castejón,³⁴ en los fundamentos de su voto particular, deja bien claro que “autorizar la práctica de un registro corporal externo que pueda conllevar desnudo para prevenir o investigar, dado el caso, cualquier infracción administrativa resulta claramente desproporcionado”.³⁵ La magistrada finaliza su disertación denunciando que el principio de proporcionalidad quedaría quebrantado con respecto a los principios de injerencia mínima, proporcionalidad y dignidad que señalan los apartados 3 y 4 del artículo 20 de la LOPSC.

El artículo 3.h de la LOPSC establece como supuesto el de prevenir la comisión de delitos e infracciones administrativas conforme a los fines indicados en el mencionado precepto. Entendemos que la intención del legislador en regular dichos fines están motivados en la preservación de la seguridad ciudadana desde un prisma genérico, como veremos en los apartados *ut infra*.

Para una mayor comprensión, resulta acreditativo realizar una reflexión comparativa conforme a la conculcación de los derechos fundamentales cuando sean practicadas dos actividades relativas a las FCS incardinadas en la LOPSC. Nos referimos al desnudo parcial cuando se proyecta sobre las partes íntimas del cuerpo (recordemos que puede conculcar el derecho a la intimidad corporal), con respecto a las funciones policiales que consistan en trasladar a efectos de identificación, regulado en el *ex* artículo 16 de la LOPSC. Esta figura jurídica contraviene el derecho a la libertad personal (artículo 17 de la CE) cuando la conducción y el traslado a dependencias policiales adolezca de los preceptivos requisitos y garantías establecidas por dicha Ley Orgánica.³⁶

(ECLI:ES:TS:2005:8428A), esgrime que resulta proporcional la medida de desnudar a un sujeto, en atención a la gravedad del delito que se persigue.

³⁴ Voto particular de la STC 172/2020.

³⁵ En similares términos se pronuncia Cano (2019: 16), quien, en su monografía (antes de conocer la resolución constitucional objeto de estudio del presente trabajo), tilda de inconstitucional las funciones policiales que consistan en prevenir una infracción administrativa.

³⁶ Incluso la doctrina jurisprudencial avala realizar el traslado a dependencias policiales únicamente con la intención de realizar la práctica del cacheo o del registro corporal ex-

Dicho lo anterior, fue retirada del proyecto presentado en julio de 2014 y del definitivo artículo 16 de la LOPSC 4/2015 la identificación para prevenir infracciones administrativas. Esta anulación se debió a las objeciones planteadas por el informe al Anteproyecto de la LOPSC 4/2015 del Consejo General del Poder Judicial, del 27 de marzo de 2014, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicho órgano consultivo emitió un informe señalando la anulación de la locución “para prevenir la comisión de una infracción” en el artículo 16.2 de la LOPSC, y cuyo texto del anteproyecto establecía la posibilidad de realizar la diligencia de identificación “en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de una infracción”.

Como es evidente, si la persona se niega a ser identificada o no es posible recabar su completa filiación por otros medios, cabe la posibilidad de practicar el traslado a dependencias policiales a efecto de realizar la oportuna diligencia de identificación, lo que conllevaría una merma sobre el derecho a la libertad³⁷ que expresa nuestra carta magna *ex* artículo 17, toda vez que no se cumple con los cánones de constitucionalidad por la ausencia legal de una justificación, y no responde con respecto a los derechos, bienes, o valores constitucionalmente reconocidos, y tampoco se encuentra inmerso en el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Si atendemos a la anterior disertación sobre los traslados a efectos de identificación con respecto al desnudo parcial, podemos concluir que no se atisba razón alguna para la utilización de actividades que conlleven una prospección corporal que afecte a la esfera más íntima del propio individuo para prevenir infracciones administrativas, entre otras cosas, por la ausencia de indicios racionales o de fundadas sospechas. Por lo tanto,

terno. Véase, en este sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que justifican dicha práctica: la STS no. rec. 1271/1994 del 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:1994:8883); la STS no. rec. 475/1994 del 23 de febrero (ECLI:ES:TS:1994:1164), la STS 610/1994 del 30 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3676) y la STS 1347/2011 del 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8999), entre otras.

³⁷ Véase la STC 341/1993, del 18 de noviembre. En sus argumentos arguye que el traslado a dependencias policiales contiene un plus de intensidad superior a la mera inmovilización momentánea en la vía pública, por superar el umbral temporal de lo permitido, de forma que suponga para el sujeto concernido una situación “que va más allá que la mera inmovilización de la persona... y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad” (FJ4o.). Se configuran estos términos como un punto de partida en la reflexión de nuestro análisis con respecto a los desnudos parciales.

entendemos que existiría un manifiesto atropello a los cánones exigidos por el principio de proporcionalidad y los principios que consagra el artículo 4.3 de la LOPSC, que dispone que “la actividad de intervención [y el desnudo parcial sin duda lo es] se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real a la seguridad ciudadana...”.³⁸

En efecto, se debe constatar un grado razonable de ciertas pruebas objetivas que determinen que se obtendrá o va a arrojar algún tipo de resultado de pruebas objetivas y con un grado razonable de determinación.³⁹

No obstante lo anterior, apreciamos su legitimidad cuando el reconocimiento de las intervenciones corporales sea especialmente leve, es decir, cuando el sometido se desprenda de su ropa dejando solamente a la vista de los agentes aquellas partes del cuerpo que no sean consideradas como íntimas o circunscritas al ámbito de la privacidad del sujeto (Guillen, 2019: 928).

4. *El indicio racional como requisito básico de actuación*

A nuestro entender, otro de los aspectos controvertidos que alude el FJ4o.c de la sentencia versa sobre uno de los requisitos que ofrece la LOPSC para legitimar el cacheo y el desnudo parcial, y cuyo texto juega un papel esencial para la ejecución de la práctica del desnudo parcial. El apartado 1 del artículo 20.1 de la LOPSC señala que “podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona [y el desnudo parcial, sin duda lo es] cuando existan indicios racionales para suponer...”.

El redactor de la LOPSC ha utilizado la locución “indicios racionales” en su artículo 20 con el objetivo de evitar cualquier intervención caprichosa, aleatoria o arbitraria (Alonso, 2004: 3; Guillén, 2015: 16; Lombardero, 2012: 55-62). No tenemos la menor duda de su cordura; sin embargo, el

³⁸ También, con sumo detalle, señala a tal efecto, Cano (2019).

³⁹ Véase, referente a los desnudos realizados en vía pública, la STS 941/2012 del 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7979); la STS 677/2009 del 16 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4471), y la SAP de Barcelona 506/2015 del 25 de junio (ECLI:ES:APB:2015:7726), confirmada esta última por el ATS 682/2016 del 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:3906A).

Tribunal rehúsa argumentar en dicha expresión el verdadero significado material que represente la intención de satisfacer el canon de previsibilidad. También, con sumo detalle, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón se pronunció sobre dicha premisa al expresar que “no concreta [el citado artículo] los motivos específicos que han de concurrir para adoptar una medida de esta naturaleza”.⁴⁰

En este sentido, presenta no pocos problemas pragmáticos con respecto a la locución “indicios racionales” del citado artículo, porque dista considerablemente del significado del término “sospecha”, que sin embargo es aceptado por la doctrina jurisprudencial (junto a los indicios racionales) para amparar legalmente la práctica de los cacheos con la antigua LOPSC 1/1992.

No es baladí destacar que parte de la doctrina científica (Alonso, 2004: 3; Díaz Revorio, 2015: 16; García, 2016: 11; Gómara y Agorreta, 2015: 460 y Nieva, 2008: 8) ha confundido ambas locuciones cuando son nombradas en sus trabajos de investigación. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esto se debe a la existencia de una diferencia evidente con respecto al sentido jurídico, como veremos a continuación.

Dicho lo anterior, la palabra “sospecha” contiene una valoración de carácter subjetivo (Lombardero, 2012: 23-24) que supone, desde el punto de vista probatorio, un escalón inferior al indicio. La sospecha, por lo tanto, implica una circunstancia cargada de conjeturas o suposiciones, es decir, y como viene a decir el Tribunal Constitucional,

...son datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la CE (FJ5o. de la STC 174/1985).

Sin embargo, el indicio se puede definir como “aquella prueba de cargo, apta para destruir la presunción de inocencia” (Fernández, 2004: 653); es decir, la consideración de restringir derechos fundamentales con motivo de la aportación fehaciente de datos objetivos como resultado de un razonamiento obtenido a partir de una base fáctica suficiente. En tal sentido,

⁴⁰ Voto particular discrepante de la STC 172/2020 del 19 de noviembre.

tanto el Consell (2015: 32) como el TC (174/1985) distinguen sin tapujos ambos términos de la siguiente manera:

Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.⁴¹

Aun así, para que la práctica del cacheo de esta naturaleza quede legitimada en el nuevo texto de la actual LOPSC será necesario que se constaten ciertos indicios racionales, dado que el semidesnudo, con respecto al cacheo, conlleva un nivel de afectación superior al derecho a la intimidad; por lo tanto, consideramos necesariamente la determinación de datos razonablemente objetivos para su legitimación.⁴²

El argumento que acabamos de colegir está sustentado, asimismo, por el dictamen emitido por el Consell al dilucidar sobre el tema que nos ocupa, el cual arguye que los indicios racionales

...deben proporcionar una base real de la que se pueda inferir que se ha perpetrado un delito o que se perpetrará. Por lo tanto, no pueden basarse en valoraciones globales de la persona o en circunstancias anímicas ni en meras hipótesis subjetivas, sino que consisten en buenas razones o fuertes presunciones que las infracciones están a punto de cometerse.⁴³

Coincidimos igualmente con Cano (2019: 16) cuando señala que el registro corporal externo de una persona tiene toda la similitud en su aplicación con el desnudo parcial, y expresa que:

⁴¹ De igual modo, la STC 120/1999, del 28 de junio, ha soslayado una forma de obtener los llamados “indicios racionales” en la participación de la comisión de un delito. Nos estamos refiriendo a los criterios de lógica: concernientes a la deducción de las FCS en la existencia de un indicio determinante para creer que se ha cometido un hecho delictivo.

⁴² Otamendi (2015: 78) expresa que “los registros o cacheos sólo podrán realizarse cuando existan indicios racionales (no meras sospechas subjetivas del agente)”.

⁴³ Este argumento se encuentra en la página 30, cuando se refiere a los artículos 17 y 18 de la LOPSC. Del mismo modo, menciona como llevar al mismo extremo, en su página 45, al dilucidar sobre el *ex* artículo 20.2b. (Consell, 2015: 30).

...no puede convertirse en una fórmula rutinaria de carácter preventivo que se aplica a cualquier ciudadano y en cualquier ocasión en que el agente lo crea conveniente o tenga la intuición de que oculta objetos prohibidos o peligrosos. Estamos ante un poder necesitado de justificación en su concreto ejercicio, de modo que debe concurrir una razón suficiente, una causa concreta y fundada que justifique que la policía para a alguien y le cachee. Esta razón o presupuesto de hecho habilitante sirve como restricción proactiva limitando el poder de cachear a supuestos concretos y fundados, y ofrece un marco para el control retrospectivo y la oportunidad de reparación si se ha hecho un uso desviado o abusivo del poder.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como comentario de cierre al caso analizado a lo largo del presente estudio, no podemos más que volver a traer a colación lo que constituye, a nuestro juicio, el principal argumento disidente.

El fundamento jurídico cuarto de la STC 172/2020, del 19 de noviembre, evidencia una incapacidad de incorporar argumentaciones más claras y concluyentes sobre la constitucionalidad del *ex* artículo 20.2b de la LOPSC 4/2015, en cuanto a la legitimidad de la investigación policial cuando sus intervenciones recaigan sobre las partes o zonas del cuerpo de las personas, consideradas como las más íntimas o privadas, ya sea cuando se esté inmerso en la prevención o persecución de un hecho punible, o en aras de sancionar la comisión de una infracción administrativa.

En este sentido, el argumento jurídico que utiliza el máximo intérprete de los derechos fundamentales para legitimar una actuación policial que suponga “dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa” se centra principalmente en aducir que la figura jurídica denominada como “desnudo integral” quedaría excluida del precepto objeto a estudio —como hemos expuesto a lo largo del trabajo—. Consideramos que debería haber sido más conciso sobre la esencia del asunto; es decir, concretar la constitucionalidad de la indagación policial consiste en un desnudo integral o un desnudo parcial no soluciona el problema, porque el elemento que limitaría su legitimidad constitucional consistirá en dilucidar si han sido afectadas las partes pudientes o íntimas del cuerpo de una persona.

Dicho lo anterior, consideramos todavía más importante de la idea anterior, la importancia sobre el conocimiento de las circunstancias y los requi-

sitos básicos para abordar con más garantías la conculcación del derecho a la intimidad corporal del sometido en virtud de las partes del cuerpo que se dejan a la vista. De este modo evitaríamos la ejecución de actuaciones excesivamente discrecionales durante el desempeño de las funciones que les son encomendadas a los agentes de la autoridad, y que origina cierto desconcierto entre los miembros de las FCS en lo relativo a su legal tratamiento jurídico.

Como se colige en el presente estudio, el nivel de afectación y conculcación sobre el derecho fundamental a la intimidad, *ex* artículo 18 de la Constitución Española, quedaría mucho más mermado cuando estas actuaciones se circunscriban sobre el ámbito de la privacidad, y, por ende, se menoscabe el recato y el pudor de la persona. El juicio de proporcionalidad será el encargado de operar como pauta de actuación al indicarnos la necesidad de guardar un justo equilibrio entre los beneficios que se han de obtener al realizar el desnudo parcial y, por otra parte, los perjuicios que la misma pudiera comportar al ciudadano. La praxis jurisprudencial que se expresa sobre el mismo versa en: la idoneidad de la medida, en aras de alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido; que resulte imprescindible y necesario para alcanzar el propósito de intervenir el objeto, arma, instrumento u efectos sin que existan otras medidas menos gravosas, y, por último que la intervención policial se erija como la más beneficiosa en virtud de los intereses que se encuentren en conflicto.

A pesar de ello, el fallo adolece de una precisa argumentación sobre las circunstancias y motivos concretos para adoptar una medida de esta naturaleza como veremos a continuación.

En primer lugar, la práctica del desnudo parcial que afecte a las partes más íntimas del ciudadano debe estar precedida por la aportación fehaciente de datos objetivos obtenidos a partir de una base fáctica suficiente, de modo que no esté sustentada por meras sospechas, suposiciones o conjeturas. La confusa acepción de la doctrina jurisprudencial y la comunidad científica sobre la locución “indicio racional” y “sospecha fundada”, hace que estos dos términos jurídicos operen con el mismo grado de rigor para justificar el cacheo y el desnudo parcial desde el marco jurídico del artículo 20 de la LOPSC, lo que lo convierte en un verdadero error. Desde el punto de vista del que suscribe, bastarían las sospechas fundadas para justificar la práctica de un desnudo parcial de baja intensidad, así como un registro corporal externo y superficial (cacheo policial), y el requisito ra-

zonado de los indicios racionales para justificar el desnudo parcial cuando su práctica invada las zonas más íntimas del sujeto concernido, es decir, y como ha denominado la doctrina jurisprudencial, afecten el recato y el pudor del sujeto concernido.

En segundo lugar, y bajo el escenario de la anterior argumentación, no se atisba razón alguna para justificar un desnudo parcial en aras de prevenir una infracción de naturaleza administrativa; es decir, cuando no se haya constatado de unas pruebas objetivas y con un grado razonable de determinación, que el desnudo practicado al sujeto en cuestión arrojará algún tipo de resultado. No obstante lo anterior, si incluso llegamos a constatar de una forma irrefutable que la infracción administrativa ha tenido ocasión de producirse, creemos oportuno acudir al principio de proporcionalidad para valorar el justo equilibrio de las molestias ocasionadas en la realización de la mencionada medida, en atención a la gravedad de la conducta disruptiva o el fin legítimo que sea perseguido. En ese contexto, consideramos que dicha actividad de indagación se reputará como legítima cuando las infracciones administrativas perseguidas revistan de una especial gravedad, bien porque sean generadoras de una grave alarma social o, incluso, tengan como objetivo la persecución de la tan ansiada protección de la seguridad ciudadana. Como ejemplo de ello citamos la persecución en la vía pública de la tenencia o posesión de drogas, de armas de fuego, armas prohibidas o armas peligrosas, etcétera. Estimamos, en este sentido, que el fallo de la sentencia emanada del Tribunal Constitucional no es del todo taxativo, al no aclarar qué tipo de infracciones administrativas son las más idóneas —bien por su naturaleza o bien por su gravedad— para una legítima práctica de la diligencia del cacheo con “desnudo parcial”. Por lo tanto, no se atisba razón alguna para practicar un desnudo parcial cuando las infracciones administrativas sean consideradas como leves o muy leves, y no estén dentro del marco de la seguridad ciudadana de la Ley Orgánica 4/2015. De este modo se evitarían conductas que puedan originar indagaciones de prospección corporal de carácter prospectivo y superfluo, y en consecuencia que el derecho a la intimidad corporal sea atropellado o mermado.

En tercer lugar, y sirva como corolario al análisis crítico de la mencionada sentencia, consideramos que el precepto debiera ser inconstitucional, dado que la redacción que realiza el legislador supone una restricción excesiva del derecho a la intimidad personal, una ausencia de la taxatividad

de la norma y una deficitaria calidad legislativa. A los efectos de satisfacer las exigencias que aborden una calidad material de la norma, permitiría una precisión lo suficientemente eficaz para garantizar la seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad. En consecuencia, la aplicación del artículo 20.2 de la LOPSC evitaría actuaciones excesivamente discrecionales durante el desempeño de las funciones que les son encomendadas sobre dicha materia por parte de las FCS.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO PÉREZ, F. y CABANILLAS SÁNCHEZ, J. (2004). *Manual del policía*. Madrid: La Ley.
- AZAOLA CALDERÓN, L. (2010). “Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España”. *Revista del Centro de Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de Monterrey*. 5.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2015). “La llamada Ley Mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de Seguridad Ciudadana”. *Teoría y Realidad Constitucional*. 36.
- CABEZUELA ARENAS, A. L. (1998). *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANO CAMPOS, T. (2019). “Prevenir y cachear: los registros corporales externos”. En IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (dirs.). *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*. Cizur Menor: Civitas. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F198423263%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=ia744a5970000016ba4a14f8ab92c7d1e#sl=0&eid=1709be4080b21aeb79d8d09153671c15&eat=%5Bereid%3D%221709be4080b21aeb79d8d09153671c15%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2006). *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA (2015). Dictamen 7/2015 del 4 de junio, sobre la Ley Orgánica 4/2015 del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. Disponible en: <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20160819140755-2.pdf>.

- DEFENSOR DEL PUEBLO (2015). “Informe anual y debates en las Cortes Generales”. Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://www.defensordel.pueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/>.
- DÍAS CABIALE, J. A. (1996). “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objetivo de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.), medidas restrictivas de derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. 12.
- DÍAZ ARIAS, A. (2015). “Documentación e identificación personal. Identificación de personas (capítulo III)”. *Jornadas de Formación de Formadores sobre la nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana*. Disponible en: <https://studylib.es/doc/8025589/ponencia-cap%C3%ADtulo-ii---ministerio-del-interior>.
- DÍAZ REVORIO, F. (2015). *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <http://derechoydebate.com/admin/uploads/579926070cf5b-francisco-javier-diaz-revorio-estudios-sobre-los-derechos.pdf>.
- DUART ALBIOL, J. J. (2014). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*. Tesis. Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=85333>.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. (coord.) (2004). *Diccionario jurídico*. Navarra: Aranzadi.
- GARCÍA ALONSO, D. (2016). *Intervención policial en seguridad y protección ciudadana*. Madrid: Neptol.
- GARCÍA ARÁN, M. y REBOLLO VARGAS, R. (1992). “La exploración del cuerpo del sospechoso y la sanción de su infracción”. *Revista del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*. 1 (1).
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L. y AGORRETA RUÍZ, D. (2011). *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*. Pamplona: DAPP.
- GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Barcelona: Bosch.
- GUILLÉN ÁLVAREZ, I. (2015). “Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana”. *Diario La Ley*. 8633.

- GUILLÉN PÉREZ, V. (2019). “Problemas dogmáticos en torno a la aplicación del artículo 20.2.b) de la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana: consideración especial cuando recae sobre las partes íntimas. Posibles soluciones según la doctrina jurisprudencial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 155.
- JUANATEY DORADO, C. (2008). “Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario”. *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. 49.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M. (2012). “Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda época. 2. Disponible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/832/730>.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2017). “Derechos fundamentales”. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- NIEVA FENOLL, J. (2008). “La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. 50.
- OTAMENDI ZOZAYA, F. (2015). “La nueva Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana: una visión práctica”. Promoción interna de Policía Nacional (blog). Disponible en: http://www.promocioninterna.es/wp-content/uploads/2019/03/90-VISI%C3%93N-PR%C3%81CTICA-DE-LA-LOPSC-4_2015-magistrado-de-Nava-rra-.pdf.
- PÉREZ ROYO, J. (2016). *Curso de derecho constitucional*. 15a. ed. Madrid: Marcial Pons.
- PRESNO LINERA, M. A. (2017). “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario (análisis constitucional de La Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana)”. *Derechos y obligaciones en el Estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (2018). *El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la política criminal*. Cuadernos de Política Criminal. 124.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.) (2006). *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAMARIT SUMALLA, J. *et al.* (2005). *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

YÁNGÜEZ GONZÁLEZ, J. M. (2018). *La Ley de Seguridad Ciudadana y su impacto en los derechos a la vida, integridad física y moral y a la libertad religiosa y de culto*. Trabajo de fin de Máster. Universidad Internacional de la Rioja. Disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6357/YANGUEZGONZALEZ%2CJOSEMANUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Liberdade de expressão e o discurso profano: reflexões sobre a um caso concreto no Brasil

Free Speech and the Secular Reasoning: Some Thoughts a Brazilian Judicial Case

Recepción: 24 de noviembre de 2020

Aceptación: 6 de septiembre de 2021

Vitor MAIA VERÍSSIMO*

Marcelo CAMPOS GALUPPO**

RESUMO: Apesar de a liberdade de expressão ser prevista como direito fundamental pela Constituição Brasileira, há aparente conflito entre esse direito e outros também constitucionalmente protegidos, como a liberdade religiosa. Defendemos o direito do artista divulgar sua obra, mesmo que envolva a crítica das instituições sociais. Investigamos criticamente a decisão em primeira instância do caso da Arquidiocese de Goiânia contra a artista Ana Smile para analisar a atuação do Estado em casos que envolvem liberdade de expressão. Busca-se compreender de que maneira deveria o Estado dirimir a ofensividade do discurso e o direito de se expressar, concluindo ser necessária uma legislação infraconstitucional mais permissiva quanto à liberdade de expressão, em especial dos artistas plásticos.

ABSTRACT: Although Free Speech is a Constitutional Right in Brazil, there is a conflict between it and other Constitutional Rights, such as Freedom of Religion. This paper holds that its necessary to grant the free circulation of ideas, thus protecting the right to artists to publish their work, even when they critic the institutions themselves. We analyze the sentence in the case Arquidiocese de Goiânia v. Ana Smile to understand how the State has acted in cases that cover Free Speech. We try to comprehend how the State should rule the offensiveness of the right to free expression to show that it is necessary to pass more permissive statutes in Brazil, specially concerning Artists and their work.

* Mestre em Ciências Políticas pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. ORCID: 0000-0001-5570-4804; vitormaiv@hotmail.com.

** Professor da PUC Minas e da UFMG. Vice-presidente da Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie. Ex-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-graduação em Direito. ORCID: 0000-0003-2329-6695; marcelogaluppo@uol.com.br.

Palavras-chave: liberdade de expressão, intolerância religiosa, liberdade artística, censura.
Keywords: *free speech, religious hatred, free expression of the arts, censorship.*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A liberdade de expressão no direito brasileiro*. III. *O caso Ana Smile*. IV. *Censura e desproteção política*. V. *O outro lado do Estado: a garantia ao discurso e à arte como direito de expressão política*. VI. *Conclusão*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é comumente invocada em situações de aparente conflito com outros direitos. Ofensas raciais, discursos de ódio, expressões ou performances que contrariam o “bom senso” e a “ética local” são sempre colocados em paralelo com o livre discurso, sobre o qual é importante que determinada comunidade política decida o que está e o que não está protegido.

Pretendemos avaliar um o caso da Arquidiocese de Goiânia *versus Ana Smile*, artista plástica criadora de peças de gesso que transformam imagens de santos da Igreja Católica em personagens comuns à “cultura pop” (tais quais o Batman, David Bowie, Chapolin Colorado, Galinha Pintadinha, entre outros).¹

Para tanto, faremos um breve estudo da legislação brasileira sobre a temática antes de expormos o caso, analisando inclusive as argumentações das partes no referido processo, bem como da atuação do juiz competente no caso.

Traçaremos o pano de fundo teórico da discussão com a contribuição de autores do campo da Liberdade de Expressão, que analisam a proteção —ou não— do discurso pelo Estado, em especial as contribuições de Baker (1989), Dworkin (2006), Fiss (1996), Lewis (2007), Meiklejohn (1961) e Waldron (2012).

Também traremos a discussão para o campo da expressão política da arte, objetivando compreender qual é o papel da arte, enquanto discurs-

¹ Acesse o site pessoal da artista em www.santablasfemia.com.br (acesso em 13 de agosto de 2021).

so, no contexto da participação cidadã na construção de uma sociedade com livre participação política de seus indivíduos, para respondermos a questão sobre como deveria ser a atuação do Estado —ainda que enquanto mero garante da possibilidade de existência do discurso— em tais situações.

Finalmente, de posse de todo o caminho até então, traçaremos uma análise crítica sobre a atuação estatal no caso *Ana Smile* para compreendermos de que maneira podem ser prejudiciais as intervenções estatais no campo do discurso artístico, principalmente nos de vieses contra-hegemônicos, tal qual o da Santa Blasfêmia.

Não é propósito deste trabalho reconstruir o conceito de “liberdade de expressão”. Por esta razão, nos ateremos ao estudo do caso a ser apresentado e suas implicações, baseando-nos nos principais teóricos sobre a liberdade de expressão.²

II. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A gênese da liberdade de expressão se confunde com a formação e o desenvolvimento do próprio Estado moderno e a superação do absolutismo pelo estado liberal, principalmente durante as revoluções burguesas, em especial na Revolução Norte-americana, e a partir da qual influenciou todo o constitucionalismo ocidental, deixando sua marca também na Constituição Federal de 1988, que garantiu à liberdade de expressão o status de Direito Fundamental em seu artigo 5o., desenvolvendo sua proteção também em seu artigo 220, que dispõe: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

² Quanto à história do conceito sócio-político de “liberdade de expressão” e a evolução normativa do tema, remetemos o leitor a uma obra que foi objeto de estudo na confecção deste trabalho: O livro *Freedom for the Thought that We Hate*, de Anthony Lewis, que trabalha detalhadamente a história da legislação e aplicação judiciária no contexto anglo-americano. O autor analisa o surgimento do conceito jurídico de liberdade de expressão, suas implicações sociais e o trabalho, principalmente da Suprema Corte norte-americana, de interpretar a Primeira Emenda à Constituição Norte-americana ao longo dos séculos XIX, XX e XXI.

Essa nova ordem constitucional, para a qual a liberdade de expressão assume uma função estruturante e legitimadora da política, está em aparente conflito com resquícios normativos da antiga ordem jurídica, que ainda via a liberdade de expressão como algo sujeito ao controle estatal. Assim, o Código Penal trata de espécies normativas para as quais a expressão livre constitui-se em ofensa à ordem jurídica, como no caso de seu artigo 208, que prevê o crime de Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo.³ Este último será parte da presente análise, que não se insere no campo dogmático do Direito Penal, mas no campo Constitucional e Filosófico acerca da liberdade de expressão artística.

III. O CASO *ANA SMILE*

No mês de março do ano de 2016, a Arquidiocese de Goiânia ajuizou ação contra Ana Paula Dornelas Guimarães de Lima, conhecida como *Ana Smile*, em razão de suposta violação à liberdade religiosa no trabalho artístico por ela realizado, a saber, a modificação de imagens de gesso produzidas com moldes originalmente elaborados para a fabricação de imagens de santos da Igreja Católica. A artista, proprietária da marca “Santa Blasfêmia”, alterava as imagens produzidas pelos moldes, acrescentando-lhes elementos pictóricos estranhos à representação dos santos para os quais os moldes se desenhados (basicamente um molde da imagem de Nossa Senhora da Imaculada Conceição e um molde de Santo Antônio de Pádua), tais como uma pintura não-ortodoxa e a fixação de elementos tais como chifres e capas. Com isso, ela as transformava em ícones da “cultura pop”, como as princesas da Disney, heróis do universo da história em quadrinhos e personagens de desenho animado, inclusive a conhecida “Galinha Pintadinha”, para a qual ela acrescentava um bico à imagem e a pintava de azul com pontos brancos.

Na ação proposta, o pedido da Arquidiocese continha uma série de medidas —obrigações de fazer— para evitar a produção e divulgação de novas imagens por parte da artista.

³ Ainda que este tipo penal não se relacione diretamente com o tema da liberdade de expressão, mas da liberdade religiosa, é muito difícil distinguir ambos na prática, como intuiu o constituinte norte-americano, ao tratar, em um único amálgama normativo, a 1a. Emenda, ambos os direitos, ao lado dos direitos de associação, de liberdade de imprensa e de petição.

Na esfera cível, a base legal utilizada pela Arquidiocese encontra abrigo no artigo 5o. da Constituição Federal, no inciso VI, que dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

A Petição Inicial foi instruída com o argumento de que, sendo assegurada a liberdade de culto e sua proteção pelo Estado, a ação da artista goiana violaria tal disposição normativa, na medida em que “afronta símbolos e valores da Igreja Católica Apostólica Romana, vilipendiando a liberdade de culto” (*Ação Comum 201600958448 [95844-36.2016.8.09.0051]*, 2016: 3).

No mesmo sentido, a autora compreende ainda que o Estado Brasileiro se torna obrigado por meio do Decreto no. 7.107/2010, que promulga a concordata entre o país e a Santa Sé, em seu artigo 7o., a proteger a fé Católica quando esta se encontra ameaçada. A redação do artigo diz respeito à necessidade de proteção dos lugares de culto da Igreja, bem como seus símbolos, liturgias e objetos de culto (Decreto No. 7.107, 2010).

A Inicial foi proposta simultaneamente com pedido em caráter liminar, *inaudita altera pars*, constando do pedido da Arquidiocese, desde já, que o judiciário restringisse totalmente a atividade da artista. Dentre os argumentos utilizados para fundamentar o pedido da antecipação da tutela, consta que:

O uso dos símbolos católicos pela requerida, em latente sinal de desrespeito à fé católica, justifica a autorização da antecipação da tutela, já que a venda dos objetos pela internet constitui hipótese de dano irreparável ou difícil reparação.

A continuidade da prática do ato (produção e venda de peças) até a final decisão configuraria a perpetuação da ofensa (*Ação Comum 201600958448 [95844-36.2016.8.09.0051]*, 2016: 9).

O Juiz de Direito Abílio Wolney Aires Neto, da 9a. Vara Cível da Comarca de Goiânia, a quem foi distribuída a ação, decidiu (liminarmente)

de forma contrária à *Ana Smile*, proibindo a produção, divulgação e comercialização, inclusive por meio das redes sociais, da sua obra. A fundamentação da decisão (a ser analisada mais abaixo) parte da técnica de interpretação constitucional do sopesamento de princípios, tendo o julgador entendido possuir maior peso o princípio da “dignidade pessoal” do Vaticano (*sic*), pessoa jurídica de direito público internacional, representado na ação pela Arquidiocese de Goiânia.⁴

Desta forma, o juiz aplicou uma série de medidas restritivas à produção artística, tais como: “não fabricar, vender, conceder, doar... imagem/estatueta e/ou ícone que tenha como base os santos e os símbolos pertencentes à Igreja Católica Apostólica Romana ou que façam alusão a eles, descacterizando-os com a inserção da cultura e/ou características populares” (*Ação Comum 201600958448 [95844-36.2016.8.09.0051]*, 2016: 121).

Também determinou a exclusão das redes e mídias sociais dos perfis da loja da artista que possuam as imagens questionadas, que as obras fossem retiradas e proibidas de serem vendidas nas lojas físicas, bem como proibiu a “venda, cessão, doação ou qualquer tipo de transmissão à terceiros das imagens”, fixando multa em caso de descumprimento das obrigações de não fazer.

A artista agravou da decisão de primeira instância, oportunidade na qual demonstrou sua linha argumentativa, alegando que, além de ser produção artística seu trabalho e meio de sustento, “a obra, em verdade, não ofende a ninguém, porquanto, na sua opinião, super-heróis e santos tem semelhanças”. Ressaltou ainda o caráter laico do Estado Brasileiro e os dispositivos constitucionais que garantem a liberdade de expressão. A artista também cuidou de trazer à discussão o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 4.815 (posteriormente enfatizando esse argumento, na oportunidade da contestação).⁵

⁴ Note-se que a Nunciatura, como sede em Brasília, e que representa diplomaticamente o Vaticano nos países com que este estabelece relações oficiais, não interviu em nenhum ato processual.

⁵ O voto da relatora da ADI 4.815, Ministra Carmén Lúcia, cuidou do questionamento feito em relação à constitucionalidade das biografias não autorizadas, posicionando-se em firme defesa da liberdade de expressão dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito Brasileiro, em uma leitura consonante à Constituição de 1988. Para ela, “direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido”. A Ministra argumenta sempre no sentido de que a expressão é parte inerente à vida humana, dando sentido ao ser —que é Verbo, como ela mesma

O Relator incumbido de julgar o Agravo de Instrumento percebeu a controvérsia contida situação, afirmando que uma conclusão segura a respeito do dilema só seria possível ao final do processo (*Agravo de Instrumento 258333-76.2016.8.09.0000*, 2016).

Por isto, deferiu apenas parcialmente o pedido da artista de efeito suspensivo da liminar, no que diz respeito à “proibição de fabricação, venda, concessão, doação, permuta ou transmissão a terceiros das peças/imagens”, bem como revogou a proibição de venda das mesmas obras na loja física. A despeito da revogação destas medidas ocorrer sob o motivo de tratar de fonte de renda da artista, o relator manteve as determinações de exclusão dos perfis da internet e da medida que proíbe *Ana Smile* de se valer do conteúdo discutido em processo para autopromoção ou propaganda de seu trabalho.

Na sentença, a decisão do Juízo da 9a. Vara Cível de Goiânia/GO foi distinta da decisão liminar do mesmo processo. Em sentido oposto, embora tenha mantido a linha de fundamentação sobre o aparente conflito entre princípios de Direitos Fundamentais —no caso a liberdade de expressão *versus* a liberdade religiosa— a decisão final de mérito foi pela improcedência do pedido da Arquidiocese de Goiânia, afirmando que o pedido da Arquidiocese implicava privar a artista não só de sua liberdade de criação e expressão, mas também de exercer seu ofício, do qual retira seu sustento, sua profissão, o que incorreria em uma decisão sem razoabilidade (*Ação Comum 201600958448 [95844-36.2016.8.09.0051]*, 2016).

Na intenção de se garantir uma máxima eficácia (de um princípio constitucional) em detrimento de outro (princípio constitucional), entendeu que garantir o direito da artista seria a solução “menos gravosa”. Assim, concluiu que a confecção e divulgação as obras, por si só, “não revela violação ou desrespeito à imagem ou honra da Igreja Católica... não ultrapassando a requerida da esfera da liberdade de expressão ou da livre manifestação do pensamento, intelectual e artística” (*Ação Comum 201600958448 [95844-36.2016.8.09.0051]*, 2016: 4 [sentença]).

A Arquidiocese recorreu da sentença, insistindo nos argumentos iniciais, de que as obras produzidas pela marca “Santa Blasfêmia”, “vilipendiam” e ofendem a liberdade de culto e o “sentimento” religioso e que impedir a circulação das obras não seria censura, mas sim um limite à extrapolação da liberdade de expressão realizada pela artista, uma vez que não exis-

define em seu voto— e, o cerceamento ao discurso incorreria, inevitavelmente em propor limitações a própria humanidade do ser.

tiriam “direitos absolutos” (*Apelação Cível 0095844.36.2016.8.09.0051*, 2020: 04 [recurso de apelação]).

Na resposta à Apelação, a artista se debruça, outra vez, na ADI 4.815, para defender que sua ação está no escopo permitido pela liberdade de expressão conforme a Constituição, afirmando que as peças produzidas, em nenhum momento, impediram qualquer pessoa de exercer sua liberdade religiosa, ou, ainda, obrigaram alguém a seguir religião diversa da própria.

Por fim, foi a 3a. Turma Julgadora da 6a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em decisão relatada pelo Desembargador Norival Santomé, que pôs fim ao processo (embora não à controvérsia gerada). A decisão manteve a sentença, aduzindo novos fundamentos que deram maior substância ao caso.

De início considera apenas “aparente” o conflito entre os direitos fundamentais, uma vez que não se trata de sacrificar um direito em detrimento do outro e, sim, de sua conciliação. Segundo o voto do relator, embora garantida a liberdade de expressão e a liberdade religiosa entre seus princípios, a Constituição, em seu artigo 220, expressamente veda a censura e, constituindo-se esta norma em uma regra (e não um princípio), que deve ter aplicabilidade imediata no caso (*Apelação Cível 0095844.36.2016.8.09.0051*, 2020 [acórdão]).

Além disto, faz importantes considerações sobre o tema, ao retomar a paradigmática ADI 4.815 (que se apresenta como importante chave de leitura da liberdade de expressão nos tribunais brasileiros), afirmando que o judiciário não tem “poder para censurar a exibição de manifestações artísticas, salvo quando houver a prática de ilícitos, tais como a incitação à violência, discriminação e violação dos direitos humanos nos discursos de ódio (*Apelação Cível 0095844.36.2016.8.09.0051*, 2020 [acórdão]). Outra razão pela qual entendeu não ser caso de impedir a obra da artista é o fato de suas obras não significarem expressão de ódio generalizado à comunidade cristã/católica e, sendo expressamente vedada a censura pelo Direito Brasileiro, não haveria outra medida a ser tomada, senão permitir a continuidade do trabalho artístico.

IV. CENSURA E DESPROTEÇÃO POLÍTICA

No caso da “Santa Blasfêmia”, podemos destacar uma sucessão de equívocos, seja na argumentação da Arquidiocese, seja na fundamentação da

decisão do juiz da 9a. Vara Cível de Goiânia, seja, até mesmo, na tese da defesa, que insiste em suscitar que a liberdade de expressão da artista decorre de seu caráter não ofensivo.

A análise do argumento da Igreja Católica revela a ênfase no fato de que a arte proposta por *Ana Smile* carrega um discurso ofensivo a uma coletividade de pessoas, em desrespeito às suas crenças, fé, direito à liberdade de culto e sentimento religioso. Por isso, entendem ser necessária a tutela jurisdicional para dirimir a questão, aqui posta como um conflito entre liberdade de expressão e liberdade ao culto. Entendemos, ao contrário, haver sim uma oposição de interesses, especificamente uma oposição de discursos (concebidos como ideias, concepções, pensamentos ou opiniões sobre determinados assuntos, emitidos na esfera pública, ou passíveis de conhecimento público), mas que, de qualquer maneira, não justifica a tutela jurisdicional tal como concedida no caso.

Analisando a Inicial proposta pela Arquidiocese e o argumento de que a arte foi criada de maneira ofensiva, nos resta buscar compreender não se são justas a reclamações quanto a ofensividade, mas a necessidade da tutela jurídico-estatal, independente da comprovação da suposta ofensividade.

Ainda no caso, a decisão da 9a. Vara Cível de Goiânia suscita que estão em pauta a inviolabilidade de crença/culto versus a liberdade de expressão, ambas garantias dispostas no artigo 5o. da Constituição. Argumenta contudo, que a decisão nesse choque se daria em favor do maior peso da “dignidade pessoal” da Santa Sé, representada pela Arquidiocese de Goiânia. Analisaremos a decisão ao longo do artigo, mas é necessário dizer que, nos casos em que se discuta a proteção ou não ao discurso, invocar o vago conceito da dignidade da pessoa humana como critério de decisão —e de forma bastante duvidosa como fez o julgador, admitindo a “dignidade” de uma pessoa jurídica de direito público internacional— desloca a discussão para um caráter subjetivo acerca do que seja a dignidade, afastando a análise da liberdade de expressão. Tanto quem fala como quem ouve pode ter sua dignidade ofendida no mesmo discurso. Por isso, outros critérios, como forma, conteúdo e periculosidade do discurso, são critérios de decisão mais razoáveis para dirimir a complexa questão da Liberdade de Expressão.

A dificuldade de se estabelecer critérios válidos de argumentação sobre a liberdade de expressão é evidenciada, inclusive, na linha argumentativa escolhida pela defesa da artista. A argumentação adotada paira sobre a intenção da artista com a obra: a artista estaria tratando com humor, se

utilizando de uma metáfora para “brincar” com a santificação de figuras da cultura pop, o que nos parece também uma compreensão equivocada sobre o tema. A discussão puramente fática, principalmente baseada no elemento volitivo do falante, também não é suficiente para garantir um provimento coeso quanto à Liberdade de Expressão. Como dito, a discussão se tornaria imprecisa —uma vez que não há como se demonstrar objetivamente a vontade ou intenção de alguém ao falar— e a decisão se embasaria numa fundamentação rasa —como de fato ocorreu—.

Dizer que a arte de *Ana Smile* não é ofensiva (ou que não pode ser considerada ofensiva) é afirmação tão equivocada quanto restringir sua arte. Para sabermos se ela é de fato ofensiva, o primeiro problema seria definir a quem compete avaliar se houve ou não essa ofensa. O sentimento, seja coletivo, seja individual, não é passível de ser mensurado, dado seu aspecto psicológico, subjetivo,⁶ e por isso devemos considerar se de fato alguém pode ser ofendido pela arte de *Ana Smile*. A questão, no entanto, é outra: se a existência de uma mera ofensa é fato legítimo para cercearmos a liberdade de expressão artística.

Primeiramente, é discutível a relevância do que pode ser chamado de ofensivo no campo da liberdade de expressão. Ao fixar o conceito de discurso de ódio,⁷ Lewis (2007) afirma que o *hate speech* é comumente definido como “ataques virulentos em relação a judeus, negros, muçulmanos, homossexuais ou membros de qualquer outro grupo. Trata-se de puro ódio, sem que tenha havido nenhum erro do indivíduo” (Lewis, 2007: 157).⁸ Contudo, Lewis entende que os simples ataques não são suficientes para garantir a qualificação de um discurso como sujeito à intervenção do Estado, porque seria necessário se demonstrar a existência de um “perigo claro e presente” (*Clear and Present Danger*), tal como fixado em casos norte-americanos como *Schenk v. United States*. Essa doutrina surgiu a

⁶ Faz-se necessário aqui estabelecer uma diferença. Trata-se de um caráter ofensivo, porém não danoso. Sabe-se que o Direito tutela a possibilidade de danos de caráter meramente subjetivos e psicológicos, na esfera da Responsabilidade Civil. O que se supõe aqui são situações de caráter meramente ofensiva, que não pressupõem danos —ainda que subjetivos— já tutelados pelo direito.

⁷ Note que em nenhum momento, nem a arquidiocese, nem a defesa da artista, utilizaram o termo “discurso de ódio”. A arquidiocese utiliza apenas as expressões “grave ofensa” ou “práticas discriminatórias”.

⁸ Original: “Hate speech, it is called: virulent attacks on Jews, blacks, Muslims, homosexuals, or members of any other group. It is pure hatred, not based on any wrong done by an individual”.

partir do voto do juiz Holmes no caso, quando entendeu que, no caso concreto, o governo dos Estados Unidos não poderia acusar de espionagem aqueles que propunham críticas contra a propaganda ofensiva que o governo fazia durante a Primeira Guerra Mundial (*ibidem*, 26). A possibilidade de intervenção do Estado nesse caso deveria obedecer à regra segundo a qual somente em caso de “perigo real e iminente de ação ilegal” perpetrada por meio do discurso esse poderia ser restrito (*ibidem*, 159). No mesmo sentido a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em *Brandenburg v. Ohio*, revertendo a condenação de um membro da *Ku Klux Klan* que ofendeu judeus e negros em um comício ao definir duas condições para que o discurso não fosse protegido pela primeira emenda: *a*) o discurso deveria incitar ou produzir iminentes ações ilegais, e *b*) o discurso deveria tornar tal ação provável e plausível (*ibidem*, 124).

A ofensividade do discurso, por si só, não caracterizaria a necessidade (nem autorizaria a urgência) da intervenção estatal —ainda que estejamos falando de ódio aberto, claro e direcionado a quem quer que seja, porque sempre há o risco de, alegando-se a existência de tal violação, suprimirem-se discursos que são legítimos, ainda que minoritários—. ⁹ Lewis (2007) entende que maior dano haveria na restrição de um discurso —ainda que considerado de ódio— do que na restrição do mesmo, pois para ele, o perigo residiria no fato de que, para que alguém aparentemente intolerante seja silenciado, ocorre ao mesmo tempo o risco de silenciar o pensamento crítico (*ibidem*, 160). Por isso, a possibilidade de o discurso ofender está dentro do campo de proteção da liberdade de expressão. Não se vê, portanto, qualquer motivação para a intervenção do Estado da forma requerida pela Arquidiocese de Goiânia. Ainda que se percebesse um caráter ofensivo na obra da artista, a mera fabricação e divulgação de imagens caracterizadas como heróis ou personagens, que, na sua origem, se apropriam de representação tradicional de santos da Igreja Católica, e ainda que causasse risco para o bem juridicamente protegido da liberdade de culto, isso não seria suficiente para ensejar a ação estatal, suprimindo a instância de crítica que caracteriza o trabalho da artista.

⁹ Um exemplo disso nos EUA é o caso do comunismo, considerado como um discurso intolerante até bem recentemente e, por isso mesmo, banido naquele país, sob a alegação que deveria se excluir do discurso público aqueles grupos que, caso fossem vitoriosos, eliminariam a democracia e imporiam o totalitarismo (Baker, C. Edwin [2009]. “Autonomy and Hate Speech”. En Hare, Ivan e Weinstein, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University press. 144).

É próprio da obra de arte sua natureza crítica e questionadora das instituições. A discussão sobre a obscenidade (como critério limitador da liberdade de expressão) nos Estados Unidos ajuda-nos a compreendê-la. Owen Fiss analisa esse ponto a partir do exemplo de Robert Mapplethorpe, fotógrafo cuja obra foi considerada por alguns como “obscena”. A polêmica originou-se do fato de haver sido organizada uma exposição com financiamento público de suas obras, chamadas pelo Senador Jesse Helms de “sujas” e de “lixo” (Fiss, 1996: 29). Helms também se utilizou do termo “obscena”, termo que nesse contexto possuía particular relevância jurídica, em vista de a Suprema Corte haver analisado o conceito de obscenidade no caso em que consagrou o chamado “*Miller Test*”, que consistia em uma espécie de filtro pelo qual o discurso deveria passar para ser aprovado e legitimado na esfera pública. Para alcançar o efeito de restringir o discurso, a acusação deveria provar que o trabalho em questão possuía um apelo sexual lascivo, de maneira manifestamente ofensiva, sem qualquer proveito literário, artístico, político ou científico. (*ibidem*, 31).

A despeito do *Miller Test*, o trabalho de Mapplethorpe foi avaliado como passível de financiamento público à época, porque, no entender do júri convocado para julgar a questão, possuía certo valor ético e até mesmo político. Suas fotos retratavam, em sua maioria, corpos adultos nus em poses eróticas ou explicitamente sexuais, associadas, muitas vezes, a armas de fogo, que poderiam causar estranhamento aos espectadores. Somava-se nessa época o espanto ao surgimento e alastramento da AIDS, aliado a preconceitos que ligavam a doença aos homossexuais, razão pela qual o trabalho de Mapplethorpe, ainda que pudesse ser considerado moralmente “obsceno”, não poderia receber a mesma classificação no que diz respeito aos seus aspectos políticos e éticos, como bem decidiu o júri que avaliou o caso.

Se o *Miller Test*, foi inicialmente proposto para restringir obras eróticas e/ou erotizadas, acabou por se tornar, durante muito tempo, o principal fundamento das questões a respeito da Liberdade de Expressão que chegavam para ser julgadas pela Suprema Corte, uma vez que tornara-se um critério de avaliação prático, social e juridicamente aceitável para classificação dos discursos como protegidos ou não pela Primeira Emenda.

Se assumíssemos o padrão estabelecido no cenário estadunidense de então (década de 80), ainda assim ficaria prejudicada uma classificação das obras de arte de *Ana Smile* como obscenas, em virtude de não pos-

suírem nenhum apelo lascivo ou “perverso”, não pelo menos, de maneira evidente —visto ser difícil comprovar a intenção da artista—. Além disso, as estatuetas trabalham com figuras comuns do imaginário popular, sendo difícil sua classificação com grotescas. As obras possuem um conteúdo que ultrapassa a mera “desconfiguração religiosa”, assumindo um caráter crítico/político na medida em que fazem uma interlocução entre a iconografia religiosa e a idolatria imagética proposta pela cultura pop. Por isso não basta a análise, ao nosso ver superficial, de que a transfiguração ou reconfiguração das imagens caracterizam por si sós, ofensa à liberdade de culto, como propora a Arquidiocese de Goiânia.

Jeremy Waldron, em “The Harm in Hate Speech”, defende que a proteção da liberdade de expressão ocorre somente quando esta não caracterize uma ofensa a alguém em função de seu pertencimento a determinado grupo social, por causa do dever de se respeitar a dignidade dos indivíduos pertencentes àquele grupo como condição de igual participação na esfera política: ninguém pode ter seu status de cidadão diminuído por meio de ataques ao grupo social do qual faça parte.¹⁰ É neste quadro que o autor aborda a distinção entre ódio religioso e ofensa religiosa (Waldron, 2012: 118). Waldron (2012) argumenta que a ofensividade de um discurso, por si, não é motivo que ensejaria a regulação desse discurso (*ibidem*, 126), pois não é o grupo religioso, mas o indivíduo, por causa de seu pertencimento ao grupo, que é o objeto da proteção (p. 122). O autor afirma que:

...cristãos [considerados individualmente], milhões deles, são titulares de proteção contra difamação, incluindo difamação enquanto cristãos. Mas, isso não significa que algum papa, santo, ou doutrina será protegida, nem significa que a reputação de Jesus deve ser protegida... A dignidade cívica dos membros de um grupo permanece separada do status de suas crenças, não obstante o mais ofensivo que um ataque contra um profeta ou o Corão possa parecer (Waldron, 2012: 123, tradução nossa).¹¹

¹⁰ Precisamos explicar o que significa “por causa de seu pertencimento ao grupo”. Essa expressão não deve ser entendida como uma extensão de um direito originalmente pertencente a um grupo a seus participantes, mas, ao contrário, indica que cada indivíduo tem o direito de pertencer a quaisquer grupos sociais, e tal direito deve ser respeitado inobstante as orientações do grupo propriamente dito. Não é, portanto, o grupo que é objeto de proteção, mas o status identitário de cada indivíduo de uma sociedade.

¹¹ “Individual Christians, millions of them, are entitled to protection against defamation, including defamation as Christians. But this does not mean that any pope, saint or doctrine is to be protected, nor does it mean that the reputation of Jesus is to be protected...”

No caso de *Ana Smile*, a fundamentação jurídica proposta pelo juiz é no sentido contrário da teoria de Waldron pois não indica ninguém A fundamentação utilizada se baseia na suposta “dignidade pessoal” do Vaticano, mas pressupor uma teoria restritiva da liberdade de expressão baseada no vago conceito de dignidade (que já é de difícil caracterização no que tange aos indivíduos) aplicado a uma pessoa jurídica nos soa impossível, além de interpretar mal o significado da norma constitucional, cujo objetivo não é proteger uma religião, mas o direito dos indivíduos a expressarem sua religião em um ambiente de tolerância.

Esses argumentos só evidenciam a gravidade da decisão —ainda que em caráter liminar— da 9a. Vara Cível de Goiânia, uma vez que a censura (mesmo à posteriori) de uma artista, em face de uma poderosa instituição social, a Igreja Católica, representa uma violação da neutralidade e da laicidade determinada pela Constituição ao Estado brasileiro, inclusive a seus juízes. Conceber uma sociedade democrática e plural é o papel fundamental do Estado e do Direito.

Não obstante, a sentença foi apta para reparar a decisão liminar (que já havia sido, em parte, revogada pelo Tribunal), e foi, por fim, sedimentada no importante Acórdão da 3a. Turma Julgadora da 9a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao reconhecer a gravidade de se impedir a atividade da artista em dois pontos: sua livre expressão artística e sua capacidade laborativa.

A decisão prezou pela impossibilidade de exercer censura, como já definido na Constituição, e estabeleceu os limites da expressão no ato ilícito de incitação à violência, no discurso de ódio (entendimento já consagrado na importante ADI 4.815), ao verificar que as estatuetas reconfiguradas não implicam em ódio generalizado à fé Católica. Desta forma, a decisão estabeleceu marcos importantes sobre o tema da liberdade de expressão nas artes (e seu aparente conflito com a liberdade religiosa) e como deve ser seu tratamento nos tribunais brasileiros.

1. *O discurso na imprensa e na arte*

A liberdade de expressão é um importante mecanismo de significação e projeção do *self*, seja na esfera pública, seja na esfera privada, e partir de

The civic dignity of the members of a group stands separately from the status of their beliefs, however offensive an attack upon the prophet or even upon the Koran may seem”.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

uma concepção exigentemente reguladora, principalmente com relação a conteúdos artístico, é passo na contramão dos pressupostos organizacionais de uma sociedade plural. Novamente o exemplo norte-americano é útil para pensarmos as Constituições em geral e o papel estruturante da liberdade de expressão em uma democracia.

No caso *New York Times vs. Sullivan*, que versava sobre a responsabilidade da imprensa por notícia ou reportagem taxada de mentirosa/caluniosa, decidiu a Suprema Corte que o discurso da imprensa deveria passar por dois filtros: falsidade e malícia efetiva (Dworkin, 2006: 268). O Julgador deveria analisar e comprovar (e nesse teste a comprovação é essencial!) que o discurso em voga era falso e que aquele que o proferiu, tendo ciência dessa falsidade, optou pela publicação do mesmo (a chamada malícia efetiva). O discurso que falhasse no duplo teste não estaria protegido pela primeira emenda e, portanto, seria passível de retratação e de indenização ao ofendido. Do contrário, ainda que se aplicasse somente um dos filtros, o discurso seria protegido pela primeira emenda.

Essa decisão da Suprema Corte foi bastante abrangente para a consolidação da Liberdade de Expressão nos Estados Unidos, apesar das críticas que recebeu de que daria espaço a uma postura irresponsável dos agentes da própria imprensa. Essa interpretação, que acaba por presumir válido todo discurso (uma vez que a censura exigia dupla comprovação: objetiva e subjetiva¹²), poderia ensejar os mais diversos resultados na esfera pública.

A despeito das críticas que a decisão recebeu, é preciso compreender suas implicações positivas. A tradição estadunidense atribui muita importância à imprensa para o desenvolvimento de sua democracia. Dworkin (2006), por exemplo, justifica a decisão da Suprema Corte dizendo que a formação da sociedade e sua estruturação como Estado deveria implicar um sistema de conciliação de todas as forças e poderes que atuam diretamente na sociedade, capazes de influenciar, mobilizar e reprimir comportamentos, na medida em que uma “imprensa livre e poderosa serve para impor restrições benéficas às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado” (*ibidem*, 300).

Dworkin pressupõe dois modos de fundamentação da Liberdade de Expressão: a instrumental e a constitutiva. A primeira defende que a per-

¹² Objetiva porque o discurso deveria ser comprovadamente falso, e subjetiva porque também deveria haver a comprovação de que o falante tinha ciência da falsidade de suas alegações no ato de falar (a chamada malícia efetiva).

missão de as pessoas dizerem o que desejam “produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (*ibidem*, 319). O ponto aqui estabelecido é que a livre circulação do discurso ocasionaria um meio facilitador para a perseguição de uma verdade objetiva no campo da política (*ibidem*, 319). De outro lado, a corrente constitutiva “pressupõe que [a liberdade de expressão] é importante não só pelas consequências que possui, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou «constitutivo» de uma de uma sociedade política justa” (*idem*). Logo, para se construir uma comunidade cada vez mais livre e democrática, a liberdade de expressão seria essencial, proporcionando não só o livre debate entre os agentes (o que funcionaria como uma forja para as ideias políticas até se chegar à melhor dentre elas, ou pelo menos, a mais “aceitável publicamente”) mas também a fiscalização do poder do Estado/Governo, restringindo sua esfera de atuação e garantindo o poder político do povo.

Dworkin se pauta em concepções liberais a respeito da Liberdade de Expressão, e seu argumento político-jurídico é patente quando trata da pornografia. Rebatendo argumentos da feminista Catharine MacKinnon (que defende a forte influência dos efeitos da pornografia na desigualdade de gênero na sociedade), Dworkin reconhece a evidente disparidade socioeconômica entre homens e mulheres, bem como percebe o pouco valor social e moral da pornografia, mas não admite que, em nome de qualquer outro valor, a liberdade de expressão possa ser sacrificada. Para Dworkin, são evidentes os problemas que envolvem de alguma forma a liberdade de expressão: racismo, machismo, homofobia, discurso de ódio. Porém,

...não podemos ver aí uma razão suficiente para proibir [a liberdade de expressão], sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto outras quaisquer. A essência da liberdade negativa¹³ é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto... A liberdade de expressão, concebida e protegida como uma liberdade negativa fundamental, é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas, escolha essa que agora devemos respeitar, enquanto buscamos outros meios para combater a vergonhosa desigualdade que aflige as mulheres (Dworkin, 2006: 351 e 359).

¹³ Em linhas gerais, “liberdade negativa” para Dworkin “significa não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer” (Dworkin, Ronald (2006). *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes. 345).

Acreditamos que o valor da obra de Dworkin reside no olhar lúcido sobre as características controversas e delicadas que envolvem o tema em questão. É necessário compreender que resolver a questão da liberdade de expressão não irá, necessariamente, resolver os problemas que ensejam a participação no debate (o racismo, o machismo, a homofobia, o ódio). Impedir a circulação livre de ideias também não irá fazê-lo. E a repressão estatal é sempre mais gravosa do que o discurso (por mais detestável que ele seja). A pretensão de MacKinnon de que acabar com a pornografia contribuiria para eliminar as desigualdades de gênero é exemplo claro da ilusão criada acerca do discurso: que o controle censor do Estado ocasionaria, a curto ou longo prazo, a diminuição das desigualdades entre homens e mulheres, quando é possível que produza exatamente o contrário, se tomado e colonizado por determinados grupos sociais.

2. *O discurso como resistência*

É importante entender que questões que poderiam ser tratadas em outras esferas do aparelho administrativo ou das instituições sociais não podem ser trazidas para dentro da discussão da Liberdade de Expressão, sob pena descaracterizá-la e torna-la inefetiva. Por isso, retornamos ao caso da Santa Blasfêmia para, mais uma vez, reiterar que existiriam várias maneiras de lidar com a tensão arte x religião, ou liberdade artística e liberdade de crença, sem que princípios constitucionais fossem erroneamente invocados para silenciar uma artista.

O caso *Ana Smile* é icônico se também partirmos para análise da importância de sua obra, o que parece não ter sido feito no momento da contestação. A defesa da artista centra seu argumento em seu caráter humorístico, que não deveria acarretar a restrição da circulação das obras. Isto é claro nos itens 28 e 31 da contestação, quando se afirma que o humor da obra não tem intenção de zombaria, mas apenas de “brincar” com a relação entre heroísmo e os santos (e de que maneira estes se relacionam).

Não nos parece haver nada de brincadeiras na obra da Santa Blasfêmia. Pelo contrário, entendemos que a obra deve ser protegida pela Liberdade de Expressão justamente por sua proposta crítica e relevante para a discussão de várias questões sociais. Percebemos que no campo do livre-discurso, as artes deveriam gozar de proteção especial em razão de toda sua capacidade de influenciar no debate e proporcionar enriquecimento democrático

(refinamento das opiniões e aguçamento do senso crítico). A liberdade de expressão é uma condição do *artivismo*, em que a arte “apresenta-se como um discurso alternativo, de resistência ou mesmo antagônico aos discursos e representações dominantes, que se deve procurar constituir como um saber efectivo” (Vieira, 2007: 19).

No contexto brasileiro, a obra de Ana Smile possui uma dimensão: País de forte tradição católica e patriarcal, parece-nos bastante significativo que a obra se expresse justamente através da utilização de ícones relevantes da cultura religiosa cristã e de sua releitura à luz de diversos símbolos da cultura hegemônica capitalista. O movimento *pop* da arte (o qual é dito pertencerem as figuras pintadas, personagens de desenhos animados, em sua maioria) retira sua denominação não de *popular* (horizontal e oriundo do povo), mas de *popularizado*, e se refere ao novo status concedido às obras de arte a partir do impacto da transformação de sua reprodutibilidade técnica. Trata-se, em geral, de imagens veiculadas nos meios de comunicação, em contextos que propagam uma cadeia estética com forte caráter mercadológico: “Daí a necessidade de questionação [*sic*] permanente através do trabalho dos produtores culturais, na construção de um reposicionamento numa indústria cultural cada vez mais hegemônica” (*ibidem*, 20).

Walter Benjamin, em *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*, argumenta que a obra de arte sempre foi reprodutível. Contudo, a reprodução técnica no século XX é capaz de “conquistar para si um lugar próprio entre os procedimentos artísticos” (Benjamin, 1969: 167). Com isso, a reprodução pode colocar a cópia em lugares que o original jamais alcançaria, pode “principalmente, aproximar do indivíduo a obra” (*ibidem*, 167). Tal é o trabalho que propõe Ana Smile, ao tomar figuras sagradas e transmuta-las em personagens que se encontram mais próximos do público em geral. Nesse sentido é possível afirmar que se Ana altera a materialidade e o testemunho histórico das estatuetas, dando-lhes outras “auras” (termo usado por Benjamin para definir a essência da obra), não sendo mais possível afirmar que a Santa Blasfêmia está trabalhando com figuras da iconografia Católica Romana, uma vez que houve o “abalo” (*ibidem*, 168) dessa tradição, tornando infundadas as pretensões da Arquidiocese.

Leandro Lança (2017) faz análise de caso de características semelhantes ao de *Ana Smile*. A artista Márcia X enfrentou censura quando fotogramas de sua obra “Desenhando com Terços” (no qual a artista se apresentava num quase transe-ritualístico e se utilizava de rosários para desenhar falos no chão) foram exibidos no Centro Cultural Banco do Brasil no Rio de Ja-

neiro, em 2006. O autor levanta o ponto de que a forte influência cristã na história e tradição cultural na América Latina suscita o desejo dos artistas de trabalharem com essa temática em suas obras (Lança, 2017: 103). É evidente a importância do caráter político e da importância democrática da obra, que propõe questionar símbolos tão latentes de dominação ideológica na cultura ocidental:

Para mulheres artistas envolvidas na desconstrução das imagens convencionais da feminilidade e interessadas em reverter signos da dominação, parece que nada é mais propício do que explorar os mesmos instrumentos e símbolos utilizados pelos seus “algozes”, a fim de parodiá-los e esvazia-los. Nesse sentido, é extremamente recorrente a estratégia artística de apropriação de elementos religiosos, sejam imagens, objetos, orações, rituais na composição de trabalhos críticos ao cristianismo. Estratégia muito parecida com que Oswald de Andrade em sua teoria antropofágica chamava de “devoração do inimigo sacro” (*ibidem*, 104).

Por isso identificamos como problemático o argumento da defesa de que a obra de *Ana Smile* tem (apenas) a tônica de humor. O trabalho de *Ana Smile* é muito mais potente do que isto. Representa subversão de ícones hegemônicos e crítica ao caráter religioso de signos da cultura industrializada. Esse tom político só torna mais gravosa a decisão do Juiz da comarca de Goiânia. Pressupor, em frágil argumentação, a existência —e superposição— de uma “dignidade pessoal” do Vaticano em relação ao direito de expressão artística de *Ana Smile* nos parece atentar contra o exercício político da artista enquanto ser humano. A repressão artística com fundamento de proteção à religião soa anacrônica, se recordamos toda a história da Inquisição Católica Apostólica Romana em relação às obras que a instituição considerava impróprias. E sem precisar ir longe no tempo e no espaço, o regime ditatorial nas décadas de 1960, 70 e 80 no Brasil também empenhou forte campanha de censura artística em distintas plataformas, inclusive por alegados motivos de proteção à religiosidade do povo.

O caráter chocante, e mesmo ofensivo, do discurso pode ter efeitos positivos na audiência. Nesse sentido pensou a Agência de Notícia dos Direitos da Infância (ANDI) (2006) em parceria com a Secretaria Nacional de Justiça ao promulgar cartilha de orientação do Governo Brasileiro sobre a classificação indicativa dos programas de televisão, espetáculos teatrais, musicais, cinema e semelhantes para menores de dezoito anos. No documento,

o critério utilizado para classificar não é puramente objetivo, devendo ser analisada uma série de fatores, pois uma cena que possa ser considerada problemática não deveria ser analisada fora de seu contexto (ANDI, 2006: 173). O exemplo trazido no texto diz respeito às cenas que contenham violência. O argumento se dá no sentido de que em alguns casos uma cena de violência destinado à determinada faixa etária poderá (por meio da exposição ao conteúdo chocante) gerar efeitos educativos muito superior ao da simples censura ou privação do público à cena (*ibidem*, 173).

Corroboram com esse entendimento Dulce Osinski e Ricardo Antônio (2010) em estudo realizado sobre o ensino da arte com crianças. Os autores procuraram perceber de que maneira a exposição infantil à educação artística poderia construir valores éticos no cidadão:

Uma vez que a necessidade de expressão “é inerente a todo indivíduo”, o que pode ser visto na exposição é a “expressão na sua forma pura, vinda à superfície através dos estímulos e dos métodos nos quais está sempre presente o respeito pela personalidade infantil” (Paraná, 1959). A criança, imersa numa “atmosfera de liberdade”, tem a possibilidade de vencer “normalmente” os sucessivos estágios de seu desenvolvimento, o que libera o professor da “tensão” característica do ensino acadêmico de arte (Osinski e Antônio, 2010, p.281).

Não são poucos trabalhos que demonstram a importância política, ética e social da arte. Muito mais do que expressão estética simples, a expressão artística denota espiritualidade, concepções do ser no mundo, e diversas formas de devir que irão modular a personalidade do indivíduo e as percepções éticas da comunidade. Por isso, arte e política, democracia e livre-expressão são indissociáveis e carecem de proteção especial por parte do Estado na seara da Liberdade de Expressão. No caso da Santa Blasfêmia, ao invés de resguardar um direito ao culto e ao exercício religioso, o provimento estatal despotencializa o exercício do direito político de uma cidadã.

3. *Expressar-se é um ato político*

O atributo político do discurso é uma das razões pelas quais Edwin Baker reconhece a proteção reservada à fala ou ação que o exprima. Baker repensa a teoria do Livre Mercado das Ideias sobre fundamentos distintos dos pressupostos tradicionais.

Segundo o autor, a teoria clássica do livre mercado de ideais teria três premissas básicas: verdade objetiva, racionalidade dos indivíduos na sociedade e unidade na busca pela verdade. Por verdade objetiva, entende-se que a verdade seja apta, por si só, para afastar a falsidade no debate ou discussão. Ou seja, se existe uma verdade em debate, as premissas podem ser aportadas a fim de que os discursos falsos possam ser afastados. Já por racionalidade dos indivíduos, entende-se que a teoria clássica do mercado de ideias deva assumir que as pessoas são racionais, capazes de ter uma perspectiva correta da verdade ou da realidade. Essa racionalidade permitiria que as pessoas deixassem de lado suas faculdades pessoais para que pudessem avaliar o conteúdo verdadeiro das mensagens. Por fim, por unidade na busca pela verdade, entende-se que a verdade deva ser desejada pela sociedade como um todo porque seria capaz estabelecer uma melhor base de ação a fim de promover seus melhores interesses. Tais pressupostos ensejariam um *livre mercado de ideias* (com inspirações no liberalismo econômico), em que a ausência de restrição do discurso por parte do Estado ensejaria uma verdade que se mostraria como digna de ser assumida perante a sociedade (Baker, 1989: 6 e 7).

Baker (1989) demonstra a falibilidade das premissas sobre as quais a teoria clássica do Livre Mercado se baseia, em razão da impossibilidade de se considerar os indivíduos como seres absolutamente racionais (*ibidem*, 14). Além disso, a teoria clássica do livre mercado de ideias parece ignorar que a verdade socialmente aceita poderia ser facilmente forjada por agentes externos ao mercado, como, por exemplo, a mídia (*ibidem*, 15). Por isso, Baker concebe uma ideia liberal do discurso com fundamentos diversos da teoria clássica do livre mercado de ideias.

Para Baker, a partir de sua teoria revista do livre mercado de ideias, duas premissas fundamentam a proteção do discurso pelo Estado: autorrealização¹⁴ e participação política.¹⁵ Baker entende que uma manifestação individual deve ser protegida porque evidencia o próprio direito da pessoa

¹⁴ O termo utilizado pelo autor é “self-fulfillment”, que traduzimos por autorrealização, pois entendemos que se mostra como um processo espiritual e político de conhecer-se, de determinar-se e de expressar-se enquanto indivíduo na comunidade.

¹⁵ Este conceito é definido pelo autor como “participation in decision making by all members of the society (which is «particularly significant for political decisions» but embraces the right to participation in the building of the whole culture)” (“a participação na tomada de decisões por todos os membros da sociedade [o que é «particularmente significativo para decisões políticas» mas abarca o direito de participação na construção

de se reconhecer e ser reconhecida no espaço público. Uma pessoa que use um cartaz com os dizeres “Pare Esta Guerra Agora”, ainda que não promova a efetiva mudança no cenário social, utiliza-se do discurso para se autorrealizar enquanto indivíduo e membro do corpo social (*ibidem*, 53). Ao indivíduo deve ser garantida toda manifestação no espaço público que seja orientada por caracteres que expressem sua própria identidade, inclusive, mas não exclusivamente, política

O discurso é importante instrumento de identidade em duas dimensões: individual e coletiva. Se sua repressão prejudica a autodeterminação do indivíduo, enquanto ser (social, pensante, autônomo), ou, impede que haja a oportunidade de sua manifestação enquanto agente político no jogo democrático —o mais importante aparelho de transformação social—, ela deve ser evitada.

Baker (2009) sugere que uma “forte proteção ao discurso traz resultados melhores” (*ibidem*, 140) do que sua repressão. Essa proteção pressupõe duas premissas: *a*) a legitimidade do Estado depende do seu respeito à isonomia e autonomia das pessoas, e *b*) o Estado respeita a autonomia das pessoas apenas se permitir que elas expressem seus próprios valores, independentemente de seu caráter ofensivo a outras pessoas. (*ibidem*, 142).

V. O OUTRO LADO DO ESTADO: A GARANTIA AO DISCURSO E À ARTE COMO DIREITO DE EXPRESSÃO POLÍTICA

No caso da Santa Blasfêmia, a proteção à liberdade de deveria ir além da decisão judicial, pois é necessário transferir a discussão também para o campo legislativo. As meras disposições principiológicas da Constituição sobre a Liberdade de Expressão têm se mostrado insuficientes, se pensarmos nas graves ameaças cotidianas recentes à liberdade de expressão de artistas no Brasil.

A Santa Blasfêmia cumpre papel significativo na crítica da sociedade brasileira. Giorgio Agamben (2005) demonstra que profanar não é diminuir nem esvaziar o sentido do que foi separado por ser santo. Se o *religare* da religião tem o intuito de tirar algo do uso comum e coloca-lo na prateleira dos deuses, a profanação é restituir as coisas ao uso comum dos homens, é atribuir novo sentido.

de toda a cultura]”) (Baker, C. Edwin [1989]. *Human Liberty and Freedom of Speech*. Oxford University Press. 47).

Uma vez que que a arte possui importante função no espaço político em uma democracia, toda sociedade que pretenda garantir os direitos políticos e, sobretudo, de expressão deve protegê-la também no campo artístico.

Casos como os de Marcia X e *Ana Smile*, que sofreram graves restrições quanto às suas obras, tanto extrajudicial quanto judicialmente, e outros, como o recente caso do Queermuseu,¹⁶ no qual o Banco Santander sofreu pressão popular para encerrar uma exposição que trabalhava, de maneira crítica, uma interlocução entre temas LGBT e aspectos conservadores da sociedade, dos quais a religião faz parte, mostram que há ainda muito a se fazer. Não se trata de casos isolados: Todos têm semelhanças bastante significativas, sobretudo o fato de que todos terminaram no cerceamento do direito de expressão artística.

É necessária uma proteção normativa específica do direito de expressão dos artistas, tanto de sua forma quanto de seu conteúdo para que se garanta que o potencial crítico desse discurso contribua para o jogo democrático, ensejando a proteção antes da intervenção da esfera judicial.

Se o Estado pretende preservar sua legitimidade, como propõe Baker, de garantir o respeito e a participação de todos, o caminho para a legislação parece inevitável:

Uma ordem legal deve atribuir autonomia às pessoas em geral, somente diminuindo esta para estendê-la e envolvê-la em estruturas institucionais ou em quadros dirigidos por outros mecanismos que não a comunicação e a escolha pessoal... A regulamentação governamental é ou não consistente de acordo com o respeito apresentado. Uma pessoa não é formalmente respeitada em sua autonomia se a lei nega a ela do direito de usar o discurso para expressar seus pontos de vista (Baker, 2009: 142).¹⁷

Baker propõe que se garanta uma proteção mais rígida ao discurso, e, portanto, a ampla participação no debate —como expressão política ou de

¹⁶ Para mais informações sobre o caso, vide a reportagem “Queermuseu: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html (acesso em: 8 de abril de 2018).

¹⁷ “A legal order must ascribe autonomy to people generally, usually withdrawing this attribution only to the extent of involvement in institutional structures or frameworks steered by mechanisms other than communication and a person’s choices... A government regulation either is or is not consistent with the required respect. A person is not treated as formally autonomous if the law denies her the right to use her own expression to embody her views”.

autodeterminação— como fator de legitimidade da própria existência do Estado. Disposições normativas nesse sentido precisam garantir a autonomia de quem fala ou se expressa por qualquer meio artístico. Os princípios constitucionais têm se mostrado insuficientes na proteção do discurso de artistas plásticos que trabalham numa proposta contra-hegemônica. A garantia de participação das minorias no debate é pilar da democracia ocidental e fundamento do Estado Democrático de Direito. Impedi-las, ou não garanti-las aptas para participação no debate é atentar frontalmente à toda legitimidade da sociedade —ou do Estado como prefere Baker—.

*Por uma efetivação normativa
da liberdade artística*

Uma efetivação das previsões constitucionais sobre a liberdade de expressão e livre discurso enseja a produção de uma legislação específica, que deve garantir não apenas a liberdade de expressão (de forma difusa e abstrata), mas também dispor sobre garantias específicas ao artista, enquanto agente político legítimo que se expressa por meio do discurso na forma da arte.

Como vimos, se o livre discurso é parte importante de uma sociedade democrática, e se a arte é também campo de expressão político, o discurso produzido em arte merece proteção específica. Isso se torna mais importante ao pensarmos que, assim como Ana Smile, existem indivíduos e até mesmo coletivos, associações e sociedades empresárias que fazem da arte seu labor profissional. A decisão da 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia se torna ainda mais grave, na medida em que priva o artista de produzir seu próprio meio de vida.

O Ordenamento Brasileiro precisa incluir no seu rol normativo disposições que efetivamente proibam a restrição judicial, administrativa ou até mesmo popular do exercício de produção artística, exceto se, respeitado o contraditório, sem que haja mais via recursal possível, o julgador entender que a arte —e o discurso— *in voga* não possa ser contra-argumentado também na esfera pública do debate, e que, ainda, proporcione incitação direta à violência contra determinado segmento social em virtude sua própria constituição como *ser* na sociedade.

A busca por uma proteção —não só a arte mas também ao artista— não é campanha exclusiva nossa. O “Arts Law Centre of Australia” (Arts Law,

2012) é uma comunidade que reúne artistas, advogados e ativistas que buscam efetivar a plena liberdade de expressão artística, trabalhando especificamente em defesa de artistas de baixa renda e comunidades aborígenes que dependem de sua arte (artesanato, pinturas, esculturas) como meio de vida. Por isso a referida associação compreende que seria necessária a positivação do direito à expressão artística que impedisse a deslegitimação “injusta” da arte, o que feriria a liberdade de expressão, uma vez que contrariar a arte indígena é também contrariar esta cultura como um todo (Arts Law, 2012).

Há também previsão semelhante na Itália. O direito italiano propõe uma legislação específica sobre os direitos autorais, que são basicamente os direitos de propriedade do autor sobre a obra, inclusive o da exploração econômica. Há previsão de tal proteção na qualidade de “direitos morais”, que consistiriam no direito à preservação da originalidade da obra, na qual não poderão ser opostas, sem o consentimento do artista, modificação ou mutilação da obra em si, com o fim de garantir ao artista sua honra e reputação (Ufficio Brevetti, 2016).

Interessante é que o ordenamento brasileiro também prevê os “direitos morais” do autor, estipulando-os em lei específica (9.610/1998). No inciso IV do artigo 24 dessa lei, define-se que é direito do autor: “IV- o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra” (Lei No. 9.610, 1998).

Contudo, não foi isso o que ocorreu com as obras da Santa Blasfêmia. A decisão judicial, ao decretar a remoção das obras, proibição de venda e circulação das imagens pela internet, comete ato mais grave do que a sua modificação: sua exclusão. É fato que proibir um artista de divulgar seu trabalho é prejudicar diretamente sua reputação e sua honra.

Tais questões evidenciam que, em matéria de proteção efetiva à liberdade artística, tanto o Judiciário quanto o ordenamento e a própria sociedade brasileira não têm optado por uma abordagem libertária.

VI. CONCLUSÃO

Em sua decisão liminar, ainda que apenas provisoriamente, o magistrado cometeu um equívoco determinando o recolhimento das obras da Santa Blasfêmia e impedindo sua veiculação. Felizmente, a decisão foi repa-

rada na sentença, confirmada com nova fundamentação do acórdão do Tribunal.

Ana Smile faz uso político de sua obra. Dar novo uso a símbolos clássicos e contemporâneos é emitir mensagem sobre a qual vale à pena prestar atenção. Os ídolos religiosos e mercadológicos são espaço potente para expressão e trabalho artístico, uma vez que, como entidades do imaginário social, podem ser criticados no espaço do comum próprio da arte. E essa mesma arte foi e continuará sendo alvo de censura na história da sociedade, uma vez que não tem por pressuposto se tornar parte da lógica ou moral dominante.

A discussão sobre a liberdade de expressão pode partir para outros pontos que transcendem o campo jurídico. Se partirmos do pressuposto de que o Direito só deve agir em último caso, outros mecanismos poderiam ensinar uma melhor compreensão da Liberdade de Expressão, anteriores ao aparato judicial.

A legitimidade do Estado passa pela garantia ao tratamento igualitário no campo do discurso, respeitando sempre a autonomia de quem expressa suas ideias. Por isso, quando estamos diante de casos como este, no qual o Estado ameaça pender, equivocadamente, para um dos lados, fere sua própria legitimidade. Um dos instrumentos para que o Estado preserve sua autonomia e garanta a ampla participação seria sua proteção na legislação infraconstitucional, que ofereceria fundamentos para as decisões nos casos concretos, resguardando a importância das artes na sociedade —e seu papel crítico para a política—. A criação de tal legislação no Brasil possibilitaria que o Estado se protegesse quanto às suas decisões, e protegeria também o público, tornando-o menos suscetível às arbitrariedades e censuras estatais.

VII. REFERENCIAS

Ação Comum 201600958448 (95844-36.2016.8.09.0051) (2016, 17 março). 9a. Vara Cível da Comarca de Goiânia do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Consulta em Cartório.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF (2015, 10 junho). Relatora: Carmen Lucia. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

- AGAMBEM, Giorgio (2007). *Profanações*. São Paulo: Boitempo Editorial.
- Agravo de Instrumento 258333-76.2016.8.09.0000 (2016, 29 de julho). Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (3a. Turma Julgadora da 9ª Câmara Cível). Relator: Norival Santomé. Consulta em Cartório
- ANDI-SECRETARIA NACIONAL DA JUSTIÇA (2006). *Classificação indicativa: construindo a cidadania na tela da tevê* (supervisão editorial Veet Vivarta. Coordenação de texto Guilherme Canela). Brasília: ANDI.
- Apelação Cível 0095844.36.2016.8.09.0051 (2020, 29 de outubro). Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (3a. Turma Julgadora da 9a. Câmara Cível). Relator: Norival Santomé. Consulta em Cartório.
- ARTS LAW (2012), *About Classification, Censorship & Freedom of Expression*. [S.l]: Arts Law. Disponível em: <https://www.artslaw.com.au/advocacy/entry/freedom-of-expression-censorship/> (acesso em: 8 de abril de 2018).
- BAKER, C. Edwin (1989). *Human Liberty and Freedom of Speech*. Oxford University Press.
- BAKER, C. Edwin (2009). “Autonomy and Hate Speech”. En HARE, Ivan e WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press.
- BENJAMIN, Walter (1969). *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. In: *A ideia do cinema*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira.
- Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado.
- Decreto No. 7.107 de 11 de Fevereiro de 2010 (2010). Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. *Diário Oficial da União*. Brasília.
- Decreto-Lei No. 2.848 de 7 de Dezembro de 1940 (1940). Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília.
- DWORKIN, Ronald (2006). *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes.
- FISS, Owen M. (1996). *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press.
- LANÇA, Leandro Gonçalves (2017). *A profanação sagrada de Márcia X*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Artes da Escola de Belas Artes. Acessado em 10 de julho de 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-APFQAV>.

- Lei No. 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998 (1998). Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília.
- LEWIS, Anthony (2007). *Freedom for the thought that we hate* (versão e-book para Kindle).
- MEIKLEJOHN, Alexander (1961). “The First Amendment is an absolute”. *The Supreme Court Review*. Chicago. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108719> (acesso em: 10 de julho de 2017).
- OSINSKI, Dulce Regina Baggio e ANTÔNIO, Ricardo Carneiro (2010). “Exposições de arte infantil: bandeiras modernas pela construção do novo homem”. *Acta scientiarum*. Maringá. 32 (2).
- UFFICIO BREVETTI (2016). *Introduction to Italian Copyright law: full guides and online tools*. [S.l]: Ufficio Brevetti. Disponível em: <https://www.ufficiobrevetti.it/en/copyright/> (acesso em: 18 de abril de 2018).
- VIEIRA, Teresa de Jesus Batista (2007). *Artivismo: estratégias artísticas contemporâneas de resistência cultural*. Dissertação-Mestrado em Ciências Visuais, Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/7307>.
- WALDRON, Jeremy (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Parámetro de regularidad constitucional:
10 años de la reforma constitucional en derechos humanos.
Implicaciones teóricas y limitaciones prácticas

*Parameter of Constitutional Regularity:
10 Years after the Constitutional Reform on Human Rights.
Theoretical Implications and Practical Limitations*

*Para Armando Báawe Mata Alfaro,
porque tú eres toda la alegría, razón
y motivo de mi vivir. Gracias, hijo*

Recepción: 6 de agosto de 2021

Acepción: 4 de febrero de 2022

Armando Ramón MATA MIRANDA*

RESUMEN: Han transcurrido diez años de aquella paradigmática reforma constitucional en derechos humanos, la cual derivó en una gran diversidad de consecuencias interpretativas, constitucionales y normativas; entre ellas se conformó una égida protectora de derechos humanos: el parámetro de regularidad constitucional. En contraste, otro aspecto de este legado nos remite necesariamente a la sentencia Varios 293/2011, fallo en el cual se privilegió el aspecto restrictivo a los derechos humanos, cuando la Constitución así lo determine, frente a una

ABSTRACT: 10 years have passed since that paradigmatic constitutional reform on human rights. Which resulted in a great diversity of interpretative, constitutional and normative consequences. Among them, an aegis for the protection of human rights was established: the parameter of constitutional regularity. In contrast, another aspect of this legacy, necessarily refers us to the various sentence 293/2011, ruling in which the restrictive aspect of human rights was privileged, when the Constitution so determines, compared to a broader protection

* Maestro en justicia constitucional por la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato y doctorando en el Programa de Doctorado Interinstitucional en Derechos Humanos por la misma institución. ORCID: 0000-0002-6364-057X; armatamiranda@gmail.com.

protección más amplia dispuesta en los tratados internacionales. Una peculiaridad propia del complejo entramado constitucional, lo que implica algunos aspectos teóricos y ciertas limitaciones prácticas que merecen ser analizadas, y que en el desarrollo del presente trabajo pretendemos dilucidar.

Palabras clave: reforma de junio de 2011, parámetro de regularidad, restricciones a derechos humanos, principio de especialidad constitucional, reforma judicial.

provided in international treaties. Peculiarity of the complex constitutional framework. Which implies some theoretical aspects and certain practical limitations that deserve to be analyzed, and that in the development of this work we intend to elucidate.

Keywords: reform of june 2011, parameter of regularity, restrictions on human rights, principle of constitutional specialty, judicial reform.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Parámetro de regularidad constitucional: aproximaciones*. III. *Consideraciones teóricas y prácticas*. IV. *Sentencia Varios 293/2011, ¿conflicto normativo?* V. *Giro a babor: Onceava Época*. VI. *Corolario*. VII. *Fuentes consultadas*.

La razón, significa la absoluta aniquilación del mundo del sentido común

F. HEGEL

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización de los derechos humanos en la reforma de junio de 2011 marcó un hito en la historia del derecho en México. A partir de la misma se han presentado algunos desafíos interesantes durante la última década. Entre estos tópicos nos interesa abordar el tema del *parámetro de regularidad constitucional*, ya que este concepto se ha erigido como una herramienta no sólo interpretativa, sino, a su vez, prescriptiva. Implica con ello una gran variedad de circunstancias que han marcado a esta figura en un sinfín de controversias tanto teóricas como prácticas.

Entre el anecdótico, una cuestión paralela a considerar es la afamada Contradicción de Tesis 293/2011, pues esta sentencia pone en duda muchos de los alcances de la reforma en materia de derechos humanos; esto es así porque a través de este criterio se cuestiona no sólo la jerarquía de

lo que la Suprema Corte de Justicia la Nación ha llamado una *categoría de derechos*, sino porque se ha otorgado preeminencia a un criterio restrictivo de derechos humanos. Consecuentemente, se ha perdido consistencia y coherencia en el ordenamiento constitucional, ya que, por un lado, se encuentra el sentido protector e internacionalista de derechos humanos y, por otro lado, un aspecto restrictivo. Este conflicto resulta contrastante con el espíritu que el constituyente permanente pretendía con la reforma de junio del 2011, que entre sus consecuencias más palpables, advertimos, se ha vulnerado no sólo el sentido del texto, sino los principios y valores del mismo, destacando, justamente, el efecto inhibitorio hacia el principio *pro personae*.

Pues bien, frente a este panorama, en el desarrollo del presente trabajo pretendemos dilucidar algunas cuestiones derivadas de la reforma frente a la Contradicción de Tesis 293/2011. Esto con el objetivo de romper con este entramado normativo e interpretativo anudado en el complejo sistema jurídico mexicano. Para tal fin procederemos de la siguiente manera: en la primera parte (I) examinaremos diversos elementos generales de la reforma; asimismo, en el segundo y tercer apartados (II y III) abordaremos algunas cuestiones fundamentales del *parámetro*, desarrollando algunos puntos teóricos y otros prácticos; posteriormente, analizaremos de manera sistemática y normativa la Contradicción de Tesis 293/2011 (IV) y expondremos algunas razones que explican dicha problemática; asimismo, analizaremos un concepto a manera de propuesta, el *principio de especialidad constitucional*, cuyo análisis pretende contribuir a superar el *impasse* normativo inmerso en el ordenamiento constitucional; enseguida, analizaremos algunas expectativas normativas a propósito de la reforma judicial de marzo de 2021 (V), esbozando algunas pinceladas sobre esta cuestión; finalmente, en el apartado de conclusiones (VI) expondremos algunos hallazgos encontrados, los cuales se encuentran direccionados a reflexionar sobre una de las posibles rutas que nos permitan acercarnos o aproximarnos a una teoría y práctica constitucional más consistente y coherente con el ordenamiento bajo su mejor luz: los derechos humanos.

Me gustaría añadir que no se trata de corregir esta problemática desde una visión unilateral del derecho; por el contrario, a través del derecho, en sentido amplio, pretendemos encontrar el camino que nos permita corregir el rumbo, precisamente, con las herramientas normativas e interpretativas que se encuentran a nuestro alcance. Particularmente, con los mecanismos

que el propio ordenamiento dispone. Aunque ciertamente también, hay que decirlo, limitados por la sombra del formalismo judicial. Finalmente, no es indiferente a la razón que en un Estado democrático se integren límites al ejercicio de los derechos humanos, lo cuestionable es que dentro de un Estado constitucional de derecho se otorgue primacía a una interpretación restrictiva de los derechos humanos. Por consiguiente, con el ánimo de contribuir a cambiar esta perspectiva, nos proponemos construir algunos razonamientos tendentes a rectificar esta visión del derecho constitucional.

II. PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL: APROXIMACIONES

1. *Anotaciones preliminares*

Derivado de los objetivos primarios propuestos en el presente trabajo, no es posible, por el momento, realizar un análisis histórico profundo sobre el parámetro de regularidad constitucional. Sin embargo, no es baladí retomar algunos antecedentes sobre este concepto. Para ello es necesario remontarnos al derecho francés, particularmente acudimos a la visión del jurista Louis Favoreau, quien tomó el término *bloque de legalidad* del derecho administrativo para desarrollarlo en el campo del derecho constitucional. Realiza, para ese fin, un estudio pormenorizado sobre el alcance del preámbulo de la Constitución francesa de 1958, estudio vinculado con lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución de 1946 y éste, a su vez, remitiendo su análisis a *los principios reconocidos por las leyes de la República*. Es a través de esta remisión simultánea cuando fue posible determinar cómo el Consejo Constitucional francés tenía como *guía* o *parámetro* para el control constitucional un referente normativo claro para realizar un examen de validez. Fue aquí donde surgió, justamente, el concepto “bloque de constitucionalidad” (Favoreau, 1990: 45). Ahora bien, es importante destacar que el Consejo Constitucional francés, en su origen, fue constituido con el propósito de contener la invasión de la esfera competencial entre los distintos poderes del Estado; sin embargo, la atribución fundamental de este órgano revisor es el control constitucional del ordenamiento.

Al respecto, una de las referencias más emblemáticas del Consejo Constitucional como órgano revisor se aprecia a través del fallo emitido el

16 de julio de 1971, en el cual dicho tribunal de control determinó otorgar valor constitucional al preámbulo contenido en la Constitución de 1958. Así, como consecuencia del examen realizado a la Ley sobre Convenios de Asociación (del 1o. de julio de 1901), y considerando para tal cuestión el derecho a la libre asociación, resolvió que éste era un derecho fundamental vigente y, por lo tanto, reconocido a lo largo de tres momentos históricos del derecho francés: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y el articulado de la Constitución del 1958.¹ Por consiguiente, el Consejo, para argumentar su fallo, consideró que “existen motivos para incluir el principio de la libertad sindical entre los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República y reafirmados solemnemente en el preámbulo de la Constitución” (Légifrance, s.f.).

Partiendo de lo anterior, es posible extraer que tanto en la doctrina como en la práctica del derecho en Francia se identifica al concepto *bloque de constitucionalidad* como un conjunto de normas y principios superiores con los que se contrastan las normas que se sujetan al examen de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional (Ospina, 2006: 189).

Antecedentes en México

Sin ánimo de explorar exhaustivamente la historiografía del *parámetro* en nuestro país, para su análisis tomamos como punto de partida los acontecimientos más cercanos para la conformación de dicha figura, específicamente a partir de la década de los noventa del siglo pasado.

Bajo este contexto, un antecedente cercano lo encontramos en la resolución del Amparo en Revisión 2069/1991 (Pleno, 1992: 27), en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Corte o SCJN) ubicó los tratados internacionales en el mismo nivel que las leyes federales, indicando además que ambos cuerpos normativos ocupan un rango inmediatamente inferior a la Constitución; asimismo, estableció que un tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. No obstante, este criterio fue abandonado por el mismo tribunal constitucional mediante la resolución del Amparo en Revisión 1475/98 (Pleno, 1999: 46), promovido por el Sindicato Nacional

¹ En ese sentido, véase a Laura Ospina (2006: 189-190).

de Controladores de Tránsito Aéreo, al considerar para este asunto que los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes federales y locales, con excepción de que la Constitución general, disponga de alguna norma en sentido contrario.

Un criterio añadido se encuentra en la resolución del Amparo en Revisión 120/2002 (Pleno, 2007: 6), en el que la Corte se pronunció señalando que hay un orden jurídico superior conformado por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales, así como la existencia de una visión *internacionalista* del texto constitucional, agregando además que el Estado mexicano no puede acudir al derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a los actores internacionales.

En síntesis, estos pronunciamientos constituyeron un razonamiento dominante en su momento, en el cual se relacionaba con el *criterio de jerarquía formal* del sistema de fuentes del derecho en México. Sin embargo, esta línea de pensamiento ha ido evolucionando para distanciarse por completo de ese criterio, entre otras razones por las reflexiones derivadas de estas sentencias, en las que se pudo observar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejaba abierta la posibilidad para que los derechos humanos pudieran ser reconocidos como una extensión más del texto constitucional, difuminando ligeramente la frontera del sistema jurídico mexicano. Asimismo, este avance fue propiciado por los nuevos enfoques del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los tratados, la relevancia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) y, fundamentalmente, por la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

2. *Parámetro de regularidad constitucional: contexto general*

A raíz del reconocimiento de los derechos humanos en el texto constitucional, se cimentaron las bases para un cambio en el sistema jurídico nacional. Ciertamente, a partir de entonces, ha habido una gran diversidad de planteamientos derivados del ordenamiento constitucional, y que por los alcances del estudio que nos ocupa no es posible abarcar a profundidad en la mayoría de ellos. Sin embargo, nos proponemos problematizar una cuestión que a nuestro juicio es de suma relevancia, y que es precisamente

el conflicto entre el parámetro de regularidad constitucional y la sentencia Varios 293/2011.

Para ese propósito, resulta ilustrativo enunciar *grosso modo* algunos de los cambios más importantes de dicha reforma, destacando, entre ellos, la modificación del llamado “Capítulo I. De las garantías individuales” a “Capítulo I. De los derechos humanos y sus garantías”, el reconocimiento de los derechos humanos contenidos en el propio texto y en los tratados internacionales, así como la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y, finalmente, la obligación de observar los derechos humanos a la luz de la interpretación conforme y el principio *pro personae*, tema del que nos ocuparemos más adelante (apartado III).

Asimismo, es importante puntualizar qué entendemos por parámetro de regularidad constitucional. En líneas muy generales, ubicamos este mecanismo no por lo que es en sí mismo, sino por cómo opera; es decir, una herramienta de integración hermenéutica de un grupo indeterminado de normas de fuente nacional e internacional, cuyo objetivo es analizar la validez y la regularidad de las normas del ordenamiento, para otorgar mayor cobertura y protección a los derechos humanos, el cual adquiere un valor constitucional y cumple con un fin procesal.² Al respecto, la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 es una referencia pertinente sobre dicho concepto, en cuya sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

Este parámetro se refiere a un conjunto de normas a partir del cual se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al ordenamiento jurídico mexicano. Adicionalmente, este parámetro constituye un catálogo normativo que permite a los juzgadores determinar cuál de ellas resulta más favorable para las personas, a fin de ser tomado en cuenta para la circunstancia particular a la que se enfrenten.

² Al respecto, es importante hacer una distinción entre el *bloque de constitucionalidad* y el *parámetro de regularidad constitucional*, lo cual, además, resulta pertinente, ya que durante el desarrollo de este trabajo pondremos énfasis en la figura del *parámetro* desde su función prescriptiva; en consecuencia, nos sirve de apoyo la reflexión de César Astudillo, quien sostiene: “Las acepciones *bloque* y *parámetro* de constitucionalidad pueden entenderse desde una acepción descriptiva o prescriptiva. La primera se limita a realizar la exégesis de un fenómeno determinado a partir del ser, mientras la segunda se dirige a aportar para la reconstrucción del fenómeno en estudio a partir del deber ser” (2014: 19).

Ahora bien, el parámetro de regularidad constitucional se conforma por los derechos humanos previstos en el ordenamiento nacional y en los tratados internacionales, pero, adicionalmente, se va robusteciendo a través de un mecanismo dispuesto en los artículos 15 y 105, fracción II, inciso g, del texto constitucional, el cual permite efectuar un control de validez de las disposiciones o tratados internacionales que pretenden incorporarse al parámetro. Este estudio se realiza bajo un criterio de compatibilidad o no contravención de las normas que lo integran; es decir, que dichos instrumentos deben contar con la aptitud necesaria para incorporarse al mismo. Nos referimos con esto a un imperativo de coherencia, el cual nos permite considerar a las normas no aisladamente, sino como un conjunto de normas dotadas de sentido.³ Esto implica que no cualquier enunciado normativo puede adherirse a la base interpretativa que conforma el parámetro de regularidad constitucional, sino que es necesario que pase, invariablemente, por una exhaustiva revisión para integrarse al mismo. De esta forma, se pretende mantener un sentido de *coherencia* al perímetro protector de los derechos humanos y, por ende, a los valores y principios constitucionales.

Por otra parte, la reforma constitucional trajo consigo una gran diversidad de implicaciones teóricas, las cuales merecen una mirada crítica. Entre ellas nos proponemos analizar las siguientes: *a*) los derechos humanos y sus garantías; *b*) la simetría de los derechos humanos, y *c*) los principios explícitos de nivel constitucional: la interpretación conforme y el principio *pro personae*. De igual manera, como parte de estos cambios, los cuales representan la columna interpretativa del *parámetro*, es posible distinguir algunos elementos que resultan fundamentales para nuestro planteamiento, y que podríamos ubicar como presupuestos de carácter prescriptivo. Particularmente hay tres elementos que nos proponemos abordar: *a*) una función silogística; *b*) un halo procesal, y *c*) las implicaciones normativas de fin.

³ Para profundizar sobre el elemento de la coherencia sirve de apoyo una reflexión de Manuel Atienza, quien sostiene que “una norma (o un conjunto de normas) es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios y valores: los del ordenamiento. Así, frente a un problema interpretativo, la razón para interpretar la norma N en el sentido N’ y no en el sentido N” es que N’ es la que resulta más acorde con los principios y valores del sistema; si se quiere, con los principios y valores interpretados de una cierta manera: de la forma que los hace más coherentes en relación con una cierta filosofía moral y política” (2013: 556).

Así, por medio de esta revisión podremos vislumbrar cómo el parámetro de regularidad constitucional no sólo se presenta como un canon de interpretación, sino que además cuenta con un efecto discursivo;⁴ es decir, los operadores jurídicos, a través de esta guía interpretativa, pueden controlar la aplicación de una norma, realizando para ello un ejercicio de corrección normativa.

III. CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

En este apartado analizaremos sintéticamente algunas consideraciones teóricas y prácticas derivadas de la reforma constitucional en derechos humanos. Si bien es un tema con abundante literatura, nos limitaremos al estudio de algunos elementos, entre otros, de los enunciados al final del apartado anterior.

1. Aspectos teóricos

A. Derechos humanos y sus garantías

La idea de incorporar una *categoría* de derechos humanos al texto constitucional cumple con el propósito de establecer los criterios para una nueva perspectiva de análisis de bienes que son considerados específicamente valiosos. Por ejemplo, antes de la reforma, algunos derechos sociales eran concebidos simplemente como derechos programáticos, plataforma con la que el Estado tenía la responsabilidad de potencializar las políticas públicas instrumentadas para alcanzar el acceso de todas las personas a esos derechos. Sin embargo, su grado de exigibilidad se limitaba al quehacer institucional, particularmente del Ejecutivo, el cual se agotaba con la implementación de cualquier medida encaminada al cumplimiento de estos propósitos. Ahora, con la reforma, el grado de exigibilidad pone el énfasis

⁴ Para Habermas, el discurso práctico consiste en “la forma de argumentación en que se convierten en tema las pretensiones de rectitud normativa” (1999: 38). De igual manera, es necesario considerar que “En las argumentaciones práctico-morales los participantes pueden examinar tanto la rectitud de una determinada acción en relación con una norma dada, como también, en un segundo paso, la rectitud de esa norma misma. Este saber se transmite en forma de representaciones morales y jurídicas” (Habermas, 1999: 427).

en el resultado de las medidas adoptadas por el Estado, no sólo las concernientes al Poder Ejecutivo, sino a todos los poderes desde su ámbito de competencia, como la expedición del marco normativo por parte del legislador o la interpretación de la legislación y el marco constitucional por parte del Poder Judicial, todos en una dirección: proteger, garantizar, promover y respetar los derechos humanos. Por esta razón, en el contexto actual, se estima la necesidad de “un Estado en donde impere la norma constitucional, cuyo mandato exige, justamente, el goce efectivo de los derechos humanos” (Mata, 2020: 51).

Sin embargo, antes de la reforma el contenido de los derechos humanos se encontraba sujeto a la expedición de la legislación secundaria para su realización, lo que repercutía seriamente a quienes permanecían a la expectativa del desarrollo de esa legislación, o bien, que a pesar de la misma, ésta fuera deficiente para el ejercicio de algún derecho. Ahora, como consecuencia del reconcomiendo constitucional de los derechos humanos, la exigibilidad y el ejercicio de éstos se realiza de manera directa, con o sin legislación secundaria. Es decir, en el contexto actual, la legislación secundaria y reglamentaria debe ser regulada en concierto con la Constitución y los derechos humanos, y no viceversa, como acontecía anteriormente. Esta es, justamente, una de las principales características de la *constitucionalización* de los derechos humanos,⁵ lo que implica que ahora el centro de gravedad lo constituyen los derechos humanos. Hablamos de una fuerza expansiva cuyo efecto irradia todo el sistema jurídico y, por lo tanto, la estructura jurídica, política y social en México.

Otro aspecto relevante de señalar es cómo los derechos humanos expresan un elemento normativo; como nos sugiere Peces-Barba, este concepto se establece cómo “la norma básica material de identificación” (1999: 416); es decir, una *unidad inescindible de identificación* normativa. Esto significa que a través de la reforma se configuró una *nueva categoría* de derechos, la cual vincula el significado de las normas al texto. De esta manera, esa *unidad* se ubica como el conjunto de coordenadas dispuestas para

⁵ Para Riccardo Guastini, el concepto “constitucionalización” consiste en “un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (2003: 49 y ss.).

la interpretación de otras normas. Por consiguiente, se puede decir que en el marco normativo actual se precisa de un baremo interpretativo para la aplicación o inaplicación de las mismas.

Finalmente, con esta reforma se trató de algo más que un cambio terminológico; como lo puntualiza Ramón Carreón, “los derechos deben ser concebidos precisamente como derechos, como normas jurídicas, pero además, con una visión sobre la realidad moral que suponen” (2012: 140). Se trata pues, de la incorporación de una nueva estructura de valores y derechos a nuestro sistema jurídico, así como los medios de exigibilidad para su pleno ejercicio. Hablamos no sólo de un cambio conceptual, sino del ajuste al marco teórico constitucional y las implicaciones derivadas del mismo.

B. *Simetría de los derechos humanos*

Una de las implicaciones teóricas más relevantes de la reforma fue la ruptura de la estructura piramidal de los derechos humanos contenida en nuestro ordenamiento. Esto quiere decir que por medio de la reforma se revalorizó el contenido de los tratados internacionales al interior del andamiaje constitucional, reconociendo el mismo valor a los derechos humanos sin importar su origen. Efectivamente, a través de esta *revalorización* se rompió el *criterio de jerarquía formal* del sistema de fuentes del derecho en México, donde destacaba una estructura tradicional muy cercana al formalismo kelseniano, basada fundamentalmente en un férreo esquema de fuentes. Sin embargo, uno de los méritos más sobresalientes del constituyente permanente —en dicha reforma— consistió precisamente en la ruptura del *ancien régime* normativo, en cuanto a su tradicional sistema de fuentes.

Desde esta perspectiva, los derechos humanos, a través de la reforma, se han constituido como una “categoría normativa axiológica suprema que se ubica por encima y de manera independiente de los tratados internacionales y la Constitución” (Ortega, 2015: 523). En ese sentido, es importante precisar que derivado de la *constitucionalización de los derechos humanos* se advierte una nueva interacción de éstos, en un plano de simetría, basada esencialmente en la igualdad sustantiva de los mismos. Es decir, actualmente existe una correspondencia de posición de estos elementos entre sí respecto a un punto valorativo.

Para ilustrar lo anterior, dentro de marco constitucional mencionado, tomamos como ejemplo el principio de interdependencia, el cual cumple con distintos propósitos, entre otros, siguiendo a Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “el aspecto central de este criterio, es que los Estados no están autorizados para proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia” (2011: 153). En efecto, por medio de esta simetría el *principio de interdependencia* se encuentra vinculado con el principio de *indivisibilidad*, cuya interacción permite configurar “una cadena de derechos humanos, los cuales forman una sola construcción, conformándose un sistema de unidad, sin jerarquías” (Vázquez y Serrano, 2011: 152 y ss.).

Por consiguiente, a través de esta relación simétrica podemos advertir que los principios de *interdependencia* e *indivisibilidad* no sólo nos ubican para la realización de derechos, sino además para examinar retroactivamente el origen de alguna violación, en cuanto a los derechos trastocados directa e indirectamente, y, en consecuencia, la transgresión del último derecho. De esta manera, bajo este marco, es posible hablar de una línea de tiempo que parte desde el origen de la violación inicial hasta el acto final de dicha agresión, donde se trastoca no sólo un derecho, sino *una cadena de derechos* simultáneamente.

C. Principios explícitos de nivel constitucional: la interpretación conforme y el principio pro personae

El reconocimiento gramatical o textual de la interpretación conforme y del principio *pro personae* en el artículo 1o. de la carta constitucional se ha configurado como un mandato, el cual está dirigido a los operadores jurídicos encargados de interpretar las normas con base en la Constitución y los tratados internacionales.

Así, el principio de interpretación conforme deriva, naturalmente, como una consecuencia del carácter normativo de los derechos humanos. Esta condición fue adquirida, precisamente, con la reforma de junio de 2011. Esto quiere decir que la Constitución se convierte en el postulado principal para la construcción de la validez de alguna norma sujeta a escrutinio. Dicho de otra forma, es el *aleph* que otorga sentido a los enunciados nor-

mativos a interpretar. Por su parte, el principio *pro personae*, de manera general, “opera como un método interpretativo de naturaleza dialéctica y hermenéutica, en virtud de que su desarrollo en la práctica jurídica constituye un movimiento argumentativo entre la tradición y el intérprete” (Montoya, 2019: 178). En un sentido práctico se concibe este principio como una herramienta interpretativa dirigida a favorecer una protección más amplia a los derechos humanos, la cual impone específicamente que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción.⁶

Ahora bien, para determinar la validez de algún enunciado sujeto a examen de regularidad, de manera muy general, el planteamiento consiste en que éste debe tener más de un sentido interpretativo, seleccionando aquel que se refleje mayormente con los valores y principios del texto. El intérprete deberá realizar esta operación de manera exhaustiva; es decir, un escrutinio estricto de constitucionalidad sobre un enunciado normativo de categoría sospechosa injustificada.⁷ Nos referimos al medio de control

⁶ Existe diversa literatura sobre el principio *pro personae*; desde Latinoamérica, la Opinión Consultiva OC-7/86 expone con claridad cómo opera este principio, al señalar que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental —principio *pro homine* del derecho de los Derechos Humanos—, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CoIDH], 1989: párr. 36). En este sentido, para abundar sobre este concepto, su interpretación y alcances convencionales, entre otros, véase la sentencia del caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela* (CoIDH, 2008: 58-60).

⁷ La doctrina de los niveles de escrutinio fue incorporada en México vía tesis constitucional, la cual se identifica con el rubro: “PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS” (Tesis 1a. CIV/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XXXII). Al respecto, es oportuno hacer una breve mención sobre el origen de esta doctrina, la cual proviene de la tradición estadounidense. El primer antecedente cercano lo ubicamos en el caso *United States v. Carolene Products Co.*, donde, por primera ocasión, la Suprema Corte estadounidense integró el concepto de *escrutinio* o *revisión* para determinar la inconstitucionalidad de ciertas leyes (Cornell Law School, s.f.). No obstante, fue en el caso *Korematsu v. United States* que se incorporó el uso de los niveles de escrutinio, en el caso en comento de un escrutinio *rígido*. Este singular caso versa sobre la sentencia de un ciudadano japonés-americano, en el contexto del ataque a Pearl Harbor durante la Segunda Guerra Mundial, motivada por negarse a abandonar su hogar y lugar trabajo para acudir a un centro de

constitucional que pretende encontrar una interpretación compatible con la Constitución, y que en tal circunstancia, de pasar favorablemente el test, evite la expulsión del ordenamiento.

En relación con lo anterior, es importante señalar que las normas del ordenamiento se encuentran bajo una condición de inderrotabilidad. Fundamento reconocido a través del *principio de constitucionalidad*, y que consiste,

En primer término, en una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios en la Constitución; en segundo término, que una ley más que cuando no existe “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá de presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de interpretarse dicha Ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, 1985: 23).

Este principio supone *prima facie* la validez de la norma en estudio, por derivar ésta de un proceso formal de creación normativa, lo que a nuestro juicio es una condición necesaria, pero no suficiente, pues se trata de realizar una valoración del contenido, del aspecto axiológico, no de su juridicidad.

Pues bien, antes de determinar la inconstitucionalidad del enunciado normativo, es necesario que el operador jurídico haga lo necesario para buscar en vía interpretativa una concordancia con el texto, y, en caso contrario, derrotar el *principio de constitucionalidad*. Esta operación se reali-

reubicación militar, y por lo cual fue condenado por estos hechos a cinco años de libertad condicional. En ese contexto, la Corte estadounidense determinó que la orden ejecutiva era válida; sin embargo, de los argumentos emitidos sobre la necesidad de un escrutinio *rígido* por cuestiones *sospechosas* destaca la opinión mayoritaria emitida a través del juez Hugo Black, precisando que “todas las restricciones legales que restringen los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente sospechosas. Eso no quiere decir que todas esas restricciones sean inconstitucionales. Es decir, los tribunales deben someterlos al escrutinio más rígido. La presión de la necesidad pública a veces puede justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede” (U.S. Supreme Court, 1944). A pesar de estos hechos, en 1983 se apeló tal decisión, y fue un juez del Distrito Norte de California quien anuló dicha condena (United States Courts, s.f.). Para mayor abundamiento véase Fredy Hernández (2015).

za a través de un juicio de razonabilidad, lo que se traduce en una revisión crítica para establecer, primero, que no existe concordancia del enunciado normativo con el texto y, segundo, que su interpretación no se ajusta a los valores y principios constitucionales. De esta manera, la norma se considera inconstitucional y, por lo tanto, es procedente su inaplicación, o bien, la expulsión del ordenamiento.

2. Elementos prácticos

A. Una función silogística

El *parámetro* tiene, entre otras características, una finalidad argumentativa, lo que implica que el análisis normativo derivado del enunciado sujeto a revisión debe contar con la aptitud necesaria para incorporarse al silogismo constitucional. En otras palabras, el examen realizado a la norma en cuestión nos permitirá construir la premisa mayor del enunciado jurídico dirigido a resolver el planteamiento. Es aquí donde la teoría de la interpretación, particularmente la *interpretación-decisión*,⁸ juega un papel fundamental. Sobre este tema no abundaremos, pero de manera general nos proporcionará un panorama más claro.

Al respecto, es importante puntualizar, cuando hablamos de una *interpretación-decisión* en materia constitucional, que el objetivo principal consiste en *seleccionar el sentido* de un enunciado normativo entre los varios significados identificados, contrastando el mismo con el *corpus iuris*, a través del cual “los jueces deben escoger un determinado significado con preferencia sobre otros y deben usarlo para calificar el hecho que van a resolver” (Guastini, 1999: 202-203). Precisamente, esta tarea la realizan los operadores jurídicos al activar un control de constitucionalidad cuando una norma se ubica dentro de una categoría sospechosa injustificada. Pero

⁸ La *interpretación-decisión*, como nos indica Riccardo Guastini, consiste en “escoger un significado determinado, que se pretende «correcto», descartando los restantes” (2015: 17). En ese sentido, es posible distinguir dos tipos de interpretación decisoria: “(ii.a) a veces —interpretación decisoria estándar— la decisión interpretativa consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva; (ii.b) otras veces —interpretación creativa— la decisión interpretativa consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo», no comprendido entre aquellos identificables mediante interpretación cognitiva” (Guastini, 2015: 18).

no sólo eso, ya que derivado de un ejercicio interpretativo es necesario formular una regla de aplicación, lo cual se logra a través de la argumentación, concretamente de un ejercicio de lógica jurídica.⁹

Por consiguiente, cuando nos referimos al aspecto silogístico se hace en el contexto de la justificación interna de las decisiones judiciales, lo que implica que

La racionalidad interna depende de justificaciones internas y está conectada con la consistencia entre la decisión y sus premisas. Por tanto, si no podemos usar la justificación formal, debemos acercarnos a ella lo más posible. El ejemplo consiste en presentar la decisión como el resultado de una cadena de premisas que se han aceptado y construida de manera que la decisión sea más o menos intuitivamente justificada por ella. Parece que la persistencia del silogismo jurídico como justificación de la decisión de aplicación del derecho es el mejor ejemplo de esta situación (Wróblewski, 1979, citado por Atienza, 2013: 104-105).

Este aspecto debe concurrir, preponderantemente, con una justificación externa. Sin embargo, por lo que se refiere al presente rubro, hablamos específicamente de una justificación formal. De ahí que, como resultado de la operación interpretativa, se deriva un razonamiento, el cual debe ser incorporado a la concatenación de premisas y relaciones inferenciales dirigidas a dar una conclusión válida, en un primer momento, formalmente válida. De esta manera, es viable sostener cómo el *parámetro* resulta, a través de una función silogística, en un producto del razonamiento constitucional.¹⁰

⁹ En concreto, el origen del argumento debe fundamentarse en una determinada fuente y ser reconstruido a partir de su juridicidad. En palabras de Neil MacCormick, “el silogismo es lo que proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos” (2007: 332). Es decir, en un razonamiento jurídico “...la solución ofrecida debe basarse en alguna proposición que pueda al menos presentarse con el cariz de una proposición jurídica, y tal proposición debe mostrarse coherente de alguna manera con el Derecho, tal y como éste esté determinado. Los argumentadores y decisores jurídicos no abordan los problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una gran cantidad de material que sirve para guiar y justificar decisión” (MacCormick, 1999: 15) (énfasis añadido).

¹⁰ El razonamiento constitucional puede ser ubicado, en líneas muy generales, y en palabras de Juan Ramón de Paramo, como “un tipo especial del razonamiento práctico, un tipo formalizado e institucionalizado con características y reglas particulares, y un caso muy significativo del razonamiento jurídico es la decisión judicial, es decir, la

B. *Un halo procesal*

Cuando hablamos de un *halo procesal* hacemos referencia a la cualidad intrínseca que reviste el *parámetro* en cuanto a su función práctica. Es decir, la aplicación del estudio —del ejercicio interpretativo como tal— al caso concreto. Esta característica implica que derivado del examen realizado por el operador jurídico, éste cumple con la finalidad de dirimir una controversia dentro de un procedimiento, particularmente de orden constitucional.

Pensemos, por ejemplo, en el caso del *matrimonio igualitario*, específicamente sobre lo resuelto en el Amparo en Revisión 581/2012.¹¹ La resolución de este caso versó concretamente sobre la impugnación del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. En ese contexto, dadas las circunstancias de *importancia* y *trascendencia*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el asunto, y para resolver sobre esta cuestión realizó un escrutinio estricto de constitucionalidad. Cabe puntualizar que una de las razones principales para la aplicación de este escrutinio fue justamente porque el enunciado normativo se encontraba dentro de una categoría sospechosa. Por consiguiente, la Corte determinó que no era compatible con el ordenamiento constitucional, fundamentalmente porque contenía una categoría sospechosa de apariencia discriminatoria, ya que imponía la protección de la familia haciendo énfasis en la familia heterosexual. Limitaba injustificadamente la figura del matrimonio a un supuesto en particular, lo que no corresponde a la realidad social de la entidad ni del país. Por lo tanto, la SCJN determinó que el enunciado normativo sujeto a examen de regularidad constitucional, a través del *parámetro*, no era consistente con el texto, específicamente con los artículos 1o. y 4o. de la Constitución. Por el contrario, la Corte resolvió que este enunciado era *infra* inclusivo (Pleno, 2013: 964), entre otras razones, porque:

Excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición. La distinción es discriminatoria porque

construcción de un enunciado normativo revestido de autoridad que deriva o encuentra razones justificativas para ser emitido en premisas fácticas y normativas. Similar a este tipo de razonamiento es el discurso interpretativo de los juristas, si lo consideramos como un razonamiento justificativo que opera con normas y cuyo resultado es una proposición normativa” (1988: 89) (énfasis añadido).

¹¹ Para mayor profundidad sobre este tema, véase el certero análisis de David García Sarubbi (2017: 91 y ss.).

las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción con el fin constitucionalmente imperioso.

Con base en lo anterior, la SCJN se pronunció (Primera Sala, 2015: 253) de la siguiente manera:

Negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran “ciudadanos de segunda clase”, lo cual esta Primera Sala no comparte. *No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios* porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad (énfasis añadido).

A partir de estos fundamentos, la Corte resolvió la cuestión planteada en el Amparo en Revisión 581/2012. Concluyó de esta manera la instancia procesal que dio lugar a la controversia surgida con motivo del enunciado normativo impugnado; pero no sólo eso, también fue posible localizar una norma evidentemente discriminatoria, amén de ser inconsistente con el ordenamiento por no resistir frente al *parámetro* un examen de regularidad constitucional. De acuerdo con lo anterior, es posible inferir cómo esta herramienta cuenta con una función procesal, y esto es así porque está dirigida a resolver una controversia dentro de un procedimiento, concretamente sobre un planteamiento de constitucionalidad.

C. Implicaciones normativas de fin

Uno de los cambios más interesantes de la reforma fue precisamente la incorporación de un mandato de fin en el artículo 1o. del texto constitucional, implicando con ello un ajuste en la dirección de la norma. Esto se

traduce en el deber de determinar no sólo el medio interpretativo correcto entre las circunstancias del caso y los intereses en conflicto, sino el considerado más óptimo para la obtención del fin previsto: promover, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos.

Bajo estas observaciones, podemos decir que el mandato constitucional hace responsable al destinatario de la norma y le impone el deber de “adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido” (Lifante, 2002: 433). En ese sentido, cabe destacar que cuando nos referimos al destinatario de la norma hablamos de los órganos jurisdiccionales encargados del control de la regularidad constitucional. De ahí que cuando aludimos a un mandato hacemos referencia a los principios explícitos¹² contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, particularmente la interpretación conforme y el principio *pro personae*, los cuales vinculan la interpretación y el razonamiento de los órganos jurisdiccionales, ciñendo irremisiblemente su función constitucional y, por lo tanto, su acción argumentativa preferentemente al sentido de esos principios.

Así, los principios, bajo los términos acuñados, operan de modo distinto y en conjunto, porque son diversos y cuantitativamente operativos; consecuentemente, como nos indica Gustavo Zagrebelsky, “En lugar de ser como el vector que hace irresistible la fuerza que actúa en su nombre, ponen en escena vectores que se mueven en muchas direcciones y es preciso calcular cada vez «la resultante» de la concurrencia de fuerzas. De nuevo, el resultado constitucional no viene dado, sino que debe ser construido” (2016: 96). Así pues, los principios operan como argumentos en las motivaciones de la interpretación judicial.

IV. SENTENCIA VARIOS 293/2011, ¿CONFLICTO NORMATIVO?

En un primer momento es necesario analizar, de manera muy general, algunas consecuencias normativas derivadas de la sentencia 293/2011, par-

¹² Para precisar sobre este concepto, seguimos a Manuel Atienza y a Juan Ruiz Manero, quienes señalan que los principios explícitos son “razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias... constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) —que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido— ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional” (1992: 112).

ticularmente sobre el enfoque restrictivo de derechos humanos. En esta contradicción de tesis la SCJN abordó fundamentalmente una cuestión de jerarquía de los tratados internacionales, esto a raíz de la nueva dimensión de los derechos humanos adquirida en la reforma. A través de esta sentencia la Corte dio vida al parámetro de regularidad constitucional, aunque señalando, a su vez, una cláusula interpretativa, de acuerdo con la cual, de existir alguna controversia, deben prevalecer las restricciones constitucionales a derechos humanos. Es aquí, justamente, donde a nuestro parecer surge el conflicto.

Para ilustrar lo anterior, nos referimos, por ejemplo, a la figura del arraigo penal, el cual, en la actualidad, no resiste un examen de regularidad constitucional; esto se debe a que, en términos generales, es una medida contraria a los valores y principios constitucionales y convencionales; dicho de otra manera, es una figura materialmente inconstitucional. Sin embargo, con el criterio adoptado la SCJN convalida esta figura con la justificación de ser una restricción constitucionalmente prevista.¹³ No obstante lo anterior, del balance de razones materiales subyacentes, entre la protección del derecho humano y su restricción, no se justifica la aplicación de dicha figura.

En contraste, la Corte ha señalado en su fallo que dicha restricción es totalmente válida, y además que es oponible a cualquier otra postura en sentido contrario, incluso ante las determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual ha sido sustentado por nuestro alto tribunal a través de una tesis constitucional, al señalar que "...si alguno de los deberes del fallo de la CoIDH implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer" (Pleno, 2015: 237). Por consiguiente, a través de este pronunciamiento es posible inferir, entre otras cosas, que

¹³ Sobre este planteamiento, resulta orientadora la reflexión del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien señala que "El entendimiento del nuevo paradigma de derechos humanos ha hecho a la Corte concluir que la Constitución contiene principios que imponen una metodología de escrutinio constitucional diferente a la utilizada bajo el paradigma anterior... No puedo compartir que las restricciones constitucionales expresas se entiendan como «excepciones» a una jerarquía axiológica de derechos humanos. En mi opinión, las restricciones constitucionales son justiciables y sujetas a la oponibilidad de los derechos humanos. Nuestra Constitución ha redefinido las relaciones del poder público con los ciudadanos tomando como base a la dignidad de las personas. Me resulta imposible aceptar que la misma Constitución que condiciona la legitimidad de toda manifestación de poder a una compatibilidad material con un conjunto de derechos anteriores al Estado, rechace esos postulados fundantes tan fácilmente" (2016: 275).

1) al tratarse de una restricción constitucionalmente válida se desactiva el *parámetro*; 2) se conforma tácitamente una jerarquía, donde prevalecen, efectivamente, las restricciones del texto sobre cualquier derecho humano previsto en tratados internacionales, y 3) se produce un efecto inhibitorio hacia el *principio por personae*.

Ahora bien, cuando decimos que prevalece una restricción constitucional a derechos humanos, y como consecuencia de ello se desactiva el *parámetro*, nos referimos a que no existe una interpretación que permita la inaplicación de dicha restricción. Así, esa llamada *categoría* de derechos humanos se subordina necesariamente a un esquema jerárquico, específicamente a una interpretación: la primacía de las restricciones constitucionales. Por esta razón es viable sostener que no existe igualdad entre las normas de derechos humanos de fuente nacional e internacional; por el contrario, a través de esta interpretación se configura de manera indirecta un criterio de jerarquía. Consecuentemente, por medio de la ruptura de esa *categoría* de derechos humanos se vulnera el *principio por personae*, y puesto que no hay manera de favorecer una protección más amplia a los derechos humanos, no por lo menos en clave de interpretación constitucional. Por esta razón es viable sostener cómo a partir de la sentencia 293/2011 se configura un escenario de conflicto, cuestión naturalmente preocupante, pues representa un retroceso en la cultura contemporánea constitucional de protección a los derechos humanos.

Así, la sentencia sobre la Contradicción de Tesis 293/2011 constituye el punto final del debate en materia de supremacía constitucional. Además, se configura como una postura irrefutable u oponible a cualquier otra interpretación que controvierta el sentido de las restricciones constitucionales. Por consiguiente, una de las consecuencias más sensibles, reiteramos, es el efecto inhibitorio hacia el principio *pro personae*. De esta forma, el problema práctico termina siendo el de saber cómo un derecho humano puede restituir su valor frente a una restricción constitucional, de tal manera que esta operación permita un escenario de consistencia y coherencia normativa,¹⁴ específicamente como medio de exigibilidad práctica. Enton-

¹⁴ En relación con la idea de consistencia y coherencia, sirve de apoyo el acertado análisis de Manuel Atienza, quien señala que “La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad —en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica— al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido... Una decisión satisface el requisito de consis-

ces, ¿cómo armonizamos la postura protectora e internacionalista de los derechos humanos frente a un criterio restrictivo como el establecido en la Contradicción de Tesis 293/2011? La respuesta, pensamos, puede venir bajo la forma de un *criterio* o técnica de interpretación constitucional.

1. Principio de especialidad constitucional

Sin duda, en México nos encontramos frente a una estructura constitucional que se antoja por lo menos complicada, incluso pareciera haber una confrontación entre distintas posturas teóricas del derecho constitucional. Si ponemos un lente desde el formalismo judicial,¹⁵ podremos ver que el criterio restrictivo de la Corte es la apreciación correcta; en cambio, si nos ubicamos desde el neoconstitucionalismo,¹⁶ podríamos sostener que tal pronunciamiento es errado, y así, sucesivamente, dependiendo de la

tencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas” (2007: 117-119).

¹⁵ Teóricamente existen distintas concepciones del *formalismo judicial*; sin embargo, compartimos la siguiente postura: “Por formalismo estoy entendiendo una concepción que ve el Derecho única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes. La desviación consiste por ello en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar)” (Atienza, 2018). En el mismo sentido, para el caso de México, es constructiva la reflexión de Roberto Lara, cuando señala que el formalismo judicial “...tiende a colocar más casos en el terreno de la legalidad, porque supone que lo correcto es ceñirse a la aplicación de las fuentes formales del derecho, como la mejor garantía para preservar el orden jurídico, mediante la salvaguarda de los principios de seguridad y certeza jurídicas; asimismo, consideran como valioso reducir al mínimo el margen de discrecionalidad del juzgador o, en su defecto, utilizar esa discrecionalidad para transformar casos de constitucionalidad en casos de legalidad” (2020: 117).

¹⁶ En la actualidad, no ha sido posible conceptualizar el término “neoconstitucionalismo”; sin embargo, Susanna Pozzolo —autora de dicho término— nos da una aproximación, al señalar que “El término «neoconstitucionalismo» fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social* celebrada en Buenos Aires el año de 1997... El vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas... algunas tesis se presentaban como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una (posiblemente nueva) doctrina del derecho. En particular, con la palabra «neoconstitucionalismo» se identifica una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspositivista y que, al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista” (2015: 363). Para una visión crítica sobre esta etiqueta, véase José Juan Moreso (2019).

corriente iusfilosófica de que se trate, tendríamos una postura, o bien, una opinión sobre dicha cuestión.¹⁷ Pues bien, sin la intención de generar polémica a nivel de la filosofía del derecho, creemos que para efectos prácticos es necesario ponderar una salida alterna a este conflicto, particularmente por lo que se refiere a la determinación de la Corte, cuando estima que las restricciones constitucionales deben prevalecer en caso de colisión entre un derecho humano y dicho criterio.

Al tenor de lo anterior, se ha considerado que los derechos humanos no son absolutos, puesto que “En toda democracia constitucional, los Estados no pueden pretender proteger todas las libertades de forma ilimitada, por eso se establecen restricciones” (Montoya, 2019: 167). Precisamente, éste es un debate que aún permanece vigente; no obstante, para efectos de nuestro trabajo, partimos de la premisa de que no todos los derechos humanos son absolutos.¹⁸ En tal medida, es posible advertir que la satisfacción de un derecho produce una restricción a otro derecho; por ejemplo, la libertad de expresión frente a la no discriminación. Así, se ha reconocido que las restricciones al ejercicio de un derecho tienen cierta justificación. En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 30, ha señalado que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades recono-

¹⁷ Me gustaría añadir que si bien existe una multiplicidad de enfoques acuñados entorno a la disciplina del derecho constitucional, en estas líneas no pretendemos resaltar o cuestionar alguna de ellas en específico, pues nuestro propósito discursivo atiende a distintas expectativas. Asimismo, es importante referir que no partimos de algún tipo de *neoconstitucionalismo* —desde su dimensión jurídica—, pues consideramos que se trata de una categoría sumamente difusa, y es un debate en el que, por el momento, no profundizaremos. No obstante, por rigor académico, es preciso señalar que nuestra postura radica meridionalmente en que ésta abraza una concepción *postpositivista*; es decir, hablamos de un modelo de *reglas más principios* y no de la preponderancia de los principios sobre las reglas, como apunta Atienza: “...el rasgo fundamental del postpositivismo, consiste en ver el Derecho como una práctica social, lo cual no significa olvidarse que el Derecho es también (puede verse también como) un sistema normativo. Más exactamente, el Derecho es una práctica social de carácter autoritativo, y de ahí la importancia que tiene el sistema de normas” (2019: 104). Esta caracterización la enfatizamos en líneas anteriores (*supra*, apartado III.2. Elementos prácticos).

¹⁸ Sobre este planteamiento, estimamos que existe un gran debate; no obstante, entre otras razones, compartimos la postura de que los derechos humanos no pueden ser entendidos como conceptos absolutos, pues dicha cualidad haría imposible admitir otros juntos a ellos. Con base en lo anterior, en la práctica no se busca la preponderancia de uno de ellos, sino la salvaguarda de varios simultáneamente.

cidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

De esta manera, es posible sostener que las restricciones deben ser fundamentadas proporcionalmente y en contraste con el derecho que se pretende restringir, ya que “la forma en que ha de constituirse la limitación del derecho es lo que preocupa en mayor medida al ejercicio de interpretación, porque de ello depende la legitimación y validez de la restricción establecida” (Montoya, 2019: 167). Evidentemente, las restricciones pueden ser susceptibles de algún grado de escrutinio; sin embargo, no es posible realizar una interpretación en clave constitucional, amén de los candados inherentes al ordenamiento, concretamente los establecidos por la SCJN. Pues bien, de lo anterior se sigue que, efectivamente, las restricciones se encuentran reconocidas como parte de nuestro sistema de derecho vigente, lo que a su vez resulta vinculante al Estado mexicano por vía de incorporación, particularmente del artículo 1o. constitucional.

No obstante, para que una restricción a derechos humanos sea considerada válida no basta que se encuentre expresamente dispuesta en el texto, sino que es necesario que, además, supere los medios de exigibilidad inherentes al mismo. Hablamos de presupuestos constitucionales concomitantes al acto de aplicación, como las garantías de motivación y fundamentación. Es decir, en un escenario donde convergen un criterio protector y una restricción expresa, y en el cual se sobrepone esta última, aún es posible sostener un control de regularidad constitucional de manera indirecta; pensemos, por ejemplo, en el juicio de amparo, donde se cuestiona no la restricción en sí, sino la aplicación del acto.

Para ilustrar lo anterior retomemos el tema del arraigo penal; si bien dicha restricción está constitucionalmente prevista, esta circunstancia no convalida de manera inmediata el acto de aplicación, sino que es necesario, además, que la resolución sea debidamente fundada y motivada. Por ejemplo, al resolver el caso *Romero Feris vs. Argentina* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019), la CoIDH puntualizó que una de las condiciones para garantizar que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que

- i. Se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho;

- ii. Esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional; y
- iii. La decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

Pero, además, se requiere un nivel más de justificación; es decir, se exige una argumentación más robusta para respaldar dicha determinación, la cual deberá estar vinculada necesariamente con los antecedentes del caso concreto; es decir, a la luz del principio de universalidad del razonamiento judicial,¹⁹ el cual consiste en la responsabilidad de los jueces de fundamentar sus decisiones con base en un principio general o una regla universal que ha sido aceptado en casos anteriores, y que pudieran ser aplicables posteriormente a casos similares, lo que significa que el operador jurídico tiene el deber mínimo de precisar la regla o el principio que sirve de base a su decisión (Lara: 6). De esta manera, la restricción del derecho en cuestión permite cierto grado de consistencia y coherencia con el ordenamiento, sin oponerse a los valores y principios del texto y, por lo tanto, cuenta con validez constitucional.

Otro aspecto que resulta relevante mencionar es la función que cumple el *parámetro* bajo estas circunstancias. Pues bien, al haber una colisión entre un derecho humano y la primacía de la restricción constitucional sobre éste, dicha figura se *desactiva* de forma inmediata como guía interpretativa de control de regularidad constitucional. Sin embargo, ello no obsta para que este criterio interpretativo se adhiera para evaluar, no la consistencia y la coherencia de una norma, sino de la argumentación que pretende justificar la aplicación de dicha restricción,²⁰ porque en rigor

Un derecho *prima facie* es aquel que llega solo hasta donde llegue el supuesto de hecho a que él se refiere y vale como derecho definitivo solo en la medida en que no esté comprendido por una restricción. En caso de que esta exista, se enfrenta a un proceso ponderativo cuando se presenta en relación con el derecho de un tercero, pero cuando responde a una limitante constitucional, esta se encuentra necesariamente compelida a justificar la razón de su existencia (Montoya, 2019: 167).

¹⁹ Sobre este concepto, para profundizar, véase Robert Alexy (1989: 214 y *ss.*).

²⁰ Este es el aspecto procesal del *parámetro* que analizamos anteriormente (*supra*, apartado III.2. Elementos prácticos).

Por consiguiente, este mecanismo cumple con una función fundamental: examinar las *instituciones de garantía* concomitantes, o bien, que anteceden el acto (v. gr. los principios de debida motivación y fundamentación, el principio de inocencia, de certeza jurídica, de exhaustividad, de razonamiento judicial, de proporcionalidad, etcétera); esto con el propósito de *valorar la razón que explique de manera suficiente* esta restricción. Por tal motivo, a pesar de la autoridad que reviste el criterio restrictivo de la Corte, el *parámetro de regularidad* aún resulta una herramienta relevante en el campo del derecho constitucional, pero ¿de qué manera contribuye al análisis de la regularidad constitucional? Lo hace cambiando el ámbito de aplicación de este instrumento, pasando de una función interpretativa a una función mayormente pragmática.

2. Estructura del principio

En el presente apartado, sin ánimo de exhaustividad, buscamos examinar cómo se articula este principio. Para tal propósito, entendemos a aquél como la figura deóntica que construye una conexión entre los distintos puntos valorativos del ordenamiento, cuya integración deriva en un instrumento normativo, el cual está dirigido al examen de la fundamentación de las restricciones a derechos humanos.

Entonces, ¿cómo opera el principio de especialidad constitucional? Ubicamos a esta figura como un medio para determinar la aplicabilidad de una norma restrictiva de derechos humanos; en otras palabras, nos referimos a la viabilidad de la restricción constitucional. Este criterio o principio se enfoca a una cuestión de derecho procesal constitucional, ya que está dirigido a evaluar el efecto de la restricción en su ámbito material específico. Esto significa que dicho instrumento cuenta con un respaldo empírico, pues facilita una aproximación dialéctica entre los distintos componentes normativos.

¿Y cuál es su propósito? El objetivo de este instrumento es el análisis de la argumentación que está dirigida a materializar el acto. De esta manera, se realiza un riguroso estudio sobre la consistencia y coherencia de la línea argumentativa, principalmente por medio de una revisión crítica. Se establece, para tal efecto, si se observaron los medios de exigibilidad práctica de rango constitucional, la adecuada aplicación del principio de universalidad en el razonamiento judicial, así como la sujeción a los principios

y reglas de especialidad constitucional que el texto dispone.²¹ Lo anterior cumple con el propósito de examinar, precisamente, la argumentación que se encuentra dirigida a justificar la afectación del derecho humano controvertido. Por lo tanto, podemos hablar, en cuanto a sus fines, de una técnica de interpretación constitucional.

Así pues, una restricción constitucional por sí sola no puede prevalecer sobre un derecho humano, sino que es necesario, además, observar los presupuestos de validez del acto, específicamente: 1) los medios de exigibilidad práctica de rango constitucional (debida motivación y fundamentación); 2) el principio de universalidad en el razonamiento judicial, y 3) sujetarse a las reglas o principios de especialidad constitucional. Estos elementos conforman una unidad normativa inescindible, por lo que no puede suponerse que la satisfacción de alguno signifique el cumplimiento de otro, y que en ese escenario se conceda la validez del acto. En otras palabras, es necesario que se cumplan los tres presupuestos anteriores, pues se conforman *unum et idem*.

Así, cuando subsiste un conflicto entre un derecho humano y una restricción, se da una circunstancia de excepción constitucional, que sólo en supuestos muy particulares puede ser aplicada. Lo anterior es así porque a la luz de nuestro sistema jurídico se advierte que la afectación de un derecho, la suspensión o restricción del mismo, se encuentra justificada. Pero éste no es un aspecto inderrotable, lo que implica, entonces, que es posible encontrar una salida normativa a esta cuestión a través de un mecanismo de control emergente; es decir, a través de una *técnica de interpretación constitucional*. Esta herramienta se constituye como una égida normativa, la cual permite contener, o incluso, en el mejor de los escenarios, dificultar la aplicación de las restricciones constitucionales, dando en esta instancia una última protección al derecho humano que ha sido cuestionado.

En relación con lo anterior, es importante mencionar que el aspecto restrictivo dispuesto en la Constitución pudo definirse con claridad, en cuanto a sus alcances, en la reforma de junio de 2011. Sin embargo, el tema no fue abordado por el constituyente permanente, lo que ocasionó

²¹ Sobre esta etiqueta, nos referimos a los principios de especialidad constitucional, porque en relación con el derecho humano que se pretende limitar existe una gran diversidad de reglas y principios específicos contenidos en la carta constitucional, los cuales se encuentran consignados en la materia que regula el acto de aplicación; por ejemplo: la orden de arraigo, la extinción de dominio, la expropiación, la consulta popular, la consulta libre, previa e informada a los pueblos originarios, etcétera.

una multiplicidad de interpretaciones, destacando, naturalmente, el criterio de la SCJN. En ese sentido, no se trata de corregir esta condición de manera supletoria, pues si bien es parte de un Estado democrático que se integren límites al ejercicio de los derechos humanos, lo cuestionable es que dentro de un Estado constitucional de derecho²² se otorgue primacía a una interpretación restrictiva de derechos humanos. Por consiguiente, en atención a otras instituciones de derecho, es menester sujetarse a tal precepto, pero, como señalamos anteriormente, de manera excepcional. Por tal razón, se reconoce el carácter vinculante del criterio adoptado por la Corte. Por ello, ante estas circunstancias, el *principio de especialidad constitucional* propuesto no le resta fuerza vinculante a dicha postura; por el contrario, es parte de la dialéctica constitucional del complejo entramado jurídico mexicano. No obstante, la aplicación de esta *técnica de interpretación constitucional*, en cuanto a sus alcances, se encuentra limitada en lo general.

A pesar de ello, considerando la estructura e ingeniería constitucional de nuestro ordenamiento, este instrumento cuenta con algunos planteamientos interesantes. Por un lado, brinda una última instancia protectora a los derechos humanos y, en tal medida, de manera indirecta, revaloriza el derecho humano trastocado. Por otro lado, plantea una condición de derrotabilidad al criterio restrictivo adoptado por la Corte, entendiendo, bajo este contexto, el concepto de derrotabilidad como la capacidad constitucional de admitir excepciones. Consecuentemente, es posible armonizar lo dispuesto por el constituyente permanente frente al criterio adoptado por la SCJN en la Contradicción de Tesis 293/2011. De esta manera, es oportuno resaltar que,

²² Al respecto, resulta oportuno mencionar que existe diversa literatura especializada que busca conceptualizar el término; no obstante, por los alcances y objetivos planteados en este trabajo, no participaremos en dicho debate. Sin embargo, para abundar sobre este tópico compartimos, en lo general, la concepción de Jaime Cárdenas Gracia, quien señala que “Este tipo de Estado de nuestros días expresa, a diferencia de otras maneras de concebir el Estado, una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque la Constitución, no solo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos plenamente —unir deber ser con el ser—; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en las reglas de las mayorías ni en las unanimidades, sino en el respeto pleno a los derechos humanos —es una formulación procedimental y sustantiva—... , una importancia destacada del *razonamiento judicial* y de la *argumentación jurídica*” (2017: 105-106) (énfasis añadido). Por su parte, para una revisión crítica sobre este planteamiento, entre otros, véase Josep Aguiló Regla (2019).

dentro de ese techo, aún es posible encontrar un reducto de aplicación que no contraste directamente con la visión protectora del texto constitucional. Por lo tanto, no se trata solamente de un razonamiento de acuerdo con el derecho humano trastocado, sino de responder si tal decisión *justifica suficientemente* limitar materialmente ese derecho.

Con todo, haciendo un balance de lo anterior, podemos decir que es complicado romper con la postura de la Corte, específicamente por dos razones; por un lado, porque es una norma restrictiva prevista a nivel constitucional y convencional, y por otra parte porque esta interpretación sólo puede ser superada a través de un pronunciamiento emitido por el propio tribunal mexicano. Dicha afirmación se sostiene porque no es posible inaplicar una jurisprudencia emitida por la SCJN, pues éstas no están sujetas a control de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio*, aun cuando se advierta que es violatoria de derechos humanos. Lo anterior quedó sustentado bajo la tesis “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” (Pleno, 2014: 28).

Sobre este punto, consideramos que los criterios jurisprudenciales sí pueden —y deben— ser sujetos a escrutinio constitucional, fundamentalmente porque

No podemos admitir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea impermeable al principio pro persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho principio está dirigido, sin excepción, a todas las autoridades (especialmente las judiciales) del país, y las habilita o faculta a llevar a cabo el consabido control difuso de la regularidad constitucional. ¿Por qué la Suprema Corte podría escapar de ese control? Insistimos: salvo que se la crea epistémicamente superior o que se admita que su jurisprudencia es infalible, no vemos ninguna razón válida que permita pensar en que la Corte está exenta del principio pro persona (Cossío y Lara, 2015: 98).

Finalmente, para que esto suceda hay algunas vías que posibilitan ese escenario; por ejemplo, a través de una reforma constitucional en la que el constituyente permanente adicione o modifique la redacción del texto, a fin de que brinde mayor claridad sobre dicha cuestión; asimismo, como ya se mencionó anteriormente, a través de un nuevo pronunciamiento de nuestro

alto tribunal, circunstancia que se antoja posible con motivo de la última reforma judicial, la cual abre el camino para una nueva etapa en la interpretación de la Constitución.²³ Nos referimos a la reforma del 11 de marzo de 2021, que apertura la Onceava Época en la historia jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

V. GIRO A BABOR: ONCEAVA ÉPOCA

Reforma al Poder Judicial, ¿distensión o cambio?

Antes de iniciar el presente apartado es oportuno señalar que las modificaciones a las atribuciones del órgano revisor de la Constitución representan un elemento sustantivamente relevante en cuanto a su funcionamiento; sin embargo, no es posible analizar los efectos de la reforma.²⁴ Esto se debe a que aún no se aprecian los alcances prácticos de la misma. No obstante lo anterior, con base en un análisis sistemático y normativo, pretendemos realizar algunos razonamientos sobre estas modificaciones. En lo tocante a nuestro trabajo, pondremos énfasis en los aspectos que consideramos mayormente vinculantes al tema; entre ellos, el sistema de precedentes, la declaratoria general de inconstitucionalidad y el amparo directo en revisión.

A. Sistema de precedentes

Una primera aproximación la encontramos en el *Common Law*, específicamente en el derecho estadounidense. Sin ánimo de profundizar en el sistema de derecho norteamericano, podemos sostener, en líneas muy generales, que el *Common Law* americano se sustenta a través del *stare decisis* como principio rector del sistema jurídico. Este principio alude a

²³ Tema que resulta sensiblemente relevante; como refiere Juan Antonio Cruz Parcerro, “Lo más importante es que el intérprete que ha de aplicar derechos humanos en México se oriente por teorías coherentes con el nuevo marco constitucional e internacional en torno a los derechos humanos” (2017: 46).

²⁴ La reforma en materia judicial fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de marzo de 2021, la cual consiste en la modificación de seis artículos de la carta constitucional, específicamente lo relativo a la estructura, facultades y funciones del Poder Judicial. De igual manera, la Ley de Amparo fue reformada y publicada en el *DOF* el 7 de junio del mismo año, con el propósito de armonizar dicha Ley con la Constitución.

que la decisión del juez o tribunal de la causa debe seguir el *razonamiento* sobre una cuestión de derecho análoga, previamente resuelta por un tribunal superior (precedente vertical) o de la misma instancia (precedente horizontal).

Conforme a esta estructura, subyace otro principio fundamental proveniente de estos *fallos* o *decisiones*; nos referimos al principio de coherencia, el cual cumple con el objetivo de dotar de consistencia al ordenamiento a partir de las normas interpretadas, con la salvedad de que por alguna diferencia de relevancia jurídica se justifique separarse de algún criterio anterior, como se advierte en el caso *McGregor v. Provident Trust Co.*, cuyo precedente establece que "...aunque lo ordinario es la adherencia estricta al *stare decisis*, en múltiples ocasiones es necesario desviarse de ella, con el fin de reivindicar claros y obvios principios del derecho y remediar una injusticia continuada" (Londoño, 2007: 66). De ahí que el *stare decisis* se comporta como una herramienta de control para evitar el cambio arbitrario de criterios. Consecuentemente, a partir de la interrelación de varios pronunciamientos judiciales vinculados entre sí, cuya sistematización permite su explicación y categorización bajo líneas argumentativas definidas, se constituye un sistema de precedentes.

Para comprender un poco este singular sistema de derecho, es ilustrativa la perspectiva del modelo colombiano. En este contexto, a diferencia del *stare decisis* del *Common Law*, el carácter obligatorio del *precedente* en Colombia tiene su origen a partir del criterio dispuesto en la Sentencia C-037 de 1996, determinación en la que la Corte Constitucional colombiana atribuyó fuerza vinculante a las interpretaciones que ella misma adoptó por "vía de autoridad" (Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996). Con ello es posible advertir cómo la figura del precedente en el sistema colombiano reviste una importancia meridional, específicamente para garantizar: "1) la coherencia del sistema jurídico; 2) la estabilidad y uniformidad de su aplicación; y 3) el respeto al principio de igualdad" (Bernal, 2008: 28).

En el caso de México, a partir de la reforma, particularmente lo dispuesto en el artículo 94, párrafo doce, de la Constitución, se establece que "Las *razones que justifiquen las decisiones* contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán

obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas” (énfasis añadido).

A través de esta adición se construyen las bases para un *sistema de precedentes*, siendo el punto arquimédico de éste la *ratio decidendi* de las sentencias emitidas por la Corte.²⁵ Pero ¿en qué consiste esta figura tan peculiar? En palabras de Carlos Bernal Pulido, “La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos” (2008: 91).

Pues bien, para efectos prácticos, la *ratio decidendi* consiste en el *razonamiento principal* que arroja luz sobre el caso concreto. Por consiguiente, la *decisión*, *razón* o *criterio* vertido en un caso anterior con cierta similitud fáctica a un caso actual, *prima facie* es vinculante para el tribunal de conocimiento o de la causa; sin embargo, como en el *Common Law* y el modelo colombiano, los operadores jurídicos pueden apartarse de dicho criterio de manera excepcional, basando sus determinaciones en razones constitucionalmente justificadas.²⁶

Ante lo expuesto, es importante asumir una postura mesurada, como advertimos al principio del presente apartado, ya que es complicado visibilizar los alcances de este formato. Sin embargo, dicho esquema puede contribuir a otorgar mayor coherencia y consistencia en cuestiones empíricamente complicadas; por ejemplo, el planteamiento derivado entre la postura internacionalista de derechos humanos y el criterio restrictivo de la SCJN, cuya consecuencia más palpable se observa —como ya se apuntó— a través del efecto inhibitorio hacia el principio *pro personae*.

²⁵ El artículo 216 de Ley de Amparo vigente señala que “La jurisprudencia por precedentes obligatorios se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas”. En el mismo sentido, respecto a la *ratio decidendi*, el artículo 222 del mismo ordenamiento indica que “Las *razones que justifiquen las decisiones* contenidas en las sentencias que dicte el Pleno [o en salas] de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales...” (énfasis añadido).

²⁶ Al respecto, es pertinente el análisis de Manuel Atienza, quien sostiene que “La *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: *a*) declarar y aplicar el precedente ya existente (*declare*); *b*) distinguir su caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y *c*) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo por mal decidido (*overrule*)” (2013: 333).

B. *Declaratoria general de inconstitucionalidad*

En la nueva adición al texto, particularmente la prevista en el artículo 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución, se establece que

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito establezcan jurisprudencia por reiteración, o la *Suprema Corte de Justicia de la Nación por precedentes*, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, su Presidente lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria (énfasis añadido).

Lo novedoso de este precepto constitucional radica, justamente, en los *precedentes* que la Corte pudiese integrar para determinar la inconstitucionalidad de una norma, para posteriormente, de ser el caso, expulsarla del ordenamiento. Antes de la reforma judicial de marzo de 2021, el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma partía de la conformación de jurisprudencia que condujera a determinar el carácter inconstitucional de la norma, lo cual era complicado de concretarse por la forma de integración, es decir, por medio de la reiteración de criterios.²⁷ Sin embargo, en el contexto actual, mediante la reforma a la Ley de Amparo —del 7 de junio del 2021— se sustituye el criterio de reiteración por el criterio de *precedentes*, lo que implica cierta flexibilidad para la expulsión del ordenamiento de normas declaradas inconstitucionales, ya que la conformación de una *jurisprudencia por precedentes* obedece a un rango de integración más simple en contraste con el criterio anterior de jurisprudencia por reiteración.²⁸

²⁷ Para profundizar sobre dicha cuestión, véase el Acuerdo General 15/2013 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013) relativo al procedimiento anterior, para la declaratoria general de inconstitucionalidad. Cabe precisar que el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, actualmente, se encuentra previsto en el capítulo VI, artículos 231-235, de la Ley de Amparo vigente.

²⁸ Anteriormente, el artículo 222 de la Ley de Amparo establecía que la jurisprudencia por reiteración se integraba cuando se sustentaba “un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos”. En la actualidad, el artículo 224 señala que

A pesar de esta adición, todavía hay otros planteamientos importantes por considerar dentro de la declaratoria general de inconstitucionalidad, destacando, entre ellos, el mecanismo de votación. Sobre este mecanismo se advierten ciertas complicaciones, porque si bien esto hace que una *declaratoria* sea una cuestión de excepción, conformar la mayoría de ocho votos a favor de la misma se convierte en un escenario complejo. Por ejemplo, conforme a la regla de votación se requiere un escenario de mayoría calificada (8 sobre 11 votos), cuestión de poca convicción democrática, pues no sólo resulta difícil de concretarse, sino que, además, limita un hecho efectivo; esto es, el efecto concreto y material de la sentencia bajo el discurso de los derechos humanos.²⁹ Esto significa que, bajo este esquema de votación, el valor instrumental de las decisiones llevadas a cabo en *sentido negativo* ensanchan la brecha de incertidumbre dentro del ordenamiento, y esto es así porque de no obtener una mayoría calificada, permanece vigente una norma de categoría sospechosa. Por tal razón, estimamos que la mayoría simple (6 sobre 5 votos) en el colegiado de ministros debería ser la regla de votación para determinar la invalidez de la norma; en otras palabras, simplificar el sistema de votación, ya que de esta manera se advierte un panorama más favorable para el funcionamiento de un mecanismo de esta naturaleza. De ahí que la Corte, para realizar un control concentrado de constitucionalidad, aún se encuentra con algunos obstáculos por superar como tribunal constitucional.

la jurisprudencia por reiteración se establece “por los tribunales colegiados de circuito cuando sustenten, por unanimidad, un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario...”.

²⁹ Para ilustrar lo anterior sirve de referencia la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), resuelta por la SCJN, mediante la cual se invalida, con efectos generales, la prohibición absoluta contenida en la Ley General de Salud, para realizar actividades relacionadas con el uso lúdico de la marihuana. En este contexto, lo que pretendemos resaltar con este fallo no es el resultado en sí, sino la dificultad para llegar al mismo. De esta manera, cabe mencionar que el uso lúdico de la marihuana, como derecho al libre desarrollo de la personalidad, era un tema que permanecía congelado en el tintero de la Corte, lo que pone de relieve la problemática en el funcionamiento de este mecanismo de control concentrado, no sólo por la temporalidad para resolver los asuntos, sino por el esquema de votación, pues como se puede advertir, en el caso concreto, el Pleno de la Corte apenas alcanzó la mayoría calificada de ocho votos para aprobar el proyecto de la ministra Norma Lucía Piña Hernández. Para contextualizar, véase Eduardo Murillo (2021).

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

En ese orden de ideas, la simplificación en el sistema de votación para la declaratoria general de inconstitucionalidad puede coadyuvar a robustecer la uniformidad y, por lo tanto, el *efecto útil* de este mecanismo. Consecuentemente, contribuye también a generar una línea de interpretación constitucional más definida; es decir, mayormente homogénea y acorde con el discurso de los derechos humanos. Para ilustrar esta premisa sirve de ejemplo la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), en la que la Corte determinó la invalidez del artículo 196 del Código Penal del Estado de Coahuila, disposición que establecía pena de prisión a la mujer que voluntariamente practicara su aborto o a quien la hiciera abortar con el consentimiento de aquélla. Esto vulneraba —bajo el discurso de los derechos humanos— el derecho de la mujer y de las personas gestantes a decidir. Por lo anterior, la SCJN estableció que criminalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo es inconstitucional. Por consiguiente, al haberse alcanzado una mayoría superior a los ocho votos requeridos, las *razones sostenidas* por la Corte sentaron un *precedente*, el cual establece la obligatoriedad de observar el carácter inconstitucional de los tipos penales que pretenden criminalizar el aborto de manera absoluta. Se generó de esta manera una línea de interpretación constitucional definida, la cual resulta vinculante para todos los jueces y órganos jurisdiccionales del país.³⁰

Ahora bien, con esto no se trata de flexibilizar la expulsión de las normas del ordenamiento; pero a nuestro juicio, tomando como baremo la reforma de junio de 2011, es una cuestión que aún no termina de definirse. Consecuentemente, es fundamental que la declaratoria general de inconstitucionalidad se consolide con un *efecto útil*, pues se requiere de un modelo de justicia constitucional que en la práctica funcione como garante de esa llamada *categoría* de derechos humanos. Esto, precisamente, implica retirar del ordenamiento aquellas normas que sean incompatibles con el sentido del texto; razón por la cual, estimamos, es necesario pulir este mecanismo concentrado de control constitucional.

No obstante lo expuesto, es preciso permanecer impasibles frente a tal circunstancia, pues la reforma aún no cuenta con indicadores suficientes para establecer algún pronunciamiento en la materia y, en consecuencia, vislumbrar cualquier resultado es entrar en una relativa imprecisión.

³⁰ Para mayor contexto, véase Natalie Kitroeff y Oscar López (2021).

C. Amparo directo en revisión

Antes de la reforma judicial, la procedencia del amparo en revisión se sustentaba en un criterio dispuesto en el artículo 107, fracción IX, de la Constitución, el cual indicaba lo siguiente:

En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, *siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia*, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras³¹ (énfasis añadido).

Al igual que otros preceptos constitucionales, como parte de la reforma judicial, fue sustituido el criterio de *importancia y trascendencia* por el de *interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos*, para determinar la procedencia del amparo directo en revisión, sin la posibilidad de interponer medio de impugnación alguno frente al desechamiento del mismo.

Ahora bien, lo novedoso de este criterio nos circunscribe necesariamente a una cuestión interpretativa, lo que implica que mientras no haya un pronunciamiento del máximo tribunal constitucional, aún es complicado definir el sentido del mismo. No obstante, jugando un poco con la teoría de la interpretación, y con base en los antecedentes del Acuerdo 9/2015, podemos especular un poco al respecto. En un primer plano es necesario identificar el problema, lo cual nos constriñe a un aspecto: el *interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos*.³²

³¹ Para abundar en lo referente a qué se entiende por *criterio de importancia y trascendencia* es ilustrativo el Acuerdo General 9/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las “Bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo”. Por su parte, resulta de enorme claridad, en lo referente al criterio mencionado, el análisis de Roberto Lara (2020), quien sostiene que dicho criterio “ha creado una auténtica frontera móvil entre la legalidad y la constitucionalidad” (2020: 121).

³² El mismo criterio se encuentra previsto en el artículo 81, fracción II, de la Ley de Amparo (reforma del 7 de junio de 2021), el cual establece la procedencia en contra de

Pero ¿qué se entiende por *interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos*? Esto en sí mismo implica todo un estudio, pero por los alcances del presente trabajo nos limitaremos a algunas consideraciones. Al parecer podemos hablar de una característica de *relevancia* en dos materias: una cuestión de constitucionalidad y otra de derechos humanos. Estos conceptos parecen coincidir, pero no necesariamente es así, ya que todo derecho humano es una cuestión de constitucionalidad, pero no toda cuestión de constitucionalidad corresponde a un derecho humano, o por lo menos no de manera directa.

Ahora bien, sobre este novedoso criterio interpretativo, estimamos que se encuentra dirigido a llamar la atención de la Corte para que se imponga sobre dicha cuestión cuando entra en escena un conflicto que, de manera excepcional —es decir, un tema de suma relevancia— en una controversia, involucre una cuestión de constitucionalidad en materia de derechos humanos. Llegamos a esta conclusión por la conjunción “o” del criterio adoptado, porque ésta tiene una inclinación mayormente inclusiva o de equivalencia, ya que los términos *constitucional* y *derechos humanos*, para efectos de la reforma, se ubican en un mismo plano jerárquico, condición que deriva de su compatibilidad axiológica; es decir, no son conceptos similares, sino que su importancia o valor radica en la igualdad de su posición dentro del ordenamiento. Por lo tanto, ambos revisten una importancia excepcional.

Un argumento en este sentido, y que sirve de parangón, puede ser el concepto de *especial trascendencia constitucional* como requisito fundamental para la admisión del amparo por parte del Tribunal Constitucional Español. En ese contexto, para la procedencia de dicha instancia el Colegiado apreciará el caso planteado, “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979, artículo 50). De lo anterior advertimos un criterio valorativo para la selección de

“las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el asunto revista *un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos*. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales sin poder comprender otras” (énfasis añadido).

casos con características muy específicas, cuyo modelo limita la cantidad de asuntos que suponen una cuestión de relevancia, o, mejor dicho, de constitucionalidad.

Pensemos, por ejemplo, en el *certiorari* norteamericano, por medio del cual la Suprema Corte de los Estados Unidos selecciona a través de un filtro de *discrecionalidad* o bolsa *certiorari* los asuntos de suma relevancia. De esta manera, la Corte estadounidense asume un “extraordinario nivel de control sobre sus propios asuntos, y le concede la facultad de definir su propio papel institucional” (Faeger-Fine, 2014: 1259 y ss.). Lo anterior alivia la carga de trabajo e incrementa la especificidad del estudio y del análisis sobre el problema en cuestión. Por consiguiente, este criterio de *interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos* toma cierto parecido con el esquema *certiorari* del *Common Law*, ya que mediante la criba de razones sustantivas se mejora la técnica de la admisión y el desechamiento de este recurso excepcional, pues se genera un filtro para el estudio y la resolución de los asuntos con nota general y trascendental, particularmente sobre los temas de derechos humanos. En otras palabras, mediante este ejercicio subyace un juicio de *relevancia sustantiva*.

Por lo tanto, esta nueva incorporación resulta de suma importancia para el derecho constitucional, porque que a través del amparo directo en revisión se ha resuelto una gran cantidad de asuntos con notable trascendencia, no sólo en el campo del derecho, sino en el ámbito social, político, económico, etcétera. Adicionalmente, a través de este criterio es posible conformar escenarios para integrar *precedentes* y *metodologías* interpretativas específicas, propiciando, además, una mejor práctica constitucional bajo su mejor luz: los derechos humanos. De igual manera, es posible romper con viejos estigmas normativos, como lo es el caso de la Contradicción de Tesis 293/2011, en cuanto al criterio restrictivo de la Corte. Finalmente, con estas incorporaciones realizadas en la reforma constitucional es posible dar mayor consistencia y coherencia al orden constitucional, en aras de revalorizar esa llamada *categoría* de derechos humanos, y, por lo tanto, al *principio pro personae*.

En resumen, ¿con la reforma hay una distensión o existe un cambio? Creo que resulta difícil sostener alguna afirmación con tanta claridad. No obstante, es posible inferir que la realidad normativa como la percibíamos anteriormente comienza a cambiar. La cuestión entonces radica en los al-

cances que la reforma llegará a tener, circunstancia que nos obliga, por el momento, a permanecer sensiblemente atentos a los vientos de barlovento.

VI. COROLARIO

A una década de la paradigmática reforma en materia de derechos humanos se han presentado distintas vicisitudes en el camino recorrido a partir de entonces, específicamente lo que a nuestro juicio interpretamos como limitaciones de carácter práctico. Por lo anterior, en el presente trabajo nos propusimos problematizar algunas de ellas, concretamente las dificultades respecto a los alcances del llamado *parámetro* frente a la Contradicción de Tesis 293/2011. Así, del estudio desarrollado logramos advertir que a pesar del avanzado marco teórico constitucional acogido en dicha reforma, ha sido, por decir lo menos, complicado llevar a la práctica los lineamientos referidos en la carta constitucional. De igual manera, después de un análisis normativo y sistemático, hemos podido confirmar, sin género de duda, que a raíz del criterio restrictivo de derechos humanos adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha perdido consistencia y coherencia en el ordenamiento constitucional, cuyo rasgo más palpable, inferimos, se advierte a través del efecto inhibitorio hacia el principio *pro personae*.

¿Pero qué razones causantes logramos ubicar respecto a esta problemática? Entre las razones primarias, como ya apuntamos anteriormente, encontramos el criterio acogido por nuestro máximo tribunal, el cual puede asociarse, sin generalizar, a aspectos interpretativos de carácter formal. Esto significa que la Corte ha asumido una condición de irrefutabilidad, es decir, una operatividad desde la lógica del formalismo judicial, la cual ha dominado nuestra cultura jurídica, pero que resulta, justamente, opuesta a las nuevas coordenadas del derecho constitucional y los derechos humanos.

Así, ante este panorama, a través del *principio de especialidad constitucional* pudimos establecer que a pesar de las condiciones normativas e interpretativas dadas, con base en las herramientas dispuestas en la estructura e ingeniería constitucional, es posible dar una última instancia protectora a los derechos humanos, reivindicando de manera indirecta a aquéllos, y formulando, a través de una dialéctica constitucional, una condición de derrotabilidad al criterio restrictivo adoptado por la Corte; se entiende,

bajo este contexto, el concepto de derrotabilidad como la capacidad constitucional de admitir excepciones. El incentivo es totalmente práctico: un reducto de aplicación que no contraste directamente con la visión protectora del texto constitucional.

No obstante, es preciso apuntar que esta herramienta se encuentra limitada por los propios candados normativos del ordenamiento. Sin embargo, alcanzar cierto grado de consistencia y coherencia a través de este principio se antoja posible.

Finalmente, los vientos de cambio, a propósito de la reforma judicial, generan distintos panoramas que motivan algunas condiciones de expectativa. De ahí que, después de un análisis sistemático, resulta posible deducir que la adición del *sistema de precedentes*, la modificación para la *declaratoria general de inconstitucionalidad*, así como la incorporación del novedoso criterio de *interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos* para la procedencia del juicio de amparo en revisión, se configuran como presupuestos de cambio, los cuales transitan en la órbita de los derechos humanos, y posibilitan acercarnos o aproximarnos a una teoría y práctica constitucional más consistente y coherente con el ordenamiento, precisamente bajo su mejor luz: los derechos humanos.

VII. FUENTES CONSULTADAS

Acuerdo General 15/2013 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. “Por el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad”. 8 de octubre de 2013.

AGUILÓ REGLA, J (2019). “En defensa del Estado constitucional de derecho”. *Doxa*. Núm. 42.

ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ASTUDILLO, C. (2014). *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 3 de mayo de 2021 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/9.pdf>.

ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. España: Trotta.

- ATIENZA, M. (2017). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ATIENZA, M. (22 de octubre de 2018). “Siete tesis sobre activismo judicial”. Blog: *La Mirada de Peitho*. Recuperado el 15 de julio de 2021 en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/10/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.html>.
- ATIENZA, M. (2019). *Comentarios e incitaciones: una defensa del postpositivismo*. España: Trotta.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991). “Sobre principios y reglas”. *Doxa*. Núm. 10.
- BERNAL PULIDO, C. (2008). “El precedente en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*. Núm. 21.
- CÁRDENAS GRACIA, J. F. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARREÓN GALLEGOS, R. G. (2012). “Derechos humanos, garantías individuales y derechos fundamentales. Problema terminológico o conceptual”. En CIENFUEGOS DELGADO, D. y FROTO MADARIAGA, G. (coords.). *Los derechos humanos en el momento actual*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- CORNELL LAW SCHOOL (s.f.). *United States vs. Carolene Products Co.* Recuperado el 24 de mayo de 2021 en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/144>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986). *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. Opinión Consultiva OC-7/86.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008). *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019). *Caso Romero Feris vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- COSSÍO DÍAZ, J. R. y LARA CHAGOYÁN, R. (2015). “Derechos humanos o jurisprudencia infalible”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 32.
- CRUZ PARCERO, J. A. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- FAEGER-FINE, T. (2014). “Writ of Certiorari (auto de avocación) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos”. Trad. de María de la Concep-

- ción Vallarta Vázquez. En MAC-GREGOR FERRER, E. *et al.* (coords.). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FAVOREAU, L. (1990). “El bloque de constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 5.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. 3a. ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA SARUBBI, D. (2017). “¿Existe un constitucionalismo transformador en México? Una reflexión a partir de las sentencias del matrimonio igualitario”. En SOTELO GUTIÉRREZ, A. (coord.). *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*. México: SCJN, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2003). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano”. En CARBONELL, M. (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”. *Isonomía*. Núm. 43.
- GUTIÉRREZ ORTIZ MENA, A. (2016). “El arraigo penal: su interpretación conforme. Una tercera vía a la disyuntiva enfrentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 3.
- HABERMAS, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. España: Taurus.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, F. (2015). “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las Constituciones de los 50 Estados”. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Núm. 2.
- KITROEFF, Natalie y LÓPEZ, Oscar (2021). “La Suprema Corte de México vota por la despenalización del aborto”. *The New York Times en Español*. Recuperado el 8 de septiembre de 2021 en <https://www.nytimes.com/es/2021/09/07/espanol/aborto-legal-mexico.html>.
- LARA CHAGOYÁN, R. (2015). *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*. 2a. ed. México: Porrúa.

- LARA CHAGOYÁN, R. (2020). “La frontera móvil entre constitucionalidad y legalidad en la procedencia del amparo directo en revisión”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 43.
- Légifrance: Le service public de la diffusion du droit (s.f.). “Jurisprudence constitutionnelle. Décision 71-44 DC-16 juillet 1971”. *Journal Officiel de La République Française*. Recuperado el 2 de junio de 2021 en <https://www.legifrance.gouv.fr/search/all>.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 50. 3 de octubre de 1979. España.
- LIFANTE VIDAL, I. (2002). “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa*. Núm. 25.
- LONDOÑO SEPULVEDA, N. R. (2007). “La obligatoriedad de los principios del derecho en el *Common Law* de los Estados Unidos”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Recuperado el 14 de mayo de 2021 en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413530003>.
- MACCORMICK, N. (1999). “Retórica y Estado de derecho”. Trad. de Isabel Lifante. *Isegoría*. Núm. 21.
- MACCORMICK, N. (2007). “La argumentación silogística: una defensa matizada”. *Doxa*. Núm. 30.
- MATA MIRANDA, A. R. (2020). “Pueblos indígenas en la construcción normativa. Consideraciones a partir de los acuerdos de San Andrés Larraínzar”. *Ciencia Jurídica*. Núm. 18.
- MONTOYA CAMARENA, R. (2019). *Interpretación de las restricciones constitucionales. Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- MORESO, J. J. (2019). “Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)”. *Revista i-Latina*. Núm. 42.
- MURILLO, E. (2021). “Aprueba Suprema Corte el uso lúdico de la marihuana”. *La Jornada*. 28 de junio. Recuperado el 30 de julio de 2021 en <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/06/28/politica/aprueba-suprema-corte-el-uso-ludico-de-la-marihuana/>.
- ORTEGA GARCÍA, R. (2015). “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- OSPINA, L. (2006). “Breve aproximación al «bloque de constitucionalidad» en Francia”. *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*. Núm. 2.
- PÁRAMO ARGUELLES, J. R. de (1988). “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 22.
- PECES-BARBA, M. G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: BOE, Universidad Carlos III.
- POZZOLO, S. (2015). “Apuntes sobre el «Neoconstitucionalismo»”. En FABRA ZAMORA, J. L. y NÚÑEZ VAQUERO, A. (coords.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. I.
- Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia (Corte Constitucional de Colombia, 1996).
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021). *SCJN invalida, con efectos generales, la prohibición absoluta contenida en la Ley General de Salud para realizar actividades relacionadas con el autoconsumo lúdico o recreativo de cannabis y THC*. 28 de junio. Recuperado de <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6495>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021). *Suprema Corte declara inconstitucional la criminalización total del aborto*. 7 de septiembre. Recuperado de <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PLENO (1992). Tesis P. C/92. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Octava Época.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PLENO (1999). Tesis P. LXXVII/99. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. X.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PLENO (2007). Tesis P. IX/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XXV.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PRIMERA SALA (2010). Tesis 1a. CIV/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XXXII.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PRIMERA SALA (2013). Tesis 1a. CII/2013. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. I.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PLENO (2014). Tesis P./J. 64/2014. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. I.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PRIMERA SALA (2015). Tesis 1a./J. 46/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. I.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PLENO (2015). Tesis P. XVI/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. I.
- UNITED STATES COURTS (s.f.). *Facts and Case Summary-Korematsu vs. U.S.* Recuperado el 24 de mayo en 2021 de <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-korematsu-v-us>.
- U.S. SUPREME COURT (1944). *Korematsu vs. United States* 23 U.S. 214.
- VÁZQUEZ, L. D. y SERRANO, S. (2011). “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. En CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.). *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ZAGREBELSKY, G. (2016). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 11a. ed. Madrid: Trotta.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El derecho a la educación en Brasil: diálogo multinivel y las amenazas internas

Right to Education in Brazil: Multilevel Dialogue and its Internal Threatens

Recepción: 27 de febrero de 2020

Aceptación: 21 de septiembre de 2021

Ana Claudia SANTANO*

RESUMEN: El derecho a la educación es reconocido como un derecho social vital al desarrollo humano. Debido a su importancia, se encuentra expresamente mencionado en los documentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como en diversas Constituciones, como es el caso de la brasileña. Además, su análisis ya consta en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, dándoles fuerza y sindicabilidad. Sin embargo, en los últimos tiempos, distintos aspectos del derecho a la educación están siendo amenazados, lo que hace que, internamente, Brasil se encuentre en una situación de desajuste con la normativa internacional. Partiendo de este contexto de la aún pendiente

ABSTRACT: *The right to education is very recognized for being one of the most important one to the social development. Due to its importance, it is expressly found in many international laws about protection of human rights, as many constitutions, like the Brazilian. Furthermore, its analysis has already been present in the Inter-American System of Human Rights jurisprudence, giving to it strength and justiciability. However, the current moment shows the right to education under attack, putting Brazil in a big challenge in front of international legal framework. From this context, this paper proposes to evaluate the concretion of the right to education through a comparison of judicial decisions from the Inter-American*

* Doctora y maestra en ciencias jurídicas y políticas, Universidad de Salamanca, España. Estancia posdoctoral en derecho público económico en la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil, y en derecho constitucional en la Universidad Externado, Colombia. Profesora de derechos humanos, derecho constitucional y electoral. Investigadora del Proyecto Magistratura y los Derechos Humanos en Brasil, coordinado por el Programa de Posgrado de la PUCPR y el Consejo Nacional de Justicia. ORCID: 0000-0002-0207-1510; anaclaudiasantano@yahoo.com.br.

concreción de estos derechos, este trabajo se propone evaluar la situación del derecho a la educación a partir de una comparación con fallos tanto en el sistema interamericano como en Brasil, verificando si hay, efectivamente, un diálogo entre cortes o si hay, por parte de Brasil, una recepción de la normativa internacional sobre el tema en el ámbito interno. El texto expone algunos casos en los que los ataques a la educación en Brasil pone al país en situación de alerta en el sistema interamericano. Como conclusiones, fue posible observar que la legislación brasileña está de acuerdo con el reglamento internacional, más allá de los estándares mínimos establecidos, aunque este diálogo normativo no está siendo capaz de proteger a este derecho de los ataques del gobierno Bolsonaro.

Palabras clave: derecho a la educación, sistema interamericano de derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Supremo Tribunal Federal.

Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court, in order to observe if there are congruencies between them or not, as well as this paper exposes some cases of attack to right to education, putting an alert sign in the Inter-American System. As conclusions, it is possible to recognize that Brazilian legislation is very aligned with the international, beyond it establish minimal standards, but this legal dialogue is not able, by itself, to protect the right to education from these attacks promoted by Bolsonaro's government.

Keywords: right to education; inter-american system of human rights; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Commission of Human Rights; Brazilian Supreme Court.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la educación en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho a la educación.* III. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación.* IV. *El derecho a la educación en la jurisprudencia del STF.* V. *Los ataques al derecho a la educación en Brasil en el gobierno Bolsonaro.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI está revelándose un desafío para la concreción de los derechos humanos. Los derechos de libertad, que aparentaban ya haber sido incluso naturalizados en algunas regiones del mundo, enfrentan dificultades ante los intentos que atacan a las democracias. Ya los derechos de igual-

dad, que a su vez carecían de mínimos niveles de realización, parecen haber sido dejados a un segundo nivel, privando a muchos ciudadanos de una existencia digna y que pudiera sacarlos de las condiciones de escasez de bienes y de oportunidades.

Contando con un sistema de protección internacional de derechos humanos, es cierto que dichas esferas de protección de estos derechos ya producen diálogos multinivel entre cortes nacionales e internacionales, que, dependiendo del país, pueden ser más o menos intensos. También es cierto que no sólo las cortes dialogan en este sentido, sino que también hay influencias entre normativas nacionales e internacionales que conforman dicho sistema de protección.

Aunque este contexto haya permitido la consolidación de muchos de los derechos que se conocen, es posible afirmar que los derechos de igualdad, aunque ampliamente reconocidos, todavía no han sido debidamente concretados, entre ellos el derecho a la educación, uno de los más importantes para la transformación social y el combate de problemas crónicos, como la pobreza y la desigualdad.

Por cierto, la propia resistencia a la concreción de los derechos sociales ya es objeto de atención de los sistemas de protección de los derechos humanos. Aunque exista cierta limitación en su eficacia, éstos no están ausentes en los tratados internacionales, lo que permite que controles y monitoreos sean realizados por las cortes internacionales volcados a una mayor protección de estos derechos sociales, que tienen un profundo poder de transformación social.

Por otro lado, también es cierto que las cortes nacionales parecen haber tomado posición en lo que se refiere a los derechos sociales. A partir de una visión de supremacía de las Constituciones, y que muchas de ellas incorporaron esos derechos en sus textos, la postura del Poder Judicial de diversos países también cambió en el sentido de una mayor rigidez en la exigencia de su concreción, forzando a los Estados a tomar actitudes y formular políticas públicas que sean eficaces para la realización de esos derechos, como el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, etcétera. Así se presenta el caso brasileño.

Sin embargo, aunque cuente con decisiones y con legislación necesarias para la protección del derecho a la educación, parece que dicho aparato no es capaz de evitar las amenazas a este derecho que ocurren en los últimos tiempos, y que terminan por dañar directamente a muchas de las conquistas que fueron alcanzadas. Esto va en sentido contrario de lo

que venía pasando en Brasil, alejándolo de los estándares mínimos establecidos por el sistema interamericano para la protección del derecho a la educación.

Ante eso, en un contexto en el que se asume como necesario el diálogo de cortes y un sistema multinivel de derechos humanos,¹ este artículo tiene como objetivo verificar si la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) está de acuerdo con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que Brasil ratificó todos los tratados en este ámbito de protección y que tiene la obligación de que los derechos sociales sean una realidad para los ciudadanos brasileños. Para esto, se optó por abordar el derecho a la educación para posibilitar dicho alineamiento. Así, en un primer momento será aportada la normativa referente al derecho a la educación en el sistema interamericano de derechos humanos en sus principales instrumentos; luego, serán expuestos algunos casos en los que fueron resueltos algunos aspectos de dicho derecho en el ámbito interamericano; después, se expondrá cómo el STF viene procediendo en casos sobre el derecho a la educación, para, luego, ser expuestas las amenazas y ataques a ese derecho, que dan una señal de alarma, y que necesitan de atención internacional. Al final, será hecha una reflexión sobre la situación brasileña ante el sistema interamericano en lo que se refiere al derecho a la educación.

El método para la elaboración de este trabajo es el estudio de casos de ambas cortes, complementado con el documental y bibliográfico en la exposición.

II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Partiendo de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), se verifica que hay varios artículos que disponen, aunque con perfil programático, sobre el listado de derechos sociales, como los artículos 22 al 26, estando el derecho a la educación evidencian-

¹ Debido a los límites de este trabajo, *cfr.* sobre estos temas: Borges, Bruno Barbosa (2018), *O controle de convencionalidade no sistema interamericano*, Río de Janeiro, Lumen Juris.

do en este último.² Por la predominancia de derechos con carácter liberal, la DUDH es muy criticada, aunque no es posible dejar de reconocer sus grandes conquistas referentes a los derechos humanos (Alves, 2021), principalmente en el establecimiento de su fuerza simbólica que debe regir la convivencia en sociedad y ante los Estados (Neves, 2003).

Sin embargo, la cuestión ideológica ya mencionada queda evidenciada en el momento de la elaboración de los pactos internacionales de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, responsables de detallar las

² “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

disposiciones de la DUDH. La separación de las materias en dos tratados fue resultado de un acuerdo diplomático, considerando, por un lado, a las potencias occidentales que insistían en el reconocimiento solamente de las libertades individuales clásicas, y que protegían a las personas en contra de los abusos e interferencias de los órganos estatales en la vida privada, y, por otro lado, a los países del bloque comunista y los jóvenes países africanos, que deseaban conferir mayor destaque a los derechos sociales y económicos, repitiendo la división ya habida con la DUDH (Comparato, 2016; 292-293). Al final, quedó declarado que los Estados tendrían por obligación la realización de programas de acción estatal de forma progresiva “hasta el máximo de recursos de que disponga”, según el artículo 2, I del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adelante, Pacto Económico).

En lo que se refiere a la Organización de los Estados Americanos, la Carta de la OEA, aprobada junto con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en 1948, es considerada un documento que establece metas a los Estados, y que proclama, genéricamente, el respeto a los derechos humanos por parte de los Estados miembros. Hay quien afirme que no existe un listado claro de derechos subjetivos en la Carta, lo que puede ser debatido.³ Sin embargo, en lo que alcanza a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), existen menciones expresas para los Estados, que están distribuidas en su texto, como el artículo 30⁴ y siguientes sobre desarrollo integral; el artículo 45,⁵ que

³ Como es la opinión del juez Humberto Antonio Sierra Porto, en su voto disidente en el caso *Lago del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017.

⁴ “Artículo 30. Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo”.

⁵ “Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida,

establece derechos sociales, como el derecho al bienestar material, al trabajo, a la previdencia social, etcétera, y el artículo 49,⁶ que trata sobre el derecho a la educación.

Cabe mencionar que, por fuerza del Parecer Consultivo sobre Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1989, §45, la Declaración es tenida como la interpretación auténtica

la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

d) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;

e) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad;

f) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad;

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e

i) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos”.

⁶ “Artículo 49. Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:

a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;

b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y

c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes”.

de los dispositivos de la Carta de la OEA, y que, pese a su adopción como declaración y no como tratado, actualmente la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA (CIDH, 1989; 35-45). Por lo tanto, analizar aisladamente la Carta de la OEA de la Declaración Americana escapa del marco hermenéutico establecido por la Corte para la interpretación de los derechos humanos en el sistema interamericano, y eso impide que se separen dichos documentos en el momento del examen de la justiciabilidad de los DESC en un caso concreto.

Siguiendo en el abordaje de los instrumentos internacionales en el ámbito interamericano, nuevamente surge la cuestión ideológica que genera conflictos cuando el tema se relaciona con los derechos sociales. Aunque en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, anterior a la DUDH, aporte disposiciones expresas sobre los DESC en sus artículos XI al XVI,⁷ reservando a la educación el artículo XII, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto

⁷ “Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de

de San José de Costa Rica, reproduce la mayor parte de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, Pacto Civil) —lo que subraya su perfil también liberal de derechos—, y se decidió en la ocasión dejar para un protocolo aparte el contenido sobre los DESC, para que se lograra la adhesión de los Estados Unidos a la Convención. Dicho protocolo con el segundo conjunto de derechos solamente sería aprobado en la Conferencia Interamericana de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 (Comparato, 2016; 380 y 381).

Sin embargo, hay una previsión muy importante en el Pacto de San José, referente a los DESC, y que no puede ser desconsiderada por los Estados que ratificaron el instrumento. Es el artículo 26, sobre el desarrollo progresivo, y que determina a los Estados partes a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Por lo tanto, aunque no exista un mayor detalle sobre dichos derechos en este documento internacional, el artículo 26 puede ser interpretado como una posibilidad de su control y monitoreo, por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la jurisprudencia construida en este sentido, como consta en los casos *Baena Ricardo vs. Panamá* (sentencia del 2 de febrero de 2001); *Albán Cornejo vs. Ecuador* (sentencia del 22 de noviembre de 2007); *Suárez Peralta vs. Ecuador* (sentencia del 21 de mayo de 2013); *Lagos del Campos vs. Perú* (sentencia del 31 de agosto de 2017); *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (sentencia del 8 de marzo de 2018); *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, (sentencia del 23 de agosto de 2018) y otros casos que han sido decididos con base en esta jurisprudencia.

Con respecto al Protocolo de San Salvador, hay muchas innovaciones si se compara con el Pacto Económico, lo que no evita críticas cuando se trata de la “sinceridad” de los Estados que se adhirieron al tratado.⁸

cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

⁸ En este sentido, Fábio Konder Comparato afirma que, en la época de su aprobación, ya predominaba en las Américas la ideología neoliberal expresada en el “Consenso de Washington”, que fue adoptada por los Estados como una guía para el fortalecimiento

Está en dicho documento la posibilidad de justiciabilidad del derecho a la educación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 13, que se garantiza a toda persona el derecho a la educación. Por medio del Protocolo, se acepta que la educación debe orientarse para el pleno desarrollo de la personalidad humana y en el sentido de su dignidad, debiendo fortalecer el respeto por los derechos humanos, por el pluralismo ideológico, por las libertades fundamentales, por la justicia y por la paz, capacitando a las personas para participar de forma efectiva de una sociedad democrática y pluralista. Además, el Protocolo establece que los Estados reconozcan que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y accesible a todos gratuitamente; la secundaria debe ser generalizada y volverse accesible a todos, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; y la enseñanza superior debe igualmente volverse accesible para todos, de acuerdo con las capacidades de cada uno, con la implantación progresiva de su gratuidad.⁹ Además, este documento también dispone, en

de la iniciativa empresarial privada en todos los campos, lo que, por consiguiente, restringía al máximo las políticas públicas de protección social. A partir de ello, el autor entiende que los países terminan por adoptar una retórica de los señores rurales de la América española del periodo colonial que, ante las ordenaciones regias que buscaban limitar su poder de explotación económica basado en el trabajo esclavo o semiesclavo, decía que “las ordenanzas d’El Rey, Nuestro Señor, se acatan, pero no se cumplen” (*cfr.* Comparato, Fábio Konder (2016), *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10a. ed., São Paulo, Saraiva, p. 388).

⁹ “Artículo 13: Derecho a la Educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

su artículo 19.6, que los derechos sindicales y a la educación pueden fundamentar la conducción del caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posterior al examen de la Comisión Interamericana.¹⁰

Por lo tanto, hay un marco jurídico que posibilita no sólo la garantía del derecho a la educación, sino que también hay una previsión que permite que casos que involucran dicho debate puedan ser tutelados tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conformando un conjunto de instrumentos importantes para su concreción (Pierre, 2005; 37-63) (Duarte, 2016; 219-257).

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Como ya se ha mencionado, la Convención Americana de Derechos Humanos establece derechos civiles y políticos, pero no es omisa sobre los DESC. Aunque de forma tímida, el artículo 26 trae la aplicación progresiva de derechos sociales, y eso tiene que ser leído en conjunto con el Protocolo de San Salvador (Piovesan, 2017; 1356-1388).

Dicha característica programática de los DESC ha llevado a la Corte Interamericana a decisiones que los analizan de forma indirecta, por medio

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes”.

¹⁰ “Artículo 19.6: 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8o. y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

de otros derechos de perfil liberal, y que están previstos en la Convención. En este sentido, la Corte viene firmando su convencimiento con la tesis de la estrecha relación entre los derechos civiles y políticos y los DESC, tal como atesta la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos. Para Piovesan, existen un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de los derechos sociales, mediante la protección de los derechos civiles, lo que confirma la idea de unidad de estos derechos (Piovesan, 2017; 1356-1388).

Así, de forma transversal, los fallos de la Corte dan un nuevo perfil al artículo 26 de la Convención, que por mucho tiempo fue considerado un dispositivo limitado a una simple expresión de objetivos programáticos y no de obligaciones legales vinculantes. Cabe subrayar que el posicionamiento de la Corte Interamericana está basado en el propio preámbulo del Protocolo de San Salvador, que afirma la interdependencia entre los derechos humanos civiles y políticos y los DESC, como ya ha sido mencionado.

También cabe destacar que, desde 1986, la Corte ya afirmaba cuál sería su postura sobre los DESC:

Los derechos económicos, sociales y culturales poseen la misma naturaleza sustancial de los derechos políticos y civiles. Todos derivan de la esencial dignidad del ser humano, todos constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de promoción, garantía y protección a nivel regional, nacional y universal (CIDH, 1986).

Sin embargo, en el mismo documento se menciona la necesidad de haber mecanismos específicos y diferenciados para la protección de dichos derechos, algo que va en una línea más formalista-positivista, característica de aquel momento.

En lo que se refiere al derecho a la educación propiamente dicho, existen algunos casos que destacan la actuación directa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, incluso antes de que hubiera algún tipo de pronunciamiento de la Corte sobre el tema.¹¹

El caso *Testigos de Jehová vs. Argentina* (CIDH, 1978) fue el primero en el que se alegó y declaró una violación del derecho a la educación. La

¹¹ Algunos análisis de casos aquí presentados fueron extraídos de Ramírez Huaroto, Beatriz y Álvarez Álvarez, Brenda Ibette (2011), *Jurisprudencia sobre el derecho a la educación en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Lima, Cladem, pp. 16 y ss.

petición fue motivada por la publicación de un decreto oficial en el que se prohibía toda actividad de la asociación religiosa Testigos de Jehová, por considerar que sus prácticas eran contrarias a las buenas costumbres y a la moral. Por ello, trescientos niños y niñas en edad escolar fueron impedidos de acceder a la escuela, siendo que a unos los expulsaron y a otros no se les permitió la inscripción en el año escolar. Ante eso, la Comisión resolvió que Argentina había violado el artículo XII de la Declaración Americana, sin, con todo, desarrollar su contenido.

En el caso *Adriana Victoria Plaza Orbe y Daniel Ernesto Plaza Orbe vs. Ecuador* (CIDH, 2009), se denunció que los autores fueron impedidos de matricularse en un colegio porque su madre y su padre presentaron quejas contra el Estado ecuatoriano por el incremento de las pensiones, y que la violación a su derecho a la educación se agravó cuando no se cumplieron las resoluciones judiciales que obtuvieron a su favor en un proceso de amparo. Así, la Comisión entendió que la situación configuraba la violación del derecho a la educación con base en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, sin detallar su contenido nuevamente.

En otros casos, la protección del derecho a la educación se realizó aún por la Comisión, pero por vía indirecta. Es el caso de *Adolescentes en custodia de la FEBEM vs. Brasil* (CIDH, 2002), en el que se consideró que había condiciones degradantes de detención de adolescentes, entre ellas la imposibilidad de acceso a programas educativos, además de tratos crueles y torturas, etcétera. En la fundamentación para la admisión de la petición, se utilizó como base el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, sin dar mayores detalles. Cabe subrayar que en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 de julio de 2006 fueron ampliadas las medidas provisionales fijadas al caso.

En el caso de *Xavier Alejandro León Vega vs. Ecuador* (CIDH, 2006), se denunció una situación en la que el autor utilizó su derecho a la objeción de conciencia, y por eso le fue negada la cédula militar que le impedía continuar sus estudios. La Comisión, otra vez, se basó en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador para posicionarse por la violación del derecho a la educación.

Otro caso fue el de las *Comunidades de Alcántara vs. Brasil* (CIDH, 2006), en el que se denunció la violación de múltiples derechos por problemas relativos a la expropiación de la propiedad de las tierras de la comunidad, entre ellos el derecho a la educación, fundamentado en el artículo XI de la Declaración Americana. Similarmente, el caso *Miembros*

de la Comunidad Indígena de Ananás y otros vs. Brasil (CIDH, 2006) siguió el mismo sentido, considerando la violación del derecho a la educación de siete niños indígenas que no asistían a las clases por temor al hostigamiento a que se veían sometidos. Aquí, la Comisión admitió la petición por la inobservancia del artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Así, en estos casos, aunque la fundamentación haya venido desde la Comisión con base en la Declaración Americana y en el Protocolo de San Salvador, el derecho a la educación estuvo listado entre las violaciones denunciadas, colaborando para la formación de un conjunto de decisiones que pudieran proveer elementos de juicio para la aplicación en otras situaciones.

Sin embargo, existen otros casos en los que el derecho a la educación era la esencia misma de la denuncia, y hay otros en los que el derecho a la educación, por estar dentro del conjunto de derechos violados, terminaron por reforzar la protección concedida a determinados grupos de personas, como los niños y adolescentes y las comunidades indígenas.¹²

En el caso *Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile* (CIDH, 2002), se petitionó con el fin de denunciar la expulsión de la autora de un centro de estudios privado por estar embarazada. Hubo acuerdo de solución amistosa en el que el Estado chileno reconoció que la expulsión por maternidad del centro de estudios era una violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada, y del derecho a la igual protección de la ley. Sin embargo, aunque el caso se vinculara con el derecho a la educación, ni la petición ni la fundamentación de la solución amistosa mencionaron dispositivos referentes a este derecho, sino otra construcción, entendiendo por la violación de la obligación general de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica), y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2o. del Pacto).

Por otro lado, en el caso *Paola del Rosario Guzmán Albarracín y familiares vs. Ecuador* (CIDH, 2002) se denunció al vicerrector de la institución de educación pública donde la autora estudiaba que, según lo relatado, se aprovechó de su posición de autoridad para acosarla y violarla, resultando en su suicidio. La admisibilidad de la petición fue con base en

¹² Para esta parte, también se utilizó el trabajo Ramírez Huaroto, Beatriz y Álvarez Álvarez, Brenda Ibetete (2011), *Jurisprudencia sobre el derecho a la educación en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Lima, Cladem, pp. 20 y ss.

el derecho a la vida (artículo 4o. del Pacto); a la integridad personal (artículo 5o.); a las garantías judiciales (artículo 8o.); a los derechos del niño (artículo 19); a la igualdad ante la ley (artículo 24), y a la protección judicial (artículo 25), junto con el artículo 1.1 del Pacto y del artículo 7o. de la Convención de Belém do Pará. No hubo, otra vez, la inclusión de dispositivos sobre el derecho a la educación propiamente dicho.

A su vez, ya sobre los casos en los que el derecho a la educación estuvo insertado en demandas analizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, produciéndose una protección indirecta y destinada a un determinado grupo de personas, existen posiciones en las que se ha hecho un análisis explícito de la educación, y que las víctimas eran niños y adolescentes en edad escolar básica. Eso va en línea de lo decidido en la Opinión Consultiva 17/02¹³ sobre las condiciones jurídicas y derechos humanos del niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el párrafo 84, la Corte entiende que

Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.

En el conjunto de niños y adolescentes entendidos como vulnerables en los términos de la Opinión Consultiva mencionada, el derecho a la educación fue abordado en el caso Villagrán Morales vs. Guatemala (CIDH, 1999), vinculándolo a las condiciones de pobreza a las que los niños estaban expuestos. La Corte se pronunció en el sentido de que los niños estaban privados de la protección estatal que les podría asegurar algún nivel de vida digna, con todo, sin mencionar a la educación. Otro factor que se conectó al derecho a la educación y que alcanzaba a los niños y adolescentes fueron las condiciones de detención que, a ejemplo del caso que involucraba a Brasil y a Casas FEBEM, terminaba por comprometer la situación de menores infractores. En el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay (CIDH, 2004), se denunciaron las condiciones inadecuadas de detención de adolescentes, consideradas contrarias a los

¹³ Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

estándares internacionales relativos a la privación de libertad de niños. Sin embargo, no se analizó una eventual violación del derecho a la educación, aunque se hayan examinado en el párrafo 134.12 las deficiencias del programa educativo del Instituto.

Otro grupo ya mencionado, y que tuvo su ámbito de protección robustecido con el derecho a la educación, fueron las comunidades indígenas y sus niños. Además de los casos Comunidades de Alcántara y Miembros de la Comunidad Indígena de Ananás *vs.* Brasil, ya comentados, se encuentran los precedentes *Yakye Axa vs. Paraguay* (CIDH, 2005) y *Sahoyamaya vs. Paraguay* (CIDH, 2006), en los que se fundamentó la violación a una vida digna por las precarias condiciones educacionales de estas localidades. Ya en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (CIDH, 2010), la Corte fue un poco más allá sobre los aspectos de la educación de niños en comunidades indígenas, señalando que, según estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar el acceso a la educación básica de forma gratuita y de su sostenibilidad. Además, dentro de comunidades como las indígenas, la educación tiene que partir desde una perspectiva etnoeducativa, es decir, la educación propiciada tiene que ser culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada. Por otro lado, aunque la Corte reconozca los avances promovidos por el Estado paraguayo, las comunidades todavía carecen de instalaciones adecuadas para la educación de los niños y de un plan para combatir la deserción escolar. Más allá de estos elementos, la Corte trae todo un raciocinio basado en el derecho de los niños, para que sea posible garantizarles una vida digna.

Más allá de estos dos grupos vulnerables que tuvieron atención por parte del sistema interamericano de derechos humanos, existe también el de niños de comunidades migrantes, que igualmente compone el conjunto de precedentes sobre el derecho a la educación, aunque no se limita a ello. Aquí se menciona el caso *Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana* (CIDH, 2005), en el que, debido a la negación de la inscripción de su nacimiento —y por ende la violación del derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica—, Violeta Bosico fue privada de ir a la escuela durante el año escolar 1998-1999. Ante esto, la Comisión entendió que hubo una violación del derecho a la educación fundamentado en el artículo XII de la Declaración Americana. La Corte relacionó el caso con la falta de acceso a la educación, acumulándolo con la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y el nombre, con base en el

artículo 19, que protege los derechos de los niños. Además, se estableció que, en los términos del artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicios para su pleno desarrollo intelectual, independientemente de su ascendencia u origen.

Se pueden también citar casos en los que las víctimas estaban expuestas a distintas situaciones de violencia, y que muchas de ellas eran jóvenes en edad estudiantil, principalmente en universidades. Así, en situaciones que involucraban violencia política, estos jóvenes sufrieron detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y/o desaparición forzada. No hay en estos precedentes un abordaje sobre el derecho a la educación. Sin embargo, se menciona la interrupción de sus proyectos de vida, de los cuales la educación forma parte. Cabe subrayar que, para la Corte, el proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone” (CIDH, 1998; 144-154).

Por lo tanto, aunque hasta el día de hoy la Corte no se haya pronunciado específicamente sobre el derecho a la educación fundamentándose exclusivamente en el Protocolo de San Salvador, la Comisión lo hizo, y, junto con los casos decididos por la Corte, ya fue posible conformar un conjunto jurisprudencial que indican los factores a ser analizados en casos que puedan afectar ese derecho. Con todo, lo que más se debate dentro del ámbito de la educación es sobre el acceso, obstado principalmente por la violación a otros derechos, como civiles y políticos, restando sus detalles, como la gratuidad o la libertad en la educación (Duarte, 2016; 254).

Aquí es importante mencionar que durante la pandemia del Covid-19, la Comisión Interamericana se preocupó con el cierre de escuelas y la privación de niñas y niños a la educación formal. A partir del trabajo de la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada al Covid-19 (SACROI-Covid19) y de la Relatoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Redesca), la Comisión publicó una guía práctica para garantizar el acceso a la educación de los niños, niñas y adolescentes durante la pandemia. En dicho documento, partiendo de la base de los estándares mínimos interamericanos de derechos humanos, hay recomendaciones para orientar las prácticas y las decisiones que los Estados afectados por la pandemia pueden tomar como políticas públicas. Con ello, se abordan temas como el acceso a la educación, las dificultades del

acompañamiento de las clases por herramientas digitales, la propia brecha digital existente, la mayor exposición de niñas y niños a la violencia, entre otros puntos muy importantes para que se garantice el derecho a la educación (CIDH, 2020).

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL STF

El orden constitucional de Brasil, como ya se ha dicho, fue generoso en sus disposiciones sobre derechos sociales. El capítulo referente al orden social permite identificar al Estado brasileño como social y democrático de derecho (Hachem, 2013; 340-399). En este conjunto de normas está el derecho a la educación en los artículos 205 a 212. En este marco, la educación es un derecho de todos y deber del Estado y de la familia, y debe ser incentivada y promocionada con la colaboración de la sociedad, objetivando el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo (artículo 205).

Como deber del Estado, el artículo 208 establece que la educación básica es obligatoria y gratuita desde los cuatro hasta los diecisiete años, y garantizada la oferta gratuita a todos los que no tengan acceso a la escolaridad en la edad apropiada. La enmienda constitucional 59 de 2009 aumentó dicha cobertura, que antes se restringía la educación formal solamente a la enseñanza primaria (fundamental), para luego abarcar la educación infantil, la primaria y la secundaria. Antes, dicho dispositivo era interpretado como programático, posición que cambió con la decisión AI 761908, entre el municipio de Criciúma y la Fiscalía del estado de Santa Catarina, oportunidad en la que los ministros del STF votaron por conferir a la decisión efectos de repercusión general (que deberá ser aplicada en todo el país), al declarar que el artículo 208, VI, era autoaplicable, para que se fijara que era deber del Estado garantizar el acceso y atendimento a guarderías y preescolar.¹⁴

Además, el artículo 208 determina la progresiva universalización de la educación secundaria gratuita; el atendimento especial de las perso-

¹⁴ AI 761908 RG/SC - SANTA CATARINA. REPERCUSSÃO GERAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 24/05/2012. Ementa: auto-aplicabilidade do artigo 208, IV, da Constituição Federal. dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

nas con deficiencia; la educación infantil en guarderías e instituciones de educación preescolar; el acceso a los niveles más elevados de la enseñanza, de la investigación científica y de la creación artística, según la capacidad de cada uno. La oferta de cursos nocturnos regulares también está prevista, así como la atención al alumno en todas las fases de la educación primaria, por medio de programas suplementarios.

Cabe subrayar que el Estado no puede negarse a la prestación del derecho a la educación, independientemente de la disponibilidad de recursos económicos, considerando que el artículo 208, §2 dispone que el no ofrecimiento de la enseñanza obligatoria por el poder público o su oferta irregular configura irresponsabilidad de la autoridad competente, al estar dicha condición reforzada en el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA, en portugués – Ley 8069/09) (Piovesan, 2017; 509).

Por lo tanto, se tiene que, en un análisis que compara las normativas interamericana y brasileña, el derecho a la educación está presente, con mecanismos de protección y estando a nivel nacional más detallado que en los tratados internacionales, lo que demuestra, al menos teóricamente, cuidado y atención en el tema, más allá del estándar mínimo fijado por los documentos internacionales de derechos humanos, la Comisión y la Corte Interamericana.

Siendo así, se hace necesario examinar la jurisprudencia del STF, referente al tema, para que sea posible identificar similitudes entre las posiciones de ambas cortes. Como recorte, se optó por exponer aquí decisiones de los últimos diez años, demostrando la actual postura del STF muy proclive hacia la plena concesión de este derecho.

En el Agravio en Recurso Extraordinario 769977, 2014, DF (ponente: min. Gilmar Mendes),¹⁵ el Distrito Federal intentó la revisión de una decisión del tribunal de origen, afirmando que no cabe al Poder Judicial imponer cambios en las políticas públicas del Estado, y que la atención a los derechos fundamentales está sujeta a la reserva de lo posible (posibilidad presupuestaria), lo que impedía atender a todos los que solicitaran

¹⁵ Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à educação. 3. Centro de educação em condições precárias. Revolvimento do acervo fático-probatório e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Súmula 279. 4. Dever constitucional do Estado. Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

el acceso a la educación, como era el caso de la demanda. El recurso no fue concedido por el ponente, por entender que la decisión del tribunal de origen estaba de acuerdo con la jurisprudencia adoptada por el STF, y que razones de orden económico no pueden ser pretextos para la violación de dispositivos constitucionales, aún más los referentes al derecho a la educación, de alta prioridad. No hubo fundamentación con base en tratados internacionales de derechos humanos; solamente se utilizó el texto constitucional.

A su vez, en el Recurso Extraordinario 1.076.911, 2017, DF (ponente: min. Celso de Mello),¹⁶ se solicitaba una vacante en una guardería para un niño de hasta cinco años, que estaba privado del acceso justamente debido a la insuficiencia de vacantes para todos los niños del municipio. Amparándose en la falta de recursos y en la organización de las vacantes por medio de un listado “de espera” que fija el orden de niños que van a ser matriculados, el Distrito Federal le negó el acceso a una guardería, violando el artículo 208, IV, de la Constitución, que determina expresamente el acceso a las guarderías a los niños de hasta cinco años. En su fallo, el ponente entendió como inexcusable el deber del Estado en garantizar el acceso a la guardería, y que ninguna razón, ni siquiera de orden económico, podría tener el efecto de evadirse de este deber. Además, el ponente afirmó que es deber del Estado formular políticas públicas eficaces que puedan ser suficientes para satisfacer la demanda por los servicios públicos, siendo la educación una prioridad absoluta y automática. En su fundamentación, el ponente no utilizó la normativa interamericana, y solamente se basó en el texto constitucional brasileño.

En esta línea, consta el caso del Agravio en Recurso Extraordinario 1206678, 2019, MG (ponente: min. Edson Fachin),¹⁷ en el que el munici-

¹⁶ Ementa: Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche municipal. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (*cf.* artículo 208, iv, na redação dada pela ec núm. 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (*cf.* artículo 211, §2). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. Recurso extraordinário provido.

¹⁷ Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E ENSINO FUNDAMENTAL. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. CRIANÇA E ADOLESCENTE. ABSOLUTA PRIORIDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ORDEM EDUCACIONAL. OMISSÃO DA ADMI-

pio de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, intentó la revisión de la decisión del tribunal de origen, que determinó que el municipio adoptara todas las medidas necesarias para garantizar el transporte escolar para alumnos de la red pública de educación. En la misma dirección de las decisiones expuestas anteriormente, el ponente no aceptó las razones de perfil económico que el municipio afirmó para el incumplimiento del deber de prestación del derecho a la educación. Se reafirmó la obligación estatal en el desarrollo de políticas públicas que sean eficientes y que garanticen a todos los niños condiciones para acceder y permanecer en las escuelas hasta que concluyan sus estudios. No hay mención a la normativa internacional sobre el tema.

Por otro lado, se debatió la libertad en la práctica de la educación y de la cátedra en la Medida Cautelar en Acción de Declaración de Inconstitucionalidad 5537, 2017 (ponente: min. Roberto Barroso) movida en contra del estado de Alagoas por la Confederación Nacional de los Trabajadores en Establecimientos de Educación. Se objetivó la declaración de inconstitucionalidad de la ley estadual que impuso una “neutralidad ideológica y política” en la práctica de la educación, permitiendo una interferencia externa tanto de otras esferas como de los padres de los niños sobre el trabajo de los profesores. Este es un tema que está en la agenda pública, y que atiende por el proyecto “Escuela sin partido”, que tiene como objetivo “impedir el adoctrinamiento de jóvenes y de niños” hacia ideologías que van en contra de los intereses de los padres, de la moral, de las costumbres y de las religiones.¹⁸ En la fundamentación para la concesión de la medida provisional positiva de inconstitucionalidad, el ponente utilizó toda la normativa internacional sobre el derecho a la educación, mencionando el artículo 13 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por el Decreto 591/1992), y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador (ratificado por el Decreto 3.321/1999) para

NISTRAÇÃO MUNICIPAL EM CUMPRIR PRESTAÇÃO POSITIVA IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO. CONTROLE JUDICIAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

¹⁸ Por los límites de este ensayo, no es posible explicar en detalles este tema, que viene causando muchos problemas desde el punto de vista de la educación en los últimos años. Así, se recomienda la lectura de Miguel, Luiz Felipe (2016), “Da «doutrinação marxista» à «ideologia de gênero» – Escola Sem Partido e as leis da mordça no parlamento brasileiro”. *Direito e Praxis*, Río de Janeiro, v. 07, núm. 15, pp. 590-621; Macedo, Elizabeth (2017), “As demandas conservadoras do movimento escola sem partido e a base nacional curricular comum”. *Educação e Sociedade*, v. 38, núm. 139, pp. 507-524.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN: 2448-4881

demostrar que el derecho a la educación debe objetivar el pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto por los derechos humanos y por las libertades fundamentales. A partir de eso, el ponente hizo una lectura conjunta de estos textos normativos con la Constitución de 1988, posicionándose contra cualquier intervención en la educación que no fuera para cumplir con lo previsto en todo este grupo de normas.

El tema del control del contenido que está siendo transmitido por los profesores regresó a la Corte en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental 461, Paraná, 2017 (ponente: min. Roberto Barroso),¹⁹ caso en el que una ley municipal prohibió la enseñanza sobre género y orientación sexual, así como la utilización de estos términos y expresiones en las escuelas. El ponente se basó en la necesidad del pluralismo de ideas y en la necesidad del desarrollo de la personalidad humana por medio de la educación del mismo modo que en el precedente anteriormente expuesto. Él optó por hacer una lectura conjunta de la Constitución de 1988 y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que asimismo determinan que la educación debe ser una forma de fomento del respeto hacia los derechos humanos, la tolerancia y la pluralidad. El ponente concedió una medida provisional de suspensión de la ley municipal que trae la prohibición.

Estos cinco casos permiten algunas conclusiones que, sin la pretensión de agotar el tema, son solamente aproximaciones que requieren posterior investigación: *i*) se verifica una postura garantista del STF en lo que se refiere al derecho a la educación, elevándolo al máximo ante el deber del Estado de asegurarlo; *ii*) aunque no se observe en todos los casos aquí aportados la utilización en la fundamentación de la normativa internacional sobre el derecho a la educación, el marco constitucional brasileño parece, desde el punto de vista jurídico, ser un conjunto de normas que tienen la capacidad de cumplir con lo fijado en los tratados internacionales, ofreciendo mecanismos efectivos de protección de este derecho; *iii*) razones económicas no pueden ser utilizadas como excusa para que el Estado no cumpla con su deber de concretar el derecho a la educación, debiendo las administraciones públicas, formular políticas públicas efectivas que obje-

¹⁹ Ementa: DIREITO À EDUCAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI MUNICIPAL QUE VEDA O ENSINO SOBRE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL, BEM COMO A UTILIZAÇÃO DESSES TERMOS NAS ESCOLAS. DEFERIMENTO DA LIMINAR.

tiven la concesión del acceso a la enseñanza y la permanencia de niños y adolescentes en las escuelas; *iv*) aunque en la Comisión y en la Corte Interamericanas debatan más a menudo el acceso a la educación, parece que en Brasil, el enfoque ha cambiado, pasando del acceso al contenido de la educación ofrecida, la libertad de cátedra y el respeto por la pluralidad y las diferencias, dentro de una concepción de educación para los derechos humanos; *v*) se nota una consonancia de ideas entre la Corte Interamericana y el STF, aunque no sean todos sus miembros los que utilizan la normativa internacional, algo que puede cambiar en los próximos años con la entrada de nuevos jueces eventualmente más adherentes a un diálogo entre cortes y a un sistema multinivel de derechos humanos; *vi*) la interpretación sobre los tratados internacionales de derechos humanos aplicada por el STF no tiene impactos sobre el derecho a la educación, considerando que las disposiciones constitucionales conforman un conjunto garantista, y que atiende a la normativa internacional.

V. LOS ATAQUES AL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN BRASIL EN EL GOBIERNO BOLSONARO

Desde las elecciones de 2018, se observan en Brasil muchos movimientos políticos que buscan retroceder en diversos derechos que supuestamente van en contra de la agenda conservadora que se estableció tanto en el gobierno como en otras esferas de la sociedad. Temas como religión (centrado en el evangelismo fundamentalista), familia (a partir de una lectura muy conservadora) y el ultraliberalismo económico son defendidos por las principales autoridades del país, siendo que, después de tres años del inicio del gobierno Bolsonaro, ya se logró ocupar distintos cargos importantes para que exista una red de imposición de esta agenda, conformando lo que algunos autores y autoras llaman de “erosión democrática” provocada por movimientos de extrema derecha (Solano, 2019; 307-321).

La agenda de privatización de diversos sectores de la educación a partir de la disminución gradual del presupuesto público de las universidades públicas, hasta el punto en que no haya recursos suficientes como para mantener sus actividades (Chaves, 2020); la militarización de escuelas primarias y secundarias públicas como forma de “aumentar la calidad de la educación” (Pinheiro, 2019; 667); el favorecimiento de empresarios de grandes conglomerados educacionales (Souza, 2020; 421-229) y de líderes religiosos para

la destinación de recursos públicos del Ministerio de Educación (O Globo, 2022) y la facilitación de aperturas de cursos superiores a distancia (Malanchen, 2020) —algo que la pandemia abrió un espacio aún más amplio— provocó un proceso de fuerte depreciación de la educación brasileña como estructura. Sin embargo, todos estos eventos fueron resultado de la decisión del Poder Ejecutivo Federal (y, en algunos casos, de algunos estatales que apoyan al gobierno federal), lo que, hasta el momento, no dio la oportunidad de control por parte del STF.

Por otro lado, la agenda de la teocratización de la educación brasileña acompaña a la moral, que, como ocurre con el movimiento ya mencionado “Escuela sin Partido”, busca incidir sobre los contenidos que son transmitidos por los profesores a los alumnos, principalmente en el sentido de no abordar temas como género. Algunos de estos casos ya fueron tratados por el STF y expuestos en este trabajo, lo que hace que sea necesaria solamente la complementación sobre la demanda que abordó la enseñanza de religiones en escuelas públicas, decidida antes de la actual situación de la educación en Brasil, en 2017. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4439, la Corte se pronunció en el sentido de permitir la educación confesional en las escuelas públicas, aunque con inscripción facultativa e igualdad de condiciones para que todas las religiones sean ofertadas. Las críticas a dicha decisión parten desde la poca posibilidad y probabilidad de que exista una educación religiosa pluralista, siendo que movimientos evangélicos y católicos prevalecen en la sociedad, hasta la represión a las demás religiones (Lourenco, 2017).

A su vez, la agenda política que afecta a la educación brasileña, aunque también conectada con el movimiento ya mencionado del “Escuela sin Partido”, viene permitiendo la violación de la libertad académica, con la persecución criminal de profesores críticos al gobierno Bolsonaro, estrategia ésta que cuenta con el apoyo de la Fiscalía General de la República para demandar aquellos que hacen críticas públicas, así como del ministro Kássio Nunes, nombrado para el STF por el presidente. En este caso, la Corte, como institución, deja su condición de guardia de los derechos fundamentales para ser parte de su violación, aunque el procedimiento esté siendo direccionado por solamente uno de sus miembros.²⁰

²⁰ En este caso, el fiscal general de la República, Augusto Aras, nombrado por el presidente Bolsonaro por su alineamiento político, recibió un pedido formal de apertura de demanda criminal en contra del profesor Conrado Hubner Mendes, sobre un artículo que publicó en un periódico de gran circulación en el que se critica al ministro del STF,

Además, los frentes de ataque a la educación vía agenda política buscan intervenir en la autonomía universitaria, como la elección de los rectores, el nombramiento de personas de acuerdo con las políticas de gobierno para cargos importantes como el Ministerio de Educación y la Agencia de Fomento a la Ciencia e Investigación (en su sigla en portugués, CAPES), quienes también son religiosos y conservadores, y que, en algunos casos, tienen graves problemas en sus hojas de vida, como títulos inexistentes y acusaciones de plagio en sus trabajos académicos (Franco, 2020; 134-155).

Sobre el tema de la elección de rectores, el STF no consideró las intervenciones del presidente de la República como un acto que afecte a la autonomía universitaria, conforme el fallo en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF, en portugués) 759 (STF, 2021). Sin embargo, se hace necesario aclarar que los nombres elegidos por la comunidad universitaria no siempre son los que prevalecen para el presidente Bolsonaro, que busca nombrar solamente a personas que se identifican con su postura e ideología política, provocando, muchas veces, el irrespeto a la decisión tomada en votación por la respectiva comunidad universitaria.

Sobre el nombramiento de personas conservadoras y religiosas para los altos cargos referentes a la educación en Brasil, uno de los episodios que deben estar aquí expuestos se refiere a una comunicación oficial del Ministerio de Educación en febrero de 2021, que, por medio de la Red de Institutos Federales de Educación Superior, su representante, el señor Eduardo Gomes Salgado, notificó a todas las universidades públicas sobre acciones para “prevenir y punir actos político-partidistas dentro del ámbito de las universidades federales”.²¹ El acto configura claramente una viola-

Kássio Nunes, por una decisión monocrática muy polémica para abrir iglesias durante la pandemia en la Pascua. Además, el propio fiscal general ya había iniciado otra demanda criminal en contra del mismo profesor Hubner Mendes debido a otro artículo de opinión, con críticas sobre su postura de defender al presidente aun cuando éste comete delitos de responsabilidad y ataca a las instituciones. El fiscal general también denunció al profesor Hubner Mendes al Consejo de Ética de la Universidad de São Paulo – USP. *Cfr.* para el pedido de apertura de demanda criminal, <<https://www.conjur.com.br/dl/pedido-nunes-marques.pdf>> Acceso el 30 jul. 2021; y para la demanda criminal del fiscal general, *cfr.* Jota, “Aras processa criminalmente professor da USP por críticas à sua atuação como PGR”, disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/contrado-hubner-mendes-aras-20052021>, acceso el 30 jul. 2021.

²¹ Para acceder al documento oficial del Ministerio de Educación, *cfr.* https://sei.mec.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verifica

ción de la autonomía universitaria (Silva, 2021) y persecución política de los dirigentes universitarios, confrontando el fallo del STF en la ADPF 548 (ponente min. Cármen Lúcia), en el que se afirmó la necesidad de garantizar la libre manifestación de ideas y de pensamiento en el ambiente universitario.²²

Cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos subraya la importancia del derecho a la educación a partir de enunciaciones sobre los principios para la libertad académica y la autonomía universitaria en América Latina (CIDH, 2019).

Ante esto, en lugar de realizar la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como determina la normativa interamericana de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay un claro retroceso en estos temas en Brasil que, pese a su desarrollado ordenamiento jurídico y en línea con los tratados internacionales de derechos humanos, no se encuentra capaz de frenar, institucionalmente, tantos ataques que se producen desde el gobierno Bolsonaro. Ya no es más el caso de garantizar el acceso al derecho a la educación, sino más bien de regresar a una situación de normalidad democrática, que va mucho más allá del reconocimiento de este derecho para todas y todos.

Con ello, Brasil se suma al listado de países en que los gobiernos son identificados como democracias erosionadas o deficientes, como Hungría, Turquía, Pakistán y Venezuela, que tienen como blanco a las universidades públicas por saber de su poder de transformación social (Democracy Matrix).

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la educación es una de las luchas que más mueven a los defensores de los derechos humanos, justamente por ser algo que pue-

dor=2483908&codigo_crc=4F00C798&hash_download=23b67904b22412be46676c-de3702ed5f3fafc51e0ce352507c1debe68566570d2782ddb77939184a5604e559a01c-0fc80bd9570f8dfc92b4b745130031071ae5&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0.

²² Cfr. Informaciones sobre el caso: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>, acceso el 30 jul. 2021.

de, efectivamente, cambiar el *statu quo*, la desigualdad y el subdesarrollo que todavía prevalecen en muchos países.

Para terminar, en este artículo fue posible analizar cómo los documentos internacionales trabajan con el derecho a la educación de forma plural; es decir, buscan apoyar la educación para los derechos humanos a partir de un modelo que liberte a los ciudadanos y que, además, les haga ejercer su ciudadanía de una manera plena y transformadora. Los Estados, por supuesto, tienen conciencia de eso, pues aceptan las reglas al adherirse a los tratados.

Luego, se analizó la jurisprudencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, que, pese a la ausencia de casos directamente analizados por la Corte con base en el Protocolo de San Salvador (instrumento específico para los derechos sociales en el ámbito interamericano), siguen construyendo un conjunto de decisiones que, directa o indirectamente, protegen el derecho a la educación en su acceso. No se verifican, sin embargo, casos sobre otros aspectos del tema, mucho más porque, probablemente, el acceso todavía no es un obstáculo superado, sino que, más bien, se espera vencer esta etapa para que luego los demás elementos de la educación sean debatidos.

Después, y haciendo el enfoque en Brasil, y al analizar algunos fallos del STF, se pudo verificar que el marco constitucional del derecho a la educación es garantista y se encuentra de acuerdo con la normativa internacional. Además, las decisiones tratan tanto sobre el acceso a la educación como también condiciones de permanencia de niños y jóvenes en las escuelas, así como sobre los intentos de grupos conservadores en intervenir en la educación pública en su contenido, bajo el pretexto de “volver neutral” lo que se enseña.

Sin embargo, en los últimos años se presencia un grave retroceso en lo que se refiere a distintos aspectos del derecho a la educación, y que sobrepasa el tema de su acceso. Puntos como la libertad de cátedra y la autonomía universitaria están siendo atacados por políticas directas del gobierno Bolsonaro, incluso con algunos fallos del STF que no parecen suficientes como para frenar este proceso. Esto aleja a Brasil de la normativa interamericana y de las orientaciones de la Comisión y la Corte interamericanas. Lamentablemente, Brasil se encuentra en desajuste con la defensa y garantía del derecho a la educación.

VII. REFERENCIAS

- ALVES, J. L. Lindgren (2019). *A Declaração dos direitos humanos na pós-modernidade*. Disponible em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_declaracao_dos_direitos_humanos_na_pos-modernidade.pdf.
- BORGES, Bruno Barbosa (2018). *O controle de convencionalidade no sistema interamericano*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (2000). *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997). As Primeiras Cinco Décadas*. 2a. ed. Brasília: Universidade de Brasília.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (2003). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. III. Porto Alegre: Fabris Ed.
- CARVALHO, Feliciano de (2015). “Teoria do bloco de constitucionalidade”. Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPPB. Florianópolis.
- CARVALHO, Feliciano (2013). “A natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos: análise da supralegalidade e da inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro”. Anais do XXII encontro nacional do CONPEDI.
- CHAVES, Andréa Bittencourt Pires y ALMEIDA, Leandro José Souza de (2020). “Reactionary Politics: Education and Inequality in Brazil”. *Research, Society and Development* [s. l.]. 9 (8).
- CIDH (2009), Informe núm. 17/09. Admisibilidad. Petición 461-04. Adriana Victoria Plaza Orbe y Daniel Ernesto Plaza Orbe vs. Ecuador.
- CIDH (2006), Informe núm. 22/06. Admisibilidad. Petición 278-02. Xavier Alejandro León Vega vs. Ecuador.
- CIDH (2002), Informe núm. 32/02. Solución amistosa. Petición 12.046, Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile.
- CIDH (2002), Informe núm. 39/02. Admisibilidad. Petición 12.328. Adolescentes en custodia de la Fundación de Bienestar del Menor (FEBEM) vs. Brasil.
- CIDH (2008), Informe núm. 76/08. Admisibilidad. Petición 1055-06, Paola del Rosario Guzmán Albarracín y familiares vs. Ecuador.
- CIDH (2006), Informe núm. 80/06. Admisibilidad. Petición 62-02. Miembros de la Comunidad Indígena de Ananás y otros vs. Brasil.

- CIDH (2006), Informe núm. 82/06. Admisibilidad. Petición 555-01. Comunidades de Alcántara vs. Brasil.
- CIDH (1978), Informe. Fondo. Caso 2137. Testigos de Jehová vs. Argentina.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). ¿Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia de Covid-19? Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/301A.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019. III informe anual de la relatoría especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Redesca). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019REDESCA-es.pdf>.
- COMPARATO, Fábio Konder (2016). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10a. ed. São Paulo: Saraiva.
- CORTE IDH (2004). Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 112.
- CORTE IDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párrafos 177-178.
- CORTE IDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 214, párrafos 209-213 y 217, 257-259, 261-264.
- CORTE IDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo reparaciones y costas, serie C, núm. 125, párrafos 165, 167 y 176.
- CORTE IDH (2005). Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 130.
- CORTE IDH (1999). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. fondo, serie C, núm. 63.
- CORTE IDH (1998). Caso Loayza Tamayo vs. Perú, reparaciones y costas, serie C, núm. 42, párrafos 144-154.
- CORTE IDH (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986). *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1986. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1986.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989). Parecer Consultivo PC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el contexto del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A., n. 10, par. 35-45.
- DA SILVA VELLOSO, Carlos Mario (2004). “Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Informação Legislativa*. 41 (162).
- DEMOCRACY Matrix (2020). Ranking of Countries by Quality of Democracy. Disponible en: <https://www.democracymatrix.com/ranking>.
- DUARTE, Clarice Seixas y GOTTI, Alessandra (2016). “A educação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos”. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. 11 (1).
- FRANCO, Clarissa de; MARANHÃO F.; Eduardo MEINBERG DE ALBUQUERQUE (2020). “Um Estado «terrivelmente cristão» e privatizador: a opressão à educação em direitos humanos no governo Bolsonaro”. *Estudos Teológicos*. 60 (1).
- HACHEM, Daniel Wunder (2013). “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”. Curitiba. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. 13 (13).
- JOTA (2021). “Aras processa criminalmente professor da USP por críticas à sua atuação como PGR”. Disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/conrado-hubner-mendes-aras-20052021>.
- LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe (2017). “O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidadade estatal e autonomia individual”. *Revista de Investigações Constitucionais*. 4 (3).
- MACEDO, Elizabeth (2017). “As demandas conservadoras do movimento escola sem partido e a base nacional curricular comum”. *Educação e Sociedade*. 38 (139).

- MALANCHEN, Julia (2020). “Oportunismo do capital e a precarização da educação pública via ead: análise a partir da pedagogia histórico-crítica”. *Revista Pedagogia, Cotidiano e Ressignificado*. 1 (4).
- MIGUEL, Luiz Felipe (2016). “Da «doutrinação marxista» à «ideologia de gênero»—Escola Sem Partido e as leis da mordaza no parlamento brasileiro”. Río de Janeiro. *Direito e Praxis*. 7 (15).
- NEVES, Marcelo (2003). “A força simbólica dos direitos humanos”. Belo Horizonte. *Revista Brasileira de Direito Público*. 3. a. 1 Out./Dez. Disponible en: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12542>.
- O Globo (2022). *Entenda o escândalo que culminou na saída de Milton Ribeiro do MEC*. Disponible en: <https://oglobo.globo.com/politica/entenda-escandalo-que-culminou-na-saida-de-milton-ribeiro-do-mec-1-25452279>.
- PIERRE CLAUDE, Richard (2005), “Direito à educação e educação para os direitos humanos”. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2 (2).
- PINHEIRO, Daniel Calbino y PEREIRA, Rafael Diogo; SABINO, Geruza de Fátima Tomé (2019). “Militarização das escolas e a narrativa da qualidade da educação”. *RBPAAE*. 35 (3).
- PIOVESAN, Flávia (2006). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva.
- PIOVESAN, Flávia (2017). “Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios”. Río de Janeiro. *Direito & Praxis*, 8 (2).
- PIOVESAN, Flávia y PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueti (2017). “Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno”. En PIOVESAN, Flávia, *Temas de direitos humanos*. 10a. ed. São Paulo: Saraiva.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Brenda Ibette (2011). *Jurisprudencia sobre el derecho a la educación en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Lima: CLADEM.
- SILVA, Leandro Madureira y TORELLY, Rodrigo Peres (2021). “A inconstitucional perseguição aos professores de universidades públicas por manifestações políticas”. *Migalhas*. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br>.

com.br/depeso/341283/a-perseguiçao-aos-professores-de-universidades-publicas.

SOLANO, Esther (2019). “A bolsonarização do Brasil”. *Democracia em risco? 22 Ensaio sobre o Brasil de hoje*, Río de Janeiro: Companhia das Letras.

SOUZA, Thaís Godoi de y MOREIRA, Jani Alves da Silva (2020). “Políticas de privatização na educação pública e a atuação de grupos educacionais privados”. *Revista Práxis Educacional*. 16 (39).

STF (2012). AI 761908 RG/SC-Santa Catarina. Repercussão geral no agravo de instrumento, relator(a), min. Luiz Fux.

STF (2021). STF mantém legislação para escolha de reitores das universidades federais. Disponible en: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460235&ori=1>.

VALIM, Rafael (2011). “Apontamentos sobre os direitos sociais”. En MALLEIROS, Antônio Carlos *et al.* (coords.). *Direitos humanos. Desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La justicia indígena como resignificadora de los derechos humanos en el sistema de justicia penal de México

Indigenous Justice as a Resignifier of Human Rights in the Mexican Criminal Justice System

Recepción: 2 de junio de 2021

Aceptación: 3 de agosto de 2021

Juliana VIVAR VERA*

RESUMEN: Se realiza un análisis constructivo del sistema de justicia penal mexicano en los pueblos indígenas para una justicia penal pluricultural. El objetivo es proponer una justicia penal con identidad mexicana que resignifique los derechos humanos de las personas indígenas en el sistema penal desde una postura de medida decolonial y comprensión del concepto de dignidad humana con protagonismo originario de la cultura y costumbre para entender el delito, el daño y la solución. Para lograrlo, se analiza la incompatibilidad del sistema penal con la cosmovisión indígena y se le muestra como herramienta discriminatoria y de violencia que victimiza a las personas indígenas. Se concluye destacando elementos materiales originarios como medida inclusiva y de fortalecimiento a la justicia penal mexicana.

ABSTRACT: Constructive analysis of the mexican criminal justice system is carried out in indigenous peoples for a pluricultural criminal justice. The objective is to propose a criminal justice system with a Mexican identity that redefines the human rights of indigenous people in the penal system from a position of decolonial measure and understanding of the concept of human dignity with a leading role originating in culture and custom to understand crime, damage and solution. To achieve this, the incompatibility of the penal system with the indigenous worldview is analyzed and it is shown as a discriminatory and violent tool that victimizes indigenous people. It concludes by highlighting original material elements as an inclusive measure and to strengthen the mexican criminal justice.

* Doctora en derecho, maestra en derecho, maestra en ciencias penales y licenciada en derecho. Profesora de planta en el Tecnológico de Monterrey, Puebla, México. ORCID: 0000-0002-8759-9938; jvivarv@tec.mx.

Palabras clave: acceso a la justicia penal, derechos humanos indígenas, identidad nacional, justicia penal indígena. **Keywords:** *access to criminal justice, Indigenous human rights, National identity, Indigenous criminal justice.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La imposición de una justicia penal indígena como significado de lo ajeno.* III. *El sistema de justicia penal y el sacrificio del homo necans.* IV. *Resignificación de los derechos humanos en la justicia penal.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública del 18 de junio de 2008 contempló un marco de justicia penal indígena con control estatal diferenciado por delitos graves y no graves; en el primer caso prevé elementos aditivos como la autoidentificación o autoadscripción, así como contar con traductor o intérprete; en el segundo caso faculta a las autoridades tradicionales a resolver conflictos con usos y costumbres bajo vigilancia estatal. Este contexto responde a un marco jurídico internacional de derechos humanos para pueblos indígenas¹ y a un reconocimiento nacional contemplados principalmente en los artículos 1o. y 2o. constitucionales como ejes rectores de la garantía de derechos con enfoque especializado que dan pauta a una nación pluricultural.

La concepción occidental de derechos y estructura del sistema penal no coincide con la cosmovisión indígena, y por eso la adaptación procesal y el juzgamiento por autoridades tradicionales se muestra insuficiente por la complejidad de trasladar a la práctica lo escrito en la ley, desde la comprensión de las descripciones legales de las conductas delictivas, la imposición de espacios físicos y la restricción de resolución de conflictos que contravienen su derecho consuetudinario. La intervención de la autoridad estatal en uno y otro proceso está presente, pero es ajena a la cultura y a las costumbres; por lo tanto, los derechos de acceso a la justicia, al debido

¹ Entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, entre otros instrumentos legales.

proceso y a la libre determinación no se garantizan. De forma estructural, las comunidades indígenas son reconocidas como un sector vulnerable y marginado de la sociedad que ofrece condiciones para que sus integrantes sean estereotipados como inferiores y, por lo tanto, victimizados.²

La narrativa proteccionista de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas en la justicia penal es insuficiente tanto para el reconocimiento de una nación pluricultural como para el respeto a la dignidad individual de las personas indígenas a partir del derecho a la identidad comunal diferenciada a que se refiere el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que revela el significado pasivo que la persona indígena otorga a los derechos humanos, como el de Juan Gómez García, representante del Consejo de Ancianos en San Juan Cancuc, Chiapas, sobre los derechos humanos:

Los derechos humanos son los que ven los problemas de la gente, que velan porque se arreglen bien los problemas, que no sean inventados los delitos con los que se le acusa a la gente; por ejemplo, si me llegaran a acusar, los derechos humanos tienen que ayudarme para que no se me aplique tan elevada la multa y no me manden muchos años a la cárcel (López, 2015: 168).

Por ello, aunado a la obligación garantista y proteccionista que revierte la situación de vulnerabilidad y equilibrio de forma igualitaria la posición de las personas indígenas en la justicia penal, resulta necesaria una visión decolonial mesurada, es decir, respetando las concepciones originarias y coloniales con que históricamente se han formado costumbres para la cotidianidad, que empodere la cultura ancestral y su interpretación penal como valor de justicia con identidad nacional igualitaria en esencia y diversa en la individualidad y en la regionalización de la comunidad; esa que actualmente en día se ve mermada por la violencia y que el sistema de justicia penal adoptado en México y adaptado a las comunidades indígenas se observa ajeno e insuficiente.

El objetivo de la presente investigación es proponer un panorama de resignificación de la justicia penal en México a partir del análisis crítico de la concepción de adaptación de los derechos humanos a la justicia

² El Programa Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024 reconoce la marginación social de los pueblos indígenas. La victimización por el Estado se observa en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

penal indígena. En un primer momento se analizarán algunos elementos impuestos por el Estado a la justicia penal indígena: la conducta delictiva, los espacios de juzgamiento y los elementos aditivos de enfoque indígena. El siguiente punto explica la función de violencia latente del Estado, donde la idea sacrificial se transforma en la idea discriminatoria de raza, y utiliza al sistema penal como herramienta contra las personas indígenas, contraria a la función declarada de garantía de derechos. El último tema integra la comprensión de los puntos anteriores con la finalidad de proponer una resignificación de los derechos humanos en la hoy justicia penal globalizada, formal y técnica, a una justicia simple y efectiva, como evidencia de un país pluricultural, respetuoso y participativo de la diversidad histórica, esto con fundamento en lo decolonial y en el concepto de dignidad, destacando tres elementos generales pero esenciales que se proponen repensar: la función punitiva, el reconocimiento de la autoridad y la rigidez legal. Se concluye afirmando un sentido reconstructor y transformador para una justicia penal pluricultural con identidad nacional que reconozca, respete y comparta la diferencia individual y comunal.

II. LA IMPOSICIÓN DE UNA JUSTICIA PENAL INDÍGENA COMO SIGNIFICADO DE LO AJENO

Con la reforma constitucional en materia penal del 18 de junio de 2008 (Secretaría de Gobernación, 2008), el gobierno mexicano adaptó el sistema penal al sector indígena para garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso y la libre determinación. Los artículos 9o. y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales describen la inserción de la justicia penal en las comunidades indígenas conforme al respeto de usos y costumbres, características económicas, sociales y culturales, dando preferencia a sanciones distintas a la prisión. Fue así como el Código Nacional de Procedimientos Penales definió en su artículo 420 un capítulo especial y general que atendiera al caso de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena, o bienes personales de alguno de sus miembros, y deja abierta la opción de legislar por las entidades federativas, la justicia penal y a los grupos indígenas, una mínima parte de autonomía para la resolución de conflictos. Así, 27 de 32 entidades federativas cuentan con una ley especializada en derechos indígenas que fundamenta la identidad como

criterio de pertenencia y aplicación de dichas leyes, sistemas normativos y autoridades (Gamboa y Valdés, 2018: 14 y ss.).

Sin embargo, contrario a la protección penal que la legislación ofrece, se han identificado problemáticas de la administración de justicia que resultan en violación de derechos humanos, colectivos y procesales (Alonso, 2018: 24 y ss.). La planeación de un sistema penal “adaptado” constituye no sólo la discriminación al grupo que se pretende implementar, sino una imposición hegemónica de control formal por parte del Estado que resulta en una interpretación de la realidad de forma incompleta y/o equivocada.

1. *Significado de delito: la magnitud del daño*

La inconsistencia adaptativa penal inicia desde la conducta delictiva motivo del proceso penal. El derecho penal objetivo señala al delito como una construcción jurídica que tiene como origen una situación de conflicto en la realidad social que el Estado pretende evitar a través de la creación de la ley penal y que “tipifica” al delito, creándolo como elemento garantizador para la seguridad jurídica que reconoce además su contenido social que lo explica y justifica (Malo Camacho, 1997: 37). Zaffaroni afirma que esta concepción constituye una criminalización primaria, y en la lógica jurídica formal la persona que se ajuste a la misma será también criminalizada ahora por las agencias de criminalización secundaria de acuerdo con los rangos de pena que disponga la propia conducta (2006: 10-12). Tanto la concepción teórica tradicional como la crítica afirman el control estatal formal de las conductas sociales con base normativa en los índices delictivos, lo cual es insuficiente de acuerdo con una cifra negra de más del 90% de la comisión real de delitos (*ENVIPE*, 2020).

Para las comunidades indígenas, la resolución de conflictos ocurre sin un catálogo especial de conductas delictivas y una medición de éstas. A pesar de la *vacatio legis*, la interpretación de los delitos por los pueblos originarios tiene sesgos derivados de usos y costumbres que vale destacar como elementos diferenciadores de justicia; por ejemplo, opina Felipe Pérez Hernández, ex agente auxiliar municipal del paraje Yanch'en, San Juan Cancuc, sobre el delito de tráfico de drogas y consumo:

El infractor es castigado solo cuando agrede a personas. Si alguien siembra marihuana no es castigado, porque no está haciendo nada y no nos compete.

Aparte que no ha sucedido, tal vez cuando suceda, se le exhorte a no seguir y pague alguna multa al Juzgado... Compra de votos: No nos ha tocado el caso, ha habido problemas con los partidos, pero se resuelven mediante el diálogo y la conciliación (López, 2015: 148).

Se observa la simpleza lógica interpretativa de la justicia cuyo referente es la afectación de la conducta en otra persona y en el grupo. Es posible que exista el hecho y el tipo penal legal, pero si no tiene significado de daño, no existe en su concepción, porque no se trata de entender la ley, sino de comprenderla, es decir, “no sólo como proceso interhumano sino como un hecho lingüístico incluso cuando se dirige a algo extralingüístico o escuchamos la voz apagada de la letra escrita, un hecho lingüístico del género de ese diálogo interno del alma consigo misma” (Gadamer, 1998: 181). Los delitos no son dogmas, sino categorías hermenéuticas de comprensión interiorizadas que pueden estar contrapuestas con el principio de exacta aplicación de la ley penal, y por lo tanto, al de “El desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento”, no resultando así suficiente el intento legal y doctrinal de protección al miembro de la comunidad indígena de apelar a la excluyente de culpabilidad en error de prohibición invencible por la carga de acreditarse, lo que López y Fonseca llaman “defensa cultural” (2015: 19-40).

El ejemplo claro en la comprensión de Gadamer es lo complejo y sensible que resulta hablar sobre los derechos de las mujeres indígenas, donde la interpretación de cada mujer sobre sus propios derechos involucra una comprensión profunda de la categoría consuetudinaria en que son arraigados valores comunales y familiares de cuidado y protección a la mujer, pero que al mismo tiempo se impone la visión comunal sobre el marcado rol femenino, funcional en el conjunto, pero secundario en el sentir individual y que difiere de la concepción occidental del derecho humano individual. Por ejemplo, Felipe Pérez Hernández, ex agente auxiliar municipal del paraje Yanch'en, San Juan Cancuc, Chiapas, opina sobre algunos delitos que constituyen violencia de género en los códigos penales y tienen la siguiente interpretación en la comunidad indígena:

Violencia familiar: Maltratar a la pareja o hijos no está permitido, pero se da. Normalmente, el hombre pega a la mujer... el marido es encarcelado un rato, después es sacado para resolver el caso y debe pagar su multa... Si es mucha la violencia, puede darse el caso de la separación y mientras tanto, el

marido es castigado con varios días de cárcel... abuso sexual: Se toma como ofensa para la mujer cuando un hombre la abraza o intenta abusar de ella, o bien con solamente decir piropos o por una mirada muy insistente, pues se cree que el hombre va más allá de lo que está diciendo y actuando, todo ello amerita una multa, dependiendo de la gravedad del caso... (López, 2015: 147).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) estableció principios orientadores a los Estados para garantizar el pleno acceso de las mujeres indígenas a sus derechos humanos: la interseccionalidad, el enfoque holístico, actoras empoderadas, autodeterminación, indivisibilidad, incorporación de sus perspectivas, participación activa y dimensión colectiva. Con ello, los Estados deben atender la violencia de género con diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y otorgar reparación en los casos particulares. En este marco, no sólo la norma general da pauta a la protección, sino el contexto sobre el que dicha norma aplica en el contexto y el hecho para determinar su tipicidad.

Los dos escenarios legales de intervención del Estado en la comisión de delitos por miembros de comunidades indígenas implican una responsabilidad especial de comprensión del delito y el contexto; por un lado, para que las sanciones impuestas por el juez de paz y conciliación indígena perteneciente a la comunidad sea en el marco del Estado constitucional de derecho (Gamboa y Valdés, 2018: 62 y ss.), la cual, a pesar de la exactitud del hecho delictivo, tiene una consecuencia jurídica con parámetro discrecional y es donde la interpretación de la autoridad, en proporcionalidad al hecho y su consecuencia, debe hacerse conforme a la comprensión de los usos y costumbres no expresos de la comunidad. Sin embargo, en la realidad el juez de paz extralimita funciones y resuelve casos de forma extralegal, incluso delitos graves, y no informa a la autoridad común —el secretario de acuerdos del Poder Judicial— para que esta audiencia no se registre. La justificación es que aprecian la justicia común como larga y tediosa, donde no se ve un beneficio sino todo lo contrario; no comprenden que una persona pase tantos años en la cárcel sin reparar el daño a la víctima, y ambas partes se desgastan en lugar de analizar en conjunto el daño y el monto, y a partir de ello se inicia la negociación, incluso con participación de las familias (López, 2015: 124). Por otro lado, el conocimiento, persecución y sanción del delito a cargo del Estado representa la especialización en el proceso para el acceso a la justicia igualitaria con factores procesales que se adhieran a la comprensión de lengua y cultura.

Sin embargo, los mecanismos estatales, lejos de adaptarse a los contextos comunales, son incompletos e insuficientes debido a las cosmovisiones distintas entre sí, la indígena y la occidentalizada; esta última que cada vez más se aleja de aquélla. Los delitos evolucionan con parámetros globalizadores capitalistas, reduciendo a los Estados a aparatos de poder represivo, una pulsión inhumana cuyo carácter totalitario se desprende de su programa de negación progresiva de todos los derechos humanos que se enmarca en un totalitarismo financiero planetario (Zaffaroni y Dias, 2019: 60-67).

2. *La imposición de espacios de justicia: los juzgados de paz y la conciliación indígena*

La reforma de 2008 trajo consigo que los espacios de justicia delataran el poderío estatal con una imponente majestuosidad visual de los recintos de justicia, haciéndose ésta casi viviente al punto de ser observada y estructurada en lenguaje en forma de metáforas que reflejan la práctica judicial en términos de jerarquía, estatus y hermetismo (Barrera, 2012: 68-73).

Esta estructura se adaptó a las comunidades indígenas, cuya imposición conlleva a que actualmente no sean utilizados en su totalidad por no ser necesarios para resolver conflictos. El acceso a la justicia merece una estructura no física sino material, con mecanismos e instituciones, pero sobre todo con personas convencidas de ser parte de la pluriculturalidad. Este último punto es de relevancia, pues son los servidores públicos de la justicia común los que intervienen en las audiencias para auxiliar y registrar el acuerdo. Más allá de una capacitación, requieren sensibilidad a una realidad alterna para que la suya sea reinterpretada de acuerdo con la que desempeña; la pluriculturalidad consiste en ser parte de una comunidad en términos amplios.

Los juzgados fueron diseñados para aplicar una justicia interpretada a partir de la visión occidentalizada con el fin de resolver conflictos civiles, mercantiles y penales entre los miembros de comunidades indígenas; sin embargo, el monopolio de la justicia común se encuentra representada por un secretario de acuerdos que es ajeno a lo que sucede cuando tal audiencia se desarrolla en la lengua nativa, y los jueces como autoridades tradicionales toman la decisión sobre el caso a pesar de la capacitación judicial para la impartición de justicia. López observa que el espacio físico está diseñado emulando los tribunales occidentales, pero con adaptaciones, como

el espacio para las autoridades tradicionales, el cual no se utiliza debido a la cantidad de audiencias y la imposibilidad de convocarlas, a pesar de lo impuesto en el artículo 87 del Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas (2015: 95).

El choque con la realidad es resultado de que no fueron consultados para la toma de esta decisión, “porque no es lo mismo que opine cómo les parece que se debe administrar la justicia indígena la gente externa, que observar desde afuera de la comunidad bajo una visión occidental” (López, 2015: 294). Contrario a ello, este tipo de justicia debería observarse desde el interior de su contexto para que el sistema de justicia penal sea transformado en la realidad y no sólo ocuparse de la reforma constante de leyes. Un país pluricultural significa reconocernos como un todo más allá del espacio físico, donde no se impongan interacciones con los actores de la burocracia judicial, en donde “tiende a marcarse una relación de distancia, de separación entre propios y extraños” (Barrera, 2012: 135).

3. *Justiciables indígenas ante una justicia penal ordinaria estatal*

Las personas justiciables de comunidades indígenas que son procesadas por autoridades estatales son identificadas como un grupo especial debido a que el sistema penal no está diseñado de origen para ellas. El derecho a la no discriminación, que en estos grupos es fundamental, se deriva de que el Estado garantice el debido proceso, conforme al artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su especialización, de acuerdo con los artículos 9o. y 10 del Convenio 169 de la OIT, y que recoge nuestra Constitución Política mexicana en el artículo 20. Ante esta obligatoriedad, el sistema de justicia estatal adaptó elementos que se engloban en dos grandes rubros que deben acatarse en un procedimiento donde el inculpado y/o la víctima sean personas indígenas.

A. *Autoadscripción o autoidentificación*

La identidad cultural de los habitantes de comunidades indígenas necesitaba ser comprendida por los Estados para el marco de regulación aplicable de garantía y respeto a tal derecho, tal como lo establece el artículo

2o. de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para un conocimiento de la identidad indígena no sólo individual sino colectiva, cuyo aprendizaje debe ser paulatino por parte del Estado para no dejar sobreentendida la intención del artículo 2o. constitucional ni encargarla a las entidades federativas.

La primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la protección especial del Estado ocurre por autoadscripción propia del inculpado o por evaluación oficiosa de la autoridad ministerial o judicial; esto último con constancias de la autoridad comunitaria, prueba pericial antropológica, testimonios, criterios etnolingüísticos y/o cualquier otro medio que permita acreditar la pertenencia, arraigo, identidad o asentamiento físico a la comunidad indígena. Así, la persona tiene la potestad para indicar su identidad ante la autoridad y ésta debe respetarla; aunque debería ser simple con tan sólo la pregunta, y así evitar las investigaciones para determinarla, o sin que el sujeto lo manifieste, pero exista sospecha fundada de que una persona pertenece a una comunidad indígena, de oficio y bajo la postura pro-derechos debe ordenar una evaluación sustantiva que permita determinar tal calidad.³

A pesar de que la autoadscripción fue establecida para reducir la brecha de desigualdad en la justicia penal y garantizar la presunción de inocencia de un integrante de la comunidad indígena, al ser extraído para ser procesado por la justicia ordinaria atendiendo a la justificada afectación legal de derechos humanos con la posibilidad de una sentencia condenatoria, ciertas autoridades lo interpretan como oportunidad para obtener beneficios procesales, como lo señala una autoridad entrevistada del estado de Oaxaca: “Si él se considera indígena es indígena, qué puedes hacer de alguien que reniega de su origen..., con tal de que tengan trato diferente todo mundo va a ser indígena, difícilmente vas a encontrar a alguien que diga: yo no quiero ser” (México Evalúa, 2014: 36). Los matices de tal afirmación deberían pensarse a partir de la imposición de la sanción, donde los parámetros legales de discrecionalidad judicial para imponer sanciones en los códigos penales establecen la consideración de especialidad si se trata de una persona indígena; por lo tanto, si ese reconocimiento viene en una etapa posterior, supóngase en la que el justiciable sea asesorado por su defensa

³ Véase la Tesis 1a./J. 59/2013. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. L. 1. T. I. Diciembre de 2013. P. 283. Primera Sala. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. L. 1. T. I. Diciembre de 2013. P. 287.

sobre el “beneficio” de ser indígena, probablemente tal reconocimiento no tenga el mismo impacto, y por lo tanto se conculcaría el debido proceso, principalmente en el principio de contradicción de partes y garantía de defensa derivada de la desigualdad procesal para sostenerla.

Esta característica también aplica para las víctimas, atendiendo a que la magnitud del daño sea correspondida con una justicia de reparación integral. El artículo 5o. de la Ley General de Víctimas describe la responsabilidad del Estado de cumplir con un enfoque diferencial y especializado para efecto de la reparación integral del daño; por lo tanto, es necesario que sea identificado el impacto del mismo conforme a metodologías antropológicas, como la etnografía y el trabajo de campo, de las que se desprendan peritajes de comprensión del delito y del daño a partir de la cultura comunal, y que sea desde el inicio del proceso por el Ministerio Público y el asesor jurídico para la intervención efectiva en los momentos procesales que garanticen dicha reparación diferenciada.

La responsabilidad estatal para garantizar el derecho fundamental a la identidad cultural, tanto para el procesado como para la víctima de delito, trata de una justicia diferenciada limitada con el aún marcado positivismo. Contrario a ello, si es que desde una comprensión epistémica decolonial se aplicara el derecho a la identidad cultural con metodologías diferenciadas conforme a la identificación de interseccionalidades de cada comunidad, la transformación positiva del tal derecho sería una realidad como Estado nación. Este acercamiento se hace necesario, como lo propone Juan Jorge Faundes, transitando hacia los contextos de los sistemas culturales indígenas propios de las personas indígenas imputadas por el sistema punitivo del Estado. De esta forma, el desafío de emancipación del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas va a resultar en una recompreensión del derecho penal para articular la decisión judicial con los presupuestos culturales de la cosmovisión indígena que están fuera del marco cognitivo del juez (2019: 51-78).

B. Intérprete o traductor

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos dan fundamento al artículo 4o. de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, que indica que parte de la garantía de los derechos humanos a la no discriminación y al acceso a la justicia es reconocer como

válidas y nacionales las lenguas indígenas y el español; por lo tanto, es responsabilidad del Estado garantizar estos derechos de forma individual o colectiva en todos los juicios y procedimientos, de acuerdo con el artículo 10 de ese ordenamiento.

Así, estos derechos lingüísticos para el procesado y la víctima indígena se establecen en el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 45 del Código Nacional de Procedimientos Penales, fracción XI, artículo 109 y párrafo segundo del artículo 110, así como en la Ley General de Víctimas, fracción XXI, artículo 7o. La garantía de que la persona sea oída en juicio implica que el Estado debe ajustar materialmente el proceso para la igualdad entre las partes, y de esta forma hacer efectivo el principio de contradicción. Sin embargo, en la realidad ocurre lo contrario⁴ y la consecuencia es la privación de la libertad,⁵ como evidencia de violación al debido proceso de acuerdo con el principio V del Documento de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, y por tanto un elemento de discriminación material por el sistema de justicia penal.

La precisión constitucional del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, “Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”, fue interpretada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la

⁴ El Programa Institucional 2020-2024 del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, reconoce que “La inadecuada atención a la población indígena por parte de las instituciones se explica por varios motivos: la carencia de normatividad institucional para brindar atención a la población indígena con pertinencia lingüística y cultural, la inexistencia de mecanismos de articulación entre los tres niveles de gobierno para garantizar el ejercicio de los derechos lingüísticos, la insuficiencia de intérpretes y otros agentes sociales formados y certificados para la atención a una sociedad plurilingüe, y la limitada información en materia de lenguas indígenas para la orientación de políticas públicas y su inclusión en la administración pública”. Disponible en: <https://bit.ly/3ofMAAA>.

⁵ El informe de actividades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) 2020 se refiere a la falta de intérpretes y/o traductores y defensores que hablen la lengua, lo que ocasiona que dentro de la población interna en los centros de reinserción social del país, los pueblos o comunidades indígenas que registran una población mayor de 100 personas son las siguientes: 1,849 náhuatl, 639 zapoteco, 527 mixteco, 499 tsotsil, 491 tseltal, 412 otomí, 403 maya, 361 mazateco, 356 totonaca, 334 tarahumara, 219 chol, 216 tepehuano, 212 chinanteco, 196 cora, 179 huasteco, 173 mixe, 172 mayo, 158 tlapaneco, 152 mazahua y 116 huichol. Disponible en: <https://bit.ly/34AnovU>.

Nación en cuanto a que es suficiente que el intérprete conozca la lengua y cultura de la persona a quien representa, pues con ello se garantiza el derecho del imputado a expresarse en su lengua materna, y dicho conocimiento no es indispensable para el defensor.⁶

Esta interpretación jurisprudencial si bien equilibra el acceso igualitario a la justicia, es insuficiente para un contexto social en el que la cosmovisión indígena choca con la cultura occidental arraigada en la descripción formal de delitos. La amplitud y diversidad de las culturas indígenas es compleja en usos y costumbres no expresadas, y el defensor, como representante no sólo de una persona, sino de un contexto cultural, debería atender a tal comprensión para que la estrategia y la intervención argumentativa sea acorde con una justicia igualitaria como parte del derecho a una defensa adecuada. Por lo tanto, como lo menciona la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas en su artículo 10, segundo párrafo, este servicio debe ser gratuito, y el Estado debe capacitar y acreditar a intérpretes y traductores.

El Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) certifica a las personas traductoras e intérpretes conforme a las 11 familias y 68 agrupaciones lingüísticas y sus variantes que agrupan y categorizan la diversidad lingüística. La realidad es que el gran universo de lenguas indígenas supera la capacidad institucional para que las personas con conocimiento de lengua y cultura cuenten con conocimientos jurídicos para la intervención en el proceso penal, lo que justifica que no se exija al defensor esas características a pesar de la obligatoriedad estatal.

La resolución del Amparo Directo en Revisión 2954/2013 confirmó que la responsabilidad asignada a una persona para que traslade no sólo lo que ocurre en el proceso con una traducción de lengua, sino que ofrezca interpretación legal y cultural, debe ser de especial cuidado para asegurar el debido proceso. Pero resulta complejo, considerando la insuficiencia estructural, contar con una persona que conozca de leyes, idioma español e idioma indígena específico, y, aún más, que conozca las particularidades culturales que le son requeridas, como sucede en la Fiscalía Especializada en Justicia Indígena de Chiapas, donde sólo el fiscal es indígena, habla y entiende una lengua indígena, pero de los más de 25 ministerios públicos investigadores, únicamente dos de ellos son indígenas que hablan una

⁶ Véase la Tesis 1a./J. 60/201. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. L. 1. T. I. Diciembre de 2013. P. 283.

lengua indígena, y sólo cuentan con un intérprete de tselal, quien también a su vez funge como intérprete de tsoltsil con un entendimiento limitado a unas palabras. Lo mismo sucede en el Juzgado Penal de Delitos Graves del Distrito Judicial de San Cristóbal de Las Casas, en donde actualmente únicamente hay un intérprete de tsotsil, un defensor en lengua tsotsil y no hay ningún Ministerio Público que hable alguna lengua indígena para representar a la víctima (López, 2015: 233).

Ante este panorama, la limitante de personas que hablen la lengua, pero además que comprendan la cosmovisión de la comunidad particular, resulta en la no garantía del debido proceso, y por ello la propuesta de Ley de Amnistía, que beneficia a las personas en prisión pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas que no hayan contado con intérpretes o defensores con conocimiento de su lengua y cultura (2019: 6), es sólo una medida urgente para suspender la consecuencia de dichas violaciones de derechos.

Por el contrario, las propuestas de cooperación muestran una esperanza para hacer efectiva la formación de intérpretes jurídicos bajo un esquema descolonizador, con visión de cumplimiento de las metas de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, donde se vea el desarrollo social inclusivo como un reto no sólo para América Latina, sino también para Europa. Esta es la propuesta multidimensional que presentan en conjunto Perú, México y Bélgica (Stallaert, 2020: 60-83); es decir, una solución de fondo y no reactiva ante la incapacidad material de garantizar los derechos de las personas indígenas.

III. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y EL SACRIFICIO DEL *HOMO NECANS*

La persona indígena bajo el orden hegemónico del sistema de justicia penal es la representación exacta del *Homo Sacer* de Agamben (1988); es decir, la sacralidad de la víctima indica que es criminal matarla porque es sagrada, pero no sería sagrada si no se la matara. Esta ambivalencia está representada en la violencia de las sociedades, como lo explica René Girard, donde éstas inmolan a algunas categorías de seres humanos que no pertenecen o pertenecen muy poco a la sociedad, a fin de proteger otras categorías de criaturas vivas; así, el *pharmakos* terapéutico indica el significado de la venganza donde no existe una clara diferencia entre el acto castigado por la venganza y la propia venganza que requiere necesariamente una “vícti-

ma propiciatoria” como técnica ritual del apaciguamiento catártico basado en la sustitución de todos los miembros de la comunidad por uno solo, perteneciente a una categoría sacrificable que se convierte en *chivo expiatorio* (Zaffaroni, 2001: 26-27). Estos seres se articulan entre lo humano y lo animal, es decir, la antropogénesis donde el ser, el mundo y lo abierto se confunden con el ambiente y la vida animal, el ser atravesado por la nada, el mundo abierto para el hombre (Agamben, 2006).

El reto constante de los sistemas políticos es que el sistema de justicia penal tenga sentido reductivo de violencia social; más bien, la violencia directa, la visible en términos de Johan Galtung,⁷ y que los sectores en situación de vulnerabilidad, como el indígena, sean protegidos y garantizados en sus derechos. Luigi Ferrajoli ofrece funciones preventivas del sistema penal para explicar el verdadero derecho penal, es decir, el derecho punitivo penal mínimo: prevención de los delitos y de las penas excesivas (1995: 331-341); estas son las razones de la existencia de instituciones estatales que conforman el sistema penal, y coincide con Agamben en cuanto a que la relación en la sociedad entre el victimario y su víctima se torna contraria cuando el Estado toma el caso y toda la estructura del poder estatal se vuelca contra el victimario, es decir, la relación fuerte-débil de Ferrajoli (1995: 335-336), que en Girard es el sentido de la violencia cargada de razones mecanizadas por la venganza; por lo tanto, sería irracional que lo que Girard llama “el sistema judicial” suprimiera dicha venganza; por el contrario, la monopoliza con el nombre de “venganza pública”, la cual corresponde a una sociedad civilizada donde se les da a las víctimas una satisfacción estrictamente medida con un orden legal que no tiene como objetivo distinguir el bien del mal, ni de lograr una justicia abstracta, sino de preservar la seguridad del grupo poniendo frenos a la venganza privada mediante la violencia legal. Ésta, la función real del sistema de justicia penal, entre más oculta en la conciencia del Estado se encuentre, hará que el sistema penal funcione mejor y sea más eficaz; contrario a la insistencia del Estado en razones de justicia que, al incumplirla, abre la pregunta sobre la razón propia de su existencia. El fundamento del discurso es pues incorrecto, y en realidad el Estado realiza su función haciendo justicia con

⁷ De los tres tipos de violencia —directa, estructural y cultural—, la directa es la que es visible y pretende ser atendida, pero sólo es una pequeña parte de la generación de conflictos sociales. Para que ésta disminuya es necesario atender los otros dos tipos de violencia con los que la directa está relacionada. Esta es la dinámica de la violencia que simula un iceberg; el triángulo de la violencia como concepto que introduce Galtung (2013).

aplicación de la venganza para el control social, y, por lo tanto, de la violencia, sin la cual probablemente perdería su eficacia.

El Estado realiza la venganza para el control social de la violencia, sobre ciertos grupos que, por desigualdad estructural y cultural, tienen categorías vulnerables y, por lo tanto, “sacrificables”. De todas éstas, la representación del *homo sacer* de Agamben y el traslado a la función del sistema penal en Girard como “natura” están representados como “cultura” por Fernando Tenorio en la figura indígena mexicana, donde se identifica el sacrificio del otro, el *homo necans*, en los pueblos originarios que propiciaron algunas culturas que coincidían en la exigencia del sacrificio de sangre como la ritualidad por excelencia, sentando así la política originaria, la fundación de una cultura que transita a una sociedad estatalmente organizada que seculariza la violencia sacra pura y necesaria donde una persona de cierto sector es elegida. Sin embargo, la idea de desprecio y discriminación racial para la selección criminalizante tiene su base en la colonización mexicana, donde, conforme a Aníbal Quijano (2014), la raza e identidad racial fueron instrumentos de clasificación social básica de la población y un modo de otorgar legitimidad a las relaciones de dominación impuestas por la conquista y a las ya antiguas ideas y prácticas de relaciones de superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes, siendo el más eficaz instrumento de dominación social universal. Por eso, es contrapuesta la idea sacrificial del *homo necans* con la idea de raza; aquélla, con sentido de sacralidad, fue transformada negativamente con la hegemonía de la era eurocéntrica para establecer sistemas penales punitivos contra la identidad racial a partir de la imposición cultural a la sociedad, donde se creó y se mantuvo el estereotipo criminal con los rasgos fenotípicos que identifican al sector vulnerable.

Por ello, para el racismo, las personas indígenas son el grupo de seres (no) humanos que no pueden formar parte del orden racional, y que a pesar de los esfuerzos legales, ese grupo, ahora indígena, considerado no cultivable, será siempre extraño de la ideología hegemónica heredada del colonialismo eurocéntrico que tenía la misma justificación en el Holocausto:

Las víctimas de la violencia están deshumanizadas como consecuencia de las definiciones ideológicas y del adoctrinamiento. Por ello, el “oficial de sanidad” debe hacer una limpieza vaciando un saco de “productos químicos desinfectantes”, resultado del método aplicado: hacer invisible la humanidad de las

víctimas expulsándolas del universo de las obligaciones, despojándoles de su derecho a pertenecer a la nación y al Estado alemanes (Bauman, 1989: 5, 45).

En la posmodernidad, aquella barbarie como proyecto de ingeniería social se traslada a un proyecto de nación que requiere castigar a grupos estereotipados como inferiores para conservar la facultad estatal punitiva. Uno de esos grupos son los pueblos indígenas, como lo evidencian los casos de Tlatlaya, Tanhuato y Ayotzinapa, donde “los ejecutores de la violencia fue el propio Estado a través de policías en todos sus niveles, ministerios públicos y miembros de las fuerzas militares, que tienen a cargo la detención de «criminales»” (OEA, 2015: 34, 111-124), a pesar del mandato de no discriminación que indica el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El castigo no sólo es punitivo-legal, sino que se encuentra también en la falta de acceso a las condiciones de igualdad social, en el aislamiento marginado de pobreza y la exclusión en todos los ámbitos de la vida cotidiana, como lo reconoce el Programa Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024. Ello aunado al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2020) que evidencia que con la pandemia de la COVID-19, el Estado mexicano enfrenta desafíos importantes en salud, educación, ingreso y en materia de género, que son retos de carácter histórico y estructural para cerrar las brechas de desigualdad, como la tecnológica y digital.

Con todo ello, se aprecia que el derecho a un nivel de vida adecuado, de acuerdo con el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no sólo no es garantizado, sino que tales condiciones de inferioridad aseguran la vulnerabilidad en el sistema de justicia penal, en el que, independientemente del rol de justiciable, son víctimas directas por violación a derechos humanos, de acuerdo con el artículo 4o. de la Ley General de Víctimas. Esta victimización se entrelaza en un contexto antropológico de identidad indígena que choca con la justicia penal occidentalizada desde la simpleza de la frase: “Te tienes que declarar culpable, pinche indio” (Ogarrio, 2017), que significa la despersonalización del origen de quien lo dice más allá del no reconocimiento de igualdad de derechos, que criminaliza y condena, tal como resultó en el caso de Gildardo, quien estuviera preso dos años y que desde la detención fuera violentado, no tuviera defensor ni traductor; un desprecio se extendió en daño para quienes le rodeaban, además de ser el único sostén económico para su familia.

En este contexto, cabe mencionar que las mujeres indígenas son un grupo en el más alto sentido de discriminación y desprecio, a quienes además del contexto familiar en donde es mayormente común que asuman la responsabilidad del cuidado de sus familias, se suma la afectación diferenciada en un proceso institucional en el que su victimario es el mismo Estado, como ocurrió en el caso de Jacinta Francisco Marcial, una mujer indígena, vendedora en tianguis, casada, con seis hijos y seis nietos. Ella enfrentó un proceso penal en conjunto con Alberta Alcántara Juan y Teresa González Cornelio, mujeres indígenas otomíes de Santiago Mexquititlán, condenadas a 21 años de prisión en agosto de 2006 por posesión de cocaína y secuestro de seis agentes de la extinta Agencia Federal de Investigación (AFI).

Después de once años, el Estado reconoció haber violado el principio de presunción de inocencia y conculcado el debido proceso por no contar con un traductor y una defensa adecuada, y, además, sin algún tipo de intervención por parte de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CDH Miguel A. Pro Juárez, 2017). Jacinta y las mujeres indígenas del caso particular fueron sometidas a cinco vulnerabilidades de acuerdo con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008): pertenencia a comunidades indígenas, pertenencia a minorías, así como pobreza, género y privación de la libertad.

Otra forma especial de violencia que sufren las mujeres indígenas es la sexual, como se hizo patente en los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010) y *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010). En ambos casos los hechos de violencia sexual fueron perpetrados por militares, sin que se les haya seguido proceso, y que resultó además en secuelas, como las que sufrió Yenys Bernardino Rosendo, quien tenía pocos meses de edad al momento de ocurridos los hechos, lo cual violentó el derecho a la integridad personal establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, además de los contextos de responsabilidad familiar que tienen en la cotidianidad, las mujeres indígenas como probables victimarias, pero también como víctimas, son sometidas a la violencia institucional, que contrasta con los instrumentos especiales internacionales y nacionales de protección y acceso a la justicia a las mujeres.

IV. RESIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL

Los derechos de las personas indígenas se concentran en una identidad nacional diversificada en la cual la dignidad y las epistemologías decoloniales conviven en pensamientos originarios y occidentales.

La reforma al sistema de justicia penal de 2008 no fue propuesta desde la perspectiva del Estado plurinacional mexicano, es decir, “que admite la permanente lucha en nuestra subjetividad entre lo indio y lo europeo conviviendo y habitando las contradicciones como un gris jaspeado que denota la palabra *ch'ixi*” (Rivera, 2018: 78-79). Por ello es que la adaptación de los derechos humanos corresponde a una interpretación externa y general a los pueblos originarios y no a una diferenciada y compleja entre comunidades indígenas que promueva la interculturalidad como una sociedad abigarrada.⁸ De esta forma, la interpretación de los derechos de los indígenas no debe partir desde lo general, sino de lo particular de cada región, de cada cultura, de cada comunidad, y de esta forma comprender la conducta dañosa para la aplicación del principio de fragmentariedad penal para el encuadramiento del “hecho que la ley señala como delito” como norma general de la tipicidad.

Decolonizar la mirada estatal implica culturizar la identidad nacional desde las propias comunidades indígenas y que el derecho penal de acto implique la diversidad comunitaria desde la micropolítica.⁹ El lenguaje, los conceptos, los simbolismos y fundamentos de usos y costumbres son parte de una mirada regional, trabajan sobre colectivos pequeños y acciones cotidianas, la simpleza. Es el sentido con el que coincide Rita Laura Segato para tener una medida en la postura de colonialidad, puesto que cada pueblo tiene una historia que pertenece a la *episteme* que fue instalada con la colonialidad. Por lo tanto, el argumento relativista debe ceder lugar al argumento histórico, pero de la historia propia y como variante no

⁸ Concepto de René Zavaleta Mercado, cuando señala que “se diría que una formación social abigarrada puede también entenderse como una serie de «momentos constitutivos» concurrentes” (Antezana, 2009: 134).

⁹ Silvia Rivera desmonta el término “nación”, pues es un fenómeno reciente y lo que tenemos es una realidad de regiones que convocan a prácticas individuales y colectivas en las que se hace visible la huella de memorias sociales en torno a los bienes comunes. La redefinición deviene de una micropolítica de lo cotidiano (Rivera, 2018: 118, 139 y ss.).

culturalista del relativismo, inmune a la tendencia fundamentalista inherente en todo culturalismo como horizonte fijo de la cultura, donde cada pueblo debate y delibera sobre su propia historia y las inconsistencias de su discurso cultural, observando sus contradicciones y eligiendo entre sus alternativas; lo denomina “Pluralismo histórico”, siempre expuesto a influencias e intercambios entre historicidades, es decir, flexible y compartido (2013: 225 y ss.)

Esta epistemología decolonial es la que debe interpretarse para la composición pluricultural que establece el artículo 2o. constitucional, la cual se entrelaza con el concepto de dignidad humana que afirma la propia Constitución en el último párrafo del artículo 1o., y que en particular el artículo 4.1 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales define en principios de igualdad y dignidad que fundamentan a los derechos humanos y que se acercan a una interpretación especial en el marco del sistema penal desde la cosmovisión indígena.

Se trata de un empoderamiento de la identidad humana regionalizada, tal como Alain Supiot observa al sujeto soberano “*Imago Dei*” descubierto en el *homo juridicus* occidental con unicidad y unidad, una persona con naturaleza material y espiritual que nace “libre y dotado de razón”, que por lo tanto puede gobernarse a sí mismo y fuera de los postulados institucionales como afirmaciones indemostrables como base de los edificios jurídicos. Este sentido es el que no reconoce el imperio comercial de la posmodernidad y que logra un espiral de “choque de culturas”. Independientemente del aparente radicalismo de la postura, es una crítica al adoctrinamiento actual de la interpretación impuesta del significado de los derechos humanos y contribuye a centrar la atención en su fundamento, es decir, el concepto de dignidad (2007: 56).

Más allá de una definición, la dignidad, propone Lefranc, debe mostrarse desde la experiencia compartida, “La idea de dignidad, ahora, tal vez no deba ser la de un ser humano pleno de majestuosidad, sino la del más humilde de los seres humanos acompañándose de otros seres humanos” (Lefranc, 2019: 28). Este es el ejemplo que nos ofrece la cultura indígena en sus relaciones humanas, donde lo punitivo es desconocido ante la idea del bien común; el acompañamiento comunal procura el bienestar individual, pero hace falta palparlo, vivirlo y sentirlo, y el ejemplo más fuerte es la comprensión de género de la mujer indígena que rompe paradigmas estereotipados. “A pesar de todo, aprehendemos los fenómenos con to-

dos nuestros sentidos, cabe decir que los aprehendemos con todo nuestro ser, aunque no desarrollemos una conciencia de ello” (Lefranc, 2019: 33). Pero sólo es una distracción justificada por la costumbre de la mirada occidental. Este es el fundamento de la resignificación de los derechos humanos indígenas.

Por supuesto, no se contrapone a la concepción formal de la dignidad, pues en su sentido abstracto¹⁰ el fundamento de los derechos humanos indígenas en el sistema penal es la ley moral que no se agota en los derechos humanos. Esta racionalidad práctica es el deber estatal de protección a los derechos particulares puestos en la legislación penal; por lo tanto, debe analizarse si la libertad de autonomía moral se encuentra más allá de los derechos humanos del sistema positivista continental y si se contrapone con el multiculturalismo de los derechos humanos para garantizar el derecho a una existencia digna, lo que Atienza conceptualiza desde la aplicación racional: “...cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona... y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo” (2017: 264).

En los pueblos indígenas, la dignidad se complejiza entre lo individual y lo colectivo, por eso debe considerarse que “La dignidad como virtud colectiva está relacionada con la totalidad de la vida humana en una determinada sociedad” (Lafferriere y Lell, 2020: 150). La autonomía, por lo tanto, debe entenderse a partir de la dignidad que es condición para la existencia de aquélla, por eso es que el principio de dignidad es absoluto y no el de autonomía (Atienza, 2017: 268). Así, la Suprema Corte interpreta que la autonomía de usos y costumbres determinada como un derecho a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas no puede priorizarse si se alude a ella para justificar la comisión de delitos, puesto que los límites reconocidos a tal derecho están relacionados con aquello que verdaderamente es intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano, razón por la que esos límites están constituidos en su aspecto más básico.¹¹

¹⁰ Para Atienza la dignidad en sentido abstracto marca los límites de la moral —lo moralmente admisible—, cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo y que, en ese sentido, podría considerarse como el fundamento último de todos los derechos (Atienza, 2008: 467).

¹¹ Véase la Tesis I.3o.P.48. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. L. 30. T. IV. Mayo de 2016. P. 2791.

La dignidad como obligación a que alude Aienza debe reinterpretarse, puesto que la obligación en su sentido literal implica una voluntad externa y desmerece lo trascendental del concepto; más bien, se trata de una interiorización de la compasión y empatía a alguien: “La conciencia de la dignidad de cada quien es al mismo tiempo la conciencia de que ese quien es alguien, alguien que me es imprescindible y para quien soy imprescindible. Ahora sabemos que no se trata nunca de otro, se trata siempre de alguien” (Lefranc, 2019: 36). Por ello, es el empoderamiento del ser para sí mismo y para los demás, el actuar indígena en lo individual y colectivo de su comunidad, de las otras comunidades y de la sociedad en general con independencia de cualquier imposición de los grupos en el poder, tomando en cuenta que la indiferencia cultural ha sido perpetuada por la clase dominante capitalista; en la idea de Hans Magnus Enzensberger, esta clase dominante, integrada en su mayoría por analfabetos secundarios, ya ha perdido todo interés en esa cultura, la cual tampoco está obligada a estar al servicio de ningún interés dominante, es decir, una forma de libertad; la cultura únicamente depende de sí misma (2002: 64).

Se propone, por lo tanto, conservar y transmitir la cultura de forma natural y bondadosa, y no como una reacción a la acelerada “licuefacción” de la vida moderna (Bauman, 2004: 179 y ss.), a un sistema de justicia penal carente de conocimiento histórico identitario del significado originario de la funcionalidad de la violencia, del reconocimiento de la magnitud del dolor y el daño en las relaciones humanas, de un aprendizaje material y profundo del conocimiento originario de la sociedad que la hace ser pluricultural, de la esencia de un pasado común que lo hermana con quienes piden justicia, esos que a pesar de los esfuerzos de abandono permanecen como mundos ideales, es decir, la negación de segundo grado: la negación de la negación de la utopía, lo que Bauman llama “retrotopías” (2017: 14 y ss.). Se trata de una sola sociedad con complejas dinámicas sociales, con reconocimiento propio y autoasunción de autonomía, con diferencias particulares y comunales, que luego el Estado regulará y estructurará en un sistema penal con mirada decolonial; tal como lo afirma Federico Lefranc, “La dignidad solo tiene sentido entre humanos... No le deleguemos al Derecho la construcción de esa imagen del sujeto, discutamos, construyamos una, o muchas, y luego pidamos al Derecho que las proteja” (2011: 302).

Este fundamento es así la base para la identificación de elementos que se aproximan a una aplicación práctica general intercultural de la justicia penal.

1. *La pena como castigo y la conciliación como reconocimiento del daño*

En el sistema penal del posmodernismo, la atención se centra en la idea colonizadora que fue impuesta en los sistemas de justicia indígena, y de ahí la interpretación diversa que para ésta tienen tanto los delitos como las penas. Sin embargo, la diferencia sustancial actual es que para los miembros de las comunidades indígenas, la comisión de delitos representa un peligro para la unidad de la comunidad, y la reparación del daño subsana, en esa medida, el daño; por ejemplo, que “alguien que cometió un robo o daño en propiedad ajena, sea obligado a trabajar para los afectados” (López, 2015: 80).

En el sistema penal occidental, el derecho objetivo describe conductas delictivas que se acompañan de la amenaza del castigo. En el intento de que la afectación racional a derechos humanos tenga diferenciación por condición, entre otros aspectos, el juez debe considerar los usos y costumbres, si es que la persona sentenciada es indígena. Además, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, el Estado se compromete a ponderar la pertenencia a la comunidad a efecto de determinar el centro penitenciario, se tomen medidas para conservar sus usos y costumbres, cuidar que no se menoscabe su cultura y se les brinde una educación bilingüe, entre otras. La promesa legal de justicia diferenciada rebasa la barrera de lo que el mecanismo estatal tiene capacidad de asumir; el cumplimiento de la garantía de derechos humanos no tiene verificativo en la realidad.

En la legalidad estatal es posible advertir dos formas de acercamiento a la concepción reparadora del daño: la procesal penal y la preventiva del delito. En la primera, el sistema acusatorio priorizó la reparación del daño por el delito y el no arribo a la sentencia penal utilizando los mecanismos alternativos de solución de controversias, las alternativas al proceso, como los acuerdos reparatorios, los criterios de oportunidad, la suspensión condicional al proceso y el procedimiento abreviado. Estas formas parecieran acercarse a la idea indígena de resolución del conflicto; empero, la diferencia estriba en que su aplicación conserva aún retos

de comprensión de las realidades; por ejemplo, de acuerdo con Nava y Breceda, los mecanismos alternativos constituyen sólo una alternativa a la justicia penal y no un efectivo acceso a la justicia como derecho humano (2017: 203-228). En cuanto a las otras formas alternas al proceso, Azzolini indica que implican juicios de valoración de los aplicadores, dejando atrás el principio de estricta legalidad, lo cual implica una brecha corta entre la humanización del proceso y la privatización del éste, que depende de la capacitación jurídica y ética de quienes operan el sistema (2015: 239-253) y que hoy es puesta en duda. La segunda forma, la preventiva del delito, es la llamada justicia cívica y cultura de la legalidad, que desde 2015, con los Diálogos por la Justicia Cotidiana, se envió, en 2017, al Congreso de la Unión, la Ley de Justicia Cívica e Itinerante (Presidencia de la República, 2017). Esta ley, dirigida a los municipios, tiene objeto preventivo para resolver conflictos vecinales; en cuanto a las autoridades comunales indígenas, tienen facultad para la solución de sus conflictos de acuerdo con el artículo 21 de la misma ley. Aun como proyecto, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública trabaja actualmente en guías de implementación municipal de un modelo de acercamiento e intervención de la ciudadanía y evaluación de las instancias de seguridad, el avance en el fortalecimiento de las instituciones policiales municipales, así como la mejora y acceso y calidad de la información pública con transparencia.

Estas formas, si bien son muestra de una justicia cercana a las personas, no funcionarán si continúa la cultura occidental normalizadora de violencia y castigo, así como las condiciones sociales desiguales; si en particular el estereotipo indígena “no civilizado”¹² sigue provocando la mirada occidental de superioridad del colonizado al indígena, y los valores de la cultura ancestral sigan desdeñados.

2. *La autoridad de justicia penal*

En la época colonial, España tenía la autoridad para dictar leyes penales y aplicarlas por jueces y sacerdotes; en México eran los reyes y dioses,

¹² En un proceso penal argentino se estableció que hay comunidades indígenas que pese a haber sido incorporadas al “medio civilizado” no se han adaptado a éste, pasando a integrar un grupo sociocultural menos uniforme, en crisis de valores y disgregación de los valores tradicionales. Véase Stavenhagen (1988: 73).

pero las instituciones eran comunes, “con todas sus diferencias, eran sociedades de Estado, conocían reyes, verdugos, castigos, jueces clases sociales, campesinos, pobres y nobles guerreros, comerciantes empresarios y religión” (Alagia, 2018: 187). A diferencia de la idea colonizadora, para los indígenas no es necesaria una autoridad punitiva con poder, porque hay pueblos donde la política todavía existe sin violencia. Como señala Alagia, la política para quien delinque es política contra la emergencia punitiva. La mayoría de las sociedades indígenas de América se distinguen esencialmente por el sentido de la democracia y el gusto por la igualdad; el jefe es el primer deudor de su pueblo, hacedor de la paz mediante la palabra, es el más generoso; el jefe es aquel que posee menos que todos (2018: 88-90); por lo tanto, cuando el juez toma una decisión es investido de autoridad como líder que ayuda a las personas a una convivencia armónica.

El acuerdo alcanzable es razonado y evita los procesos judiciales: “se ha logrado conciliar la totalidad de los asuntos en lugar de someter a las partes a procedimientos judiciales y de arbitraje... Esta conciliación reduce los onerosos costos, pero lo más importante es que los ciudadanos regresan, una vez conciliados, a convivir en plena armonía en el seno de su comunidad” (López, 2015: 96). La autoridad, en los términos descritos de legitimidad, determina entonces la convivencia comunal y su reconocimiento; la alteridad es vista como un todo y existe mayor oportunidad de encontrar al otro bajo la forma levinesiana, es decir, “ni siquiera darse cuenta del color de sus ojos” (Lévinas, 2015: 71).

Contrario a ello, en la sociedad occidentalizada las partes en el juicio son ajenas entre sí, unidas por el daño y, en ciertos casos, por una relación previa obligada. El juez es un ser impuesto por la ley para el castigo; por lo tanto, temido y sin reconocimiento de obediencia, si no fuera por tal investidura facultativa puesta incluso en duda por el sistema viciado de corrupción,¹³ y, por lo tanto, ilegítimo, con un rostro perceptible y desnudo que no opta más que por poses para enmascarar su pobreza (Lévinas, 2015: 71-72).

Por todo lo anterior, es necesario reflexionar sobre el reconocimiento social y estatal de la función de las personas involucradas en el sistema

¹³ En 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un informe sobre corrupción y derechos humanos con base en experiencias regionales, en el que destaca el rol de la administración de justicia; disponible en: <https://bit.ly/3hqMmFz>. La reforma con y para el Poder Judicial reconoce que la corrupción no se ha podido desterrar; disponible en: <https://bit.ly/3huYYLR>.

penal, que va más allá que el que la ley les faculta. Las instituciones están representadas por quienes las activan, y tanto la estructura sistémica como su funcionamiento deben obedecer a ese conocimiento histórico sacro de la población que le otorga autoridad y que se verifica a través de las prácticas empáticas del servicio que reconocen con respeto del sufrimiento y el contexto del hecho fuera de etiquetamientos y prejuicios. La respuesta de las personas justiciables será un reconocimiento material de obediencia a la decisión contenida de sabiduría y justicia, tal como ocurre en las comunidades indígenas.

3. Flexibilidad del sistema jurídico-penal no escrito

La evidencia del derecho objetivo es la insuficiencia de regulación de la totalidad de las conductas delictivas posibles; no sólo eso, sino en general de las exigencias de la evolución social. Así es que la priorización estatal de regulación legal es errónea para satisfacer la garantía de dignidad en los gobernados, pues tal como lo establece el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Para una existencia digna se hace necesaria la facticidad de protección con los mecanismos interseccionales que requiera cada comunidad para el acceso a la justicia penal diferenciada por enfoques originarios.

Por otro lado, la positivización de usos y costumbres corre el riesgo del abordaje incompleto, además de una imposición si es que algunas o todas las comunidades deciden no hacerlo. A pesar de conservar la forma oral, la solución es determinada caso a caso sin una sistematización rígida de normas generales como en el derecho positivo; es, por lo tanto, flexible y adaptativa a las circunstancias. Por eso, los derechos impuestos a las comunidades indígenas bajo una visión occidentalizada pueden provocar disfuncionalidad en su sistema.

Actualmente, el catálogo de conductas delictivas es una respuesta reactiva y binaria (punitivo-tutelar) de la justicia penal. El positivismo, aún visible, es clasista en su conocimiento si no se le interpreta desde la humildad del significado de los derechos humanos cuando se aplican más allá de la compleja interpretación racional literal de la ley. Debe

procurarse que el principalísimo tenga fundamento en la cotidianeidad para la construcción de un concepto propio de existencia digna. De este modo, el Estado constitucional de derecho, lejos de complejizarse, torna su mirada a los casos de la realidad, lo que al parecer ya se vislumbra con la actual reforma judicial.¹⁴ Entre más se legisle, más restrictivo es el derecho y, por lo tanto, la justicia; entre menos normas escritas, mayor libertad de raciocinio y comprensión de la realidad y del delito. La convivencia como forma de empoderamiento civilizado en la justicia indígena mantiene el respeto a su identidad y les hace partícipes en la solución del daño que ayude al colectivo social.

V. CONCLUSIONES

El sistema de justicia penal de México de junio de 2008, de acuerdo con el artículo 2o. constitucional, contempla diferenciadamente bajo el criterio de especialidad a la justicia cuando se refiera a miembros de comunidades indígenas en dos sentidos: como responsabilidad completa del Estado en cuanto se trata de delitos graves y como determinación de los pueblos indígenas cuando se trate de delitos menores; en ambos casos el Estado conserva el control del sistema asumiendo su rectoría en la materia. Sin embargo, la función declarada estatal se contrapone con la latente; en el primer caso porque los elementos aditivos legales para el acceso efectivo a la justicia para miembros de comunidades indígenas superan las capacidades estatales para garantizar los derechos de debido proceso y no discriminación; en el segundo caso porque la imposición de espacios y formatos para la resolución de conflictos niega la libre autodeterminación y autonomía de usos y costumbres. En ambas situaciones se adiciona la diferencia de cosmovisión de las conductas delictivas descritas por el legislador y que por lo tanto definen y muestran el inicio de un proceso estatal ajeno y lejano al sentido originario de nuestra nación. El resultado es que el sistema de justicia penal en su forma latente funciona como una herramienta de afectación de los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el pro-

¹⁴ Fueron modificados el artículo 94, párrafo decimosegundo, y el segundo párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución mexicana, donde se determina para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia por precedente por tratarse de casos de inconstitucionalidad, la cual será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y las entidades federativas. Véase "Decreto...", 2021.

ceso penal, en la cultura, en la comunidad y en lo individual; convierte a los justiciables en víctimas estatales que supera el daño ocasionado por el delito.

La justificación de tal afectación deriva de la visión occidental con que fue creado el sistema penal, así como de la adaptación e interpretación de los derechos humanos que las instituciones y la sociedad mexicana tienen de una herencia colonial y que ha relegado del proyecto nación a los pueblos indígenas para ser reconocidos sólo como un sector vulnerable; por lo tanto, no se garantiza su existencia digna ante el sistema penal.

La resignificación de los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas debe partir del sentido originario de comprensión de la cosmovisión indígena en su conjunto y de la diversidad de cultura y costumbres, lo cual sólo puede ocurrir con el empoderamiento propio para el bienestar de cada miembro de la comunidad, de su propia comunidad y de su nación.

El significado de lo punitivo, del concepto de autoridad y la flexibilidad del sistema son elementos que acercan el sentido originario a la comprensión de la sociedad en general y de las instituciones de justicia penal. De esta profunda comprensión resultaría un sistema de justicia penal pluricultural con mirada mesurada descolonizadora. Se debe cuidar que la forma y estructura sea lo secundario y el significado originario vaya incluso más allá de lo superficialmente observado, tal como lo indica Wittgenstein (1922), “Mis proposiciones son esclarecedoras de este modo; que quien me comprende acaba por reconocer que carecen de sentido, siempre que el que comprenda haya salido a través de ellas fuera de ellas... Debe superar estas proposiciones; entonces tiene la justa visión del mundo”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (1998). *Homo Sacer*. Trad. de Daniel Heller-Roazen. Estados Unidos: Stanford University.
- AGAMBEN, G. (2006). *Lo abierto: el hombre y el animal*. Trad. de Flavia Costa y Edgardo Castro. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- ALAGIA, A. (2018). *Hacer sufrir: imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*. Argentina: Ediar.
- ALONSO, Rosa *et al.* (2018). “Justicia indígena, alternativa al sistema penal acusatorio en México”. En INCLÁN, S. y MAURICIO, M. (coords.). *Las*

ciencias sociales y la agenda nacional. Reflexiones y propuestas desde las ciencias sociales. Vol. VII: *Corrupción, impunidad, Estado de derecho y reforma judicial*. México: Comceso.

ANTEZANA, L. H. (2009). “Dos conceptos en la obra de René Zavaleta Mercado: formación abigarrada y democracia como autodeterminación”. *Pluralismo epistemológico*. Bolivia: Muela del Diablo Editores-CIDES-UMSA-CLASCO-Comuna. Disponible en: <https://bit.ly/3fzPBcf>.

ATIENZA, M. (2008). “A propósito de la dignidad humana”. En *Ius et Veritas*. Vol. 18. Núm. 36. Disponible en: <https://bit.ly/2TwbNeZ>.

ATIENZA, M. (2016). “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”. En *Ius et Veritas*. 24(53). Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.015>.

ATIENZA, M. (2017). “Un comentario sobre el concepto de dignidad”. En LARRAÑAGA M., Pablo *et al.* (coords.). *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. México: UNAM. T. I.

AZZOLINI, B. y ALICIA B. (2015). “Las salidas alternas al juicio: acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso”. En GARCÍA, S. y GONZÁLEZ, Olga (coords.). *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. UNAM. Disponible en: <https://bit.ly/3pbKnH7>.

BARRERA, L. (2012). *La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo XXI.

BAUMAN, Z. (1989). *Modernidad y holocausto*. Madrid: Sequitur.

BAUMAN, Z. (2004). *Modernidad líquida*. 3a. ed. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

BAUMAN, Z. (2017). *Retrotopía*. Buenos Aires: Paidós.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ A. C. (2017). *Dossier de prensa de doña Jacinta Francisco Marcial*. Disponible en: <https://bit.ly/35K4nHB>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. Disponible en: <https://bit.ly/3edmrgQ>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3fpdDpb>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Resumen oficial emitido por la Corte Interame-

- ricana de la sentencia del 30 de agosto de 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3tWPylw>.
- “Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación” (11 de marzo de 2021). *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en: <https://bit.ly/3y3eXXt>.
- ENZENSBERGER, H. (2002). *Mediocridad y delirio*. 2a. ed. Trad. de Michael Faber-Kaiser. Barcelona: Anagrama.
- FAUNDES, J. J. (2019). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de derecho hegemónico”. *Izquierdas*. 45.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta.
- GADAMER, H. (1998). *Verdad y método II*. Trad. de Manuel Olasagasti. España: Ediciones Sígueme.
- GALTUNG, J (2013). *Pioneer of Peace Research*. Springer. 5.
- GAMBOA, C. y VALDÉS, S. (2018). *Los usos y costumbres de pueblos indígenas: derecho comparado a nivel estatal*. México: Cámara de Diputados.
- GIRARD, R. (2012). *La violencia y lo sagrado*. 5a. ed. Trad. de Joaquín Jordá. Barcelona: Anagrama.
- GONZÁLEZ, J. A. (2002). “La reforma constitucional en materia indígena”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 7. Disponible en: <https://bit.ly/33vSt3j>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI). *ENVIPE 2020*. Disponible en: <https://bit.ly/2RRN9Vq>.
- INSTITUTO NACIONAL DE LENGUAS INDÍGENAS (INALI). *Número de intérpretes registrados por variante*. Disponible en: <https://siip.inali.gob.mx/statistics/variant>.
- LAFFERRIERE, J. y LELL, H. (2020). “Hacia una sistematización de los usos semánticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria”. *Cuestiones Constitucionales*. 43. Disponible en: [file:///C:/Users/L01331686/Downloads/15181-19889-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/L01331686/Downloads/15181-19889-1-PB%20(1).pdf).
- LEFRANC, F. C. (2011). *Sobre la dignidad humana: los tribunales, la filosofía y la experiencia atroz*. España: UBIJUS.

- LEFRANC, F. C. (2019). “Una fenomenología de la dignidad acompañada”. *Revista Trabajo Social*. 20. Disponible en: <file:///C:/Users/L01331686/Downloads/77075-226059-1-PB.pdf>.
- LÉVINAS, E. (2015). *Ética e infinito*. Trad. de Jesús María Ayuso Díez. España: Machado Libros.
- LÓPEZ, E. y FONSECA, R. C. (2015). “El derecho penal frente a la interculturalidad en México”. *DIKE, Revista de Investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría Jurídica*. 18. Disponible en: <https://bit.ly/3yZ9nWy>.
- LÓPEZ, L. (2015). *Análisis del modelo tradicional de justicia indígena en San Juan Cancuc, Chiapas, desde la perspectiva de los derechos humanos*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Chiapas.
- MALO, G. (1997). *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa.
- MÉXICO EVALÚA (2014). *Los pueblos indígenas frente a la reforma procesal penal en Oaxaca*. Disponible en: <https://bit.ly/3mmIFQg>.
- NAVA, W. y BRECEDA, J. A. (2017). “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana”. *Cuestiones Constitucionales*. 37. Disponible en: <https://bit.ly/3z9DRoz>.
- OGARRIO, J. (2017). “«Te tienes que declarar culpable, pinche indio» ¿Racismo legítimo o legalidad racista en Sonora?”. *La Jornada del Campo*. Disponible en: <https://bit.ly/3z8EVt3>.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) (2015). *Situación de derechos humanos en México*. Disponible en: <https://bit.ly/3e2wg3l>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: <https://bit.ly/3gNcfPr>.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2017). “Iniciativa por la que se expide la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante”. Disponible en: <https://bit.ly/3lLtNTI>.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2020). *Desarrollo humano y COVID-19 en México: desafíos para una recuperación sostenible*. Disponible en: <https://bit.ly/3wb3VO0>.
- QUIJANO, A. (2014). “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructu-*

- ral a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: Clacso. Disponible en: <https://bit.ly/3gvyvgn>.
- RIVERA, S. (2018). *Un mundo Chi'ixi es posible: ensayos desde un presente en crisis*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (2008). “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Disponible en: <https://bit.ly/2JeZePU>.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (2020). *Guía para el desarrollo de proyectos del Modelo Nacional de Policía y Justicia Cívica*. Disponible en: <https://bit.ly/3veUEEx>.
- SEGATO, R. L. (2013). *Crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*. Argentina: Prometeo.
- STALLAERT, C. et al. (2020). “Acceso a la justicia y formación de intérpretes en lenguas indígenas: una propuesta de cooperación triangular con enfoque decolonial”. *CPU-e*. Universidad Veracruzana. 30.
- STAVENHAGEN, R. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-El Colegio de México.
- SUPIOT, A. (2007). *Homo juridicus: un ensayo sobre la función antropológica del derecho*. México: Siglo XXI.
- TENORIO, F. (2014). *El delito y el control del delito en la modernidad avanzada: una aproximación al inicio de la biopolítica y la metamorfosis del pharmakos y del homo sacer en la modernidad avanzada*. Alemania: Publicia.
- WITTGENSTEIN, L. (1922). *Tractatus Logico-Philosophicus*. New York: Hartcourt, Brace y Company Inc.
- ZAFFARONI, E. R. (2001). *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- ZAFFARONI, E. R. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general*. 2a. ed. Argentina: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. y DIAS, Í. (2019). *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Buenos Aires: Ediar.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Derecho y democracia en la periferia de la sociedad moderna. Estructuras, semánticas y expectativas*

Law and Democracy in the Periphery of Modern Society. Structures, Semantics and Expectations

Recepción: 17 de enero de 2022

Aceptación: 5 de mayo de 2022

Raúl ZAMORANO FARIÁS**

RESUMEN: Sobre la base de la arquitectura conceptual de la teoría general de los sistemas sociales (TGSS) se analiza el problema del orden jurídico-político en la periferia de la sociedad moderna, rastreando las formas de institucionalización de las estructuras, semánticas y expectativas y los artefactos que se reproducen y parasitan en esas estructuras con las cuales, paradójicamente, se construye el orden funcional y diferenciado preeminente en la modernidad de la sociedad moderna.

Si la captura del aparato estatal ha sido una de las características que definen la articulación del orden en la región, cómo se estabilizaron esas estructuras, cómo incluso definen las expectativas que orientan los presupuestos de la diferenciación funcional,

ABSTRACT: Based on the conceptual architecture of the General Theory of Social Systems (TGSS), the problem of the legal-political order in the periphery of modern society is problematized, tracing the forms of institutionalization of structures, semantics and expectations and the artifacts that reproduce and parasitize in those structures with which, paradoxically, the preeminent functional and differentiated preeminent order in the modernity of modern society.

If the capture of states apparatus has been one of the characteristics that define the articulation of order in the region, how these structures stabilized, how they define even the expectations that steer the assumptions of the functional differentiation, operating factually with the logic of a stratified

* Investigación presentada en el International Seminar Deconsolidation of Democracy in Latin America, en la Uniwersytet Jagielloński–Kraków, el 28 de mayo de 2021 y que forma parte del proyecto *Observaciones de la periferia de la sociedad moderna*.

** PhD Filosofía Giuridica. Profesor titular en el Centro de Estudios Teóricos y Multidisciplinarios en Ciencias Sociales (CETMECS), de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). ORCID: 0000-0002-8277-1970; rzamorano61@gmail.com.

operando factualmente con lógicas de un orden social estratificado y potenciando las prácticas clientelares. *social order and promoting relationships clientelistic.*

Palabras clave: democracia, estructuras, semánticas, expectativas, orden social. **Keywords:** *democracy, structures, semantics, expectations, social order.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conceptos básicos.* III. *Periferia de la sociedad moderna.* IV. *Estructuras y semánticas en la periferia.* V. *Democracia y expectativas en la periferia.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las élites y redes de inclusión en la región latinoamericana no defienden los presupuestos de la modernidad frente a la estratificación clientelar premoderna, lo que hacen es utilizar ésta sin complejo alguno, y a eso le llaman democracia.

Nexus (2014)

Cuando la expectativa democrática se imagina y admira como una idea es preciso explicar por qué la idea no funciona, aun cuando sus presupuestos estructurales continúen funcionando, reproduciéndose y estabi-
lizándose, sobre todo si en la *modernidad de la sociedad moderna* se reconoce que la democracia es un logro, *una adquisición evolutiva*, cargada de presupuestos *evolutivamente improbables*, y no una prescripción o un “debe ser” (Luhmann, 1991; 1993; 1998b; 2007; Zamorano Farías, 2003; 2017).

Desde la observación sociológica, pensar en evolución implica, necesariamente, pensar tanto en la diferenciación funcional de la sociedad cuanto en su clausura operativa, así como en la autoconstrucción de la complejidad, del orden social y de la democracia, puesto que un sistema que evoluciona es aquel que ha reafirmado sus límites respecto a su entorno y sobre la base de esta diferenciación sus elementos se reproducen autopoiética-

mente, lo cual significa que, en este proceso, genera su propia complejidad estructural (Luhmann, 2007: 100; 2010; 1982).¹

Si la característica de la sociedad y del orden social moderno está dada por la desilusión del supuesto orden natural, y, además, si la democratización del sistema político y la positivización del derecho han evolucionado, merced a la permanente irritación y recíproca estimulación en la construcción del orden social diferenciado, *cómo es posible entonces la democracia en la periferia de la sociedad moderna*. Es decir, cómo han operado los presupuestos de la diferenciación funcional, de la complejidad estructural y de las expectativas en el orden democrático en este lugar del mundo.

La pregunta presupone la diferenciación de la sociedad del mundo, presupone que la democracia, en tanto adquisición evolutiva, existe, lo cual hace posible problematizar las condiciones de posibilidad de su existir y de las expectativas que esto genera. Se interroga entonces no por el *deber ser* (prescripción) o por el *qué* es la democracia (ontología), sino más bien por las formas en *cómo* opera, y cuáles han sido evolutivamente las estructuras sociales disponibles que se han estabilizado con ese fin. Estas estructuras hacen plausible que también, en la periferia de la sociedad moderna, la democracia se establezca y funcione como funciona, y, además, semánticamente oriente el orden social y de la misma manera, las expectativas.

En este sentido, por periferia de la sociedad moderna se entiende un tipo de orden social cuya característica central está dada por relaciones de orden estratificados, de forma que el sentido de operación tiende a afianzar preeminentemente las relaciones sociales entre estratos, sean éstos las cortes, grupos religiosos, clanes, familias, clases e incluso mafias, que al estabilizarse articulan las estructuras que determinan las expectativas y descripciones semánticas de ese orden social, así como de lo que se debe

¹ Por lo tanto, la problematización de este problema no sigue ni se inscribe en la disputa sobre fines de *razón analítica* o de *razón dialéctica*. Es decir, trasciende y supera el cientificismo analítico (Popper), la teórica de la praxis (Adorno) y el ideologismo escatológico finalista de Horkheimer. Véase Theodor Adorno *et. al* (1973).

La sociedad no es un objeto, sino el producto de la operación de diferenciación entre sistema/entorno sobre la base de la comunicación. La sociedad como “objeto” es más bien la marca de origen compuesta por la distinción Estado/sociedad o comunidad/sociedad, marca que ha constituido uno de los obstáculos epistemológicos más fuertes y generalizados en la reflexión sociológica (Luhmann, 1998b: 51-67).

entender por política, derecho, opinión pública, justicia, libertad, participación, democracia, etcétera.²

En clave histórico-comparativa, se trata entonces de analizar las condiciones de posibilidad, la producción y estabilización de semánticas y estructuras en el proceso de diferenciación funcional de la periferia de la sociedad moderna, así como de su improbabilidad y normalización, lo cual es siempre producto del devenir evolutivo (Koselleck, 1993; Luhmann, 2007).

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Como señala Elias (1994), la sociedad genera descripciones de sí misma o, para decirlo con Koselleck, genera semánticas. La *semántica* es la construcción de sentido social que produce aquello que usa como realidad. Esas fórmulas de sentido comunicativo, denotadas con el término *semántica*, indican precisamente la condensación de una confirmación de sentido, dada por medio de su recursividad y su estabilización en la forma de expectativas dotadas de cierta generalidad que constituyen las condiciones de posibilidad, las cuales facilitan la organización estructural de la sociedad (Luhmann, 1998a; 1998c).³

Por lo tanto, la estructura social y la semántica son formas de sentido o “formas del ordenamiento de sentido”.

La primera (estructura) corresponde a la diferenciación de la acción, mientras que la segunda (semántica) corresponde a la diferenciación de la vivencia. Desde una perspectiva sociológica, esta reconstrucción histórica posibilita analizar los fenómenos autorreferenciales de sentido, las diferencias y la complejidad para observar las formas de estabilización de las expectativas (Luhmann, 2008: 7-71).

² Baste observar en nuestros días y en los diferentes países de la región cómo estos grupos y familias operan para imponer no sólo su “narrativa”, sino lo que realmente se debe hacer para “salvar la democracia”, sea desde el mismo gobierno (Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay, Panamá, Haití, Ecuador y Nicaragua), o en contra del gobierno “populista” que dirige el Estado (México, Perú, Argentina, Cuba, Bolivia y Venezuela).

³ Conforme al principio de diferenciación, la semántica de la sociedad moderna puede admirarse y criticarse, en contraste, las sociedades segmentarias con todas sus instituciones, sus posibilidades de expansión y contracción, su hacer paralelo a la causalidad y la magia, y con su reciprocidad como forma de resimetrizar las asimetrías temporales y sociales, hechas para permanecer tal como están (Luhmann, 2007: 472, 518).

La diferenciación de la sociedad está directamente relacionada entonces con el repertorio, con la disponibilidad de estructuras y semánticas, en tanto comunicaciones, porque éstas reproducen y estabilizan el sentido y son usadas para operativizar y autodescribir la realidad del orden del mundo, con lo cual orientan las expectativas y la plausibilidad para construir expectativas y, como tal, operan porque son funcionales para el sistema.⁴

Siguiendo la gramática luhmanniana, para la arquitectura conceptual de la teoría general de los sistemas sociales (TGSS), las expectativas son estructuras selectivas que regulan la relación *ego-alter* (el viejo problema de la *doble contingencia* en Parsons).⁵ Las estructuras son en sí una expectativa comunicativa que condensa sentido, y cuyo resultado, en última instancia, es que las estructuras fundamentales de la comunicación son sólo expectativas. Es decir, lo que se espera como necesario aun cuando no sea realizado (lo cual, en el caso de las expectativas normativas —desde el punto de vista jurídico—, podría comportar el riesgo de una sanción) (Luhmann, 2007; 2002; 2000).

Las *estructuras* establecen entonces las condiciones que delimitan el ámbito de relación de las operaciones de un sistema, mientras que las *semánticas*, ese conjunto de premisas de sentido dignas de ser conservadas, estabilizan descripciones; estas operaciones, por cierto, no pueden ser pensadas sin otra categoría fundamental: el tiempo (Prigogine, 2004; Elias, 1989; Koselleck, 1993; Luhmann, 2007).⁶

La modernidad reemplaza así la experiencia teológica del *acortamiento* del tiempo hacia el fin del mundo por la *aceleración* de los sucesos históricos. Por un lado, con la separación entre el *espacio de experiencias*

⁴ Estructuras en tanto condensación recursiva de condiciones que delimitan el ámbito de relación de las operaciones comunicativas de un sistema, las cuales se mantienen y se repiten en diversas situaciones operativas posibilitando la autopoiesis del sistema (Luhmann, 2007).

⁵ El teorema que concibe Parsons sobre la *doble contingencia* formula de manera causal el problema del orden social, y lo reduce a la dependencia; por lo mismo, la *acción social* no es posible, porque en la pura acción no hay ninguna posibilidad de lograr acuerdo o coordinación (tampoco variación). La propuesta de Parsons a esta situación de indeterminación se define entonces en el plano de una teoría general de la acción, en donde la única alternativa comprensiva está en la identificación de *componentes normativos* inherentes al sistema de acción e internalizados a través de la socialización (*pattern variables*) (Parsons, 1999).

⁶ Esa *cuarta dimensión* que Einstein enuncia en su célebre teoría de la relatividad especial (1905).

y el *horizonte de las expectativas*, el fin no se acerca más rápidamente, es el devenir el que se acelera cada vez más (Koselleck, 2003: 54). Por otro, el *ethos* de la modernidad, del *Neuzeit*, se cristaliza primordialmente a partir del desarrollo de la concepción del individuo, marcado por el aumento de la complejidad y en donde, temporalmente, se genera el paso del orden social estratificado al orden social diferenciado por funciones.

Evolutivamente, en el sentido de la constitución del orden y la operatividad del poder, una de las primeras conquistas que marcan este proceso es la estabilización del monopolio del recurso a la violencia, la cual no puede ser más dejada al arbitrio del poderoso, sino que debe ser exclusiva del Estado (Luhmann, 2014; 2004; Corsi, 2011; Elias, 1994).

Si en la sociedad estratificada el nivel superior domina y produce las autodescripciones de la sociedad, es decir, es y representa la sociedad total, y esa es la característica predominante del orden social estratificado, la elite (rey, príncipe, señor, paterfamilias) de forma permanente se expone a la rivalidad y al peligro de una muerte violenta; por lo tanto, se hace necesario que la dominación deba ser proclamada y estructurada como un derecho y, en consecuencia, cualquiera que intenté oponerse a la elite encuentre siempre en la posición un rival al que deberá presentar argumentos legales (Corsi, 2011). Así, el código legal/ilegal se estabilizará como el código ordenador de la política, de modo que toda rivalidad política quedará semánticamente sujeta a esa distinción. Toda arbitrariedad quedará arbitrada (Luhmann, 2002; 2004).

Lo anterior implica que la democratización de la política se basa sobre todo en el reconocimiento y *legitimación jurídica de la oposición*, es decir, en el reconocimiento del disenso (no ya consenso y violencia), lo cual obliga a construir y generar las condiciones dirigidas a la adquisición no del pacto, sino tan sólo del consenso racional. Esto presupone que no es ya la naturaleza, sino la razón, esa cualidad intrínseca del ser humano, la que guía sus elecciones y comportamientos, y que debería llevarlo a construir una sociedad sensata, racional y democrática (Kant, 1784).⁷

En línea de principio, la democracia moderna es, entonces, la política del *conflicto institucionalizado* y no el pacto entre señores, menos la paz de los

⁷ Para Kant, la apelación a un individuo autónomo capaz de dotarse de leyes universales se conecta a la ley moral y a la ley política mediante un proceso de formación de opinión y de voluntad general; qué pasa entonces en una situación en la cual incluso la formación de un individuo autónomo y su voluntad personal no están garantizados y, mucho menos, la formación de una voluntad general democráticamente instituida...

cementerios.⁸ Es el reconocimiento del disenso (el reconocimiento del otro como legítimo otro) como posibilidad para construir posibilidades, sobre todo luego de que Weber reafirma que la voluntad de consentir no sólo es antinatural, sino que se vuelve cada vez más improbable a medida que se incrementa la organización y administración (Weber, 1980; Corsi, 2011; Luhmann, 2014); es decir, a medida que se incrementa la diferenciación funcional y las gradientes de complejidad social.

En general y como adquisición evolutiva, desde la tradición normativa moderna, el sentido sustantivo de la semántica de la democracia describe entonces una forma de convivencia social en la que los miembros son libres e iguales, y las relaciones sociales se establecen conforme a mecanismos contractuales (*reglas*). La democracia no está determinada por el lugar que se ocupa (estrato); la democracia es el gobierno del pueblo, es un régimen de autonomía, de *autoconstitución* de la *autolimitación* y limitación del poder (Castoriadis, 1989), del reconocimiento de la oposición y la estructuración de los derechos y deberes que se establecen sobre la base de reglas como expectativas fundamentales (Sartori, 1996).

De forma paralela, desde la concepción tecnocrática, la democracia ha sido conceptualizada también como un sistema de gobierno en el que los gobernantes son responsables de sus acciones en el terreno público ante los ciudadanos, actuando indirectamente a través de la competencia y la cooperación de sus representantes electos, para activar un proceso dirigido a producir decisiones vinculantes, y en donde el núcleo central está orientado por la igualdad política de los participantes en el proceso electivo, lo cual presupone que se debe garantizar el cumplimiento y la existencia de garantías institucionales básicas. Por lo tanto, el gobierno es un gobierno de las minorías, y la democracia es una *poliarquía*, un sistema en donde se difunde el poder, la influencia, la autoridad y el control entre una variedad de grupos, asociaciones y organizaciones restándose a cualquier centro único (Dahl, 1971).

⁸ Ya desde Macchiavello deviene claro que el problema del poder gira en torno a quién lo detenta y cómo se ejerce. Como señala Therborn, los enfoques básicos para el estudio político de este problema han articulado tres corrientes principales que agrupan a un conjunto de subcategorías analíticas: *a*) el *enfoque subjetivista* que busca responder al problema de *quién tiene el poder* (poliarquías y elitismo); *b*) el enfoque de *cuánto poder y para qué* (*rational choice*, microeconomía), y *c*) el enfoque del materialismo histórico, que se pregunta por el *cómo se ejerce* —opera— el poder (relaciones de poder) (Therborn, 2016: 152-154).

Incluso, en nuestros días, una democracia que trascienda la forma normativa o procedimental tiene que articular estructuras disponibles para la reproducción no sólo del sistema político, sino también de la ciudadanía de la ciudadanía, así como de la materialización de la Constitución (Bobbio, 2006; Grimm, 2006), de ese *derecho no oficial*, como señala Teubner (1989).

A contracorriente de la tradición tardomoderna, para Luhmann la democracia no es un precepto normativo o técnico burocrático para prescribir o *performar* el orden social o la distribución económica del poder. La democracia es una adquisición evolutiva de la sociedad moderna. Por lo mismo, la democracia no tiene que ver con soluciones racionales argumentativas, sino con la posibilidad de mantener abierta las posibilidades de comunicación (que siempre es *improbable*). La democracia moderna es entonces la expresión operativa de la diferenciación de un sistema funcional, el sistema político, para mantener abierto el futuro a procesos de decisión que se basan en decisiones que él mismo ha seleccionado para producir nuevas posibilidades y generar posibilidades para producir posibilidades (Luhmann, 2000).

Si para la concepción normativa el poder político responde operativamente al código jerárquico "poder", lo relevante ahora es que el poder gobernante no puede erigirse en autoridad suprema total y omniabarcante, en ese *factótum* que controla la totalidad social y a los súbditos (característica predominante del orden social estratificado), porque ahora tiene plazos y autoridad limitada por su código. Consecuentemente, esto significa que el pueblo gobierna sobre el pueblo, en una necesaria y permanente relación entre gobierno/oposición (Luhmann, 2000: 104, 105, 353; 1993), toda vez que el código binario gobierno y oposición articula —operativamente— la forma, de por sí paradójica, de que la oposición que no tiene ningún poder de gobierno, precisamente por ello, puede hacer valer el poder de los no poderosos (Luhmann, 1993: 163).⁹

De esta forma, el puesto que antes correspondía al poder superior (rey, señor, caudillo) es ahora ocupado por la opinión pública que puede favorecer sea al gobierno o a la oposición, generando así la dinámica de comunicaciones que abren posibilidades y expectativas no sólo sobre quién tomará las decisiones, pues regula el código y la posibilidad de que

⁹ Luhmann señala que la invención estructural resultante de ello ha recibido, por motivos históricos accidentales, el nombre de democracia (1993: 165).

se intercambien las posiciones mediante elecciones. Huelga señalar que, ciertamente, esto presupone el reconocimiento de la funcionalidad operativa del sistema de la política y, en los hechos, de la oposición, porque sin oposición no hay democracia.

Como presupuestos, estas adquisiciones evolutivas estarán también presentes en la Constitución de los Estados nacionales en América Latina, en donde las condiciones y probabilidad para construir y estabilizar esas estructuras va a depender, por cierto, de su especificidad evolutiva.

III. PERIFERIA DE LA SOCIEDAD MODERNA

La mexicanidad, así, es una manera de no ser nosotros mismos, una reiterada manera de ser y vivir otra cosa.

O. PAZ

Desde el siglo XVI, América Latina se asienta en el proceso de diferenciación funcional de la sociedad mundial como parte de la periferia. Es decir, sobre la base de la readecuación de las estructuras sociales existentes,¹⁰ llevadas a cabo por los conquistadores y, en general, por pactos acordados entre éstos y los jefes locales, la región se convierte en parte de la sociedad mundial. En ese contexto y con esas condiciones, la organización social consolidó y se orientó por relaciones de dependencias a imagen y semejan-

¹⁰ El emperador, los sacerdotes, el *intermediario* y la *ley que siempre se acata, pero que no se cumple*. Estas últimas quizá dos de las estructuras más letales y exitosas en el devenir de la modernidad latinoamericana. Paré señala que el cargo de *intermediario* constituía un instrumento del grupo de poder local, porque efectivamente los intermediarios operaban como mediadores entre un grupo y otro, pero no ejercían un poder independiente, sino que estaban subordinados al grupo de poder de pertenencia. Esta estructura fue retomada por los españoles bajo la figura del *cacique*; primero, para designar algunas de las autoridades que separaban a la población india de la administración colonial; segundo por su función, que es fundamentalmente la de recabar el tributo, proveer de fuerza de trabajo a los conquistadores y en general controlar a la población nativa (Paré, 1975: 36-70). A cambio de sus servicios, los caciques recibían (y siguen recibiendo) como beneficios el poder para aprovechar todas las oportunidades de enriquecerse, acrecentar y ejercer su poderío (Meyer, 2005: 37 y ss). Luego, la práctica de que la norma no se cumple será estabilizada en el “ancestral” axioma moderno, que Getúlio Vargas (1930-1945) elevó a rango de *ley no oficial* en Brasil: *para mis amigos todo, para mis enemigos la ley*.

za de las relaciones estratificadas tanto de España y Portugal (familiares y de grupos), cuanto regionales (imperiales). Es decir, se generó una particular y determinante mistura y especificación funcional entre estructuras, semánticas y expectativas locales y europeas.

Como se ha señalado en otro lugar (Zamorano Farías, 2003; 2010; 2017; 2021), en la región latinoamericana y del caribe, si bien bajo el control y la égida de las elites descendientes del imperialismo español, y sobre la base de relaciones sociales de tipo segmentario, cada vez se va a favorecer más el reforzamiento de los poderes locales; no obstante, también se institucionalizará el predominio de las familias y de sus redes clientelares (Martuccelli, 2010: 159; Zamora, 2020). Es decir, de estructuras que se sedimentan y articulan en un orden social estratificado, con el cual se organizará la forma en que se orienta la diferenciación funcional y se estabilizan los presupuestos centrales en el proceso de construcción del Estado moderno.

Si bien en la región los presupuestos del *ethos* que porta la modernidad (*liberté, égalité, fraternité: démocratie*) no están ausentes y serán vociferados en las guerras de independencia, en los hechos las elites criollas y los grupos de poder combatieron para apoderarse y controlar al incipiente Estado, esa organización constituida por un conjunto de instituciones burocráticas a través de la cual ejerce “legítimamente” el uso de su fuerza y la soberanía de *su* mando (de su moral, de su ideología, de su derecho).

En ese proceso las elites españolas serán paulatina, mas no totalmente, desplazadas por las oligarquías locales, las que estructural y semánticamente construyen un Estado altamente excluyente, marcado por la absoluta concentración de poder político y jurídico de unas pocas familias y grupos,¹¹ instalando desde su origen, y en esa lógica, regímenes políticos caciquiles, presidenciales y centralistas.

La estratificación social existente en el momento de la formación estatal fue entonces decisiva para la constitución política de sociedades estructuradas bajo la lógica premoderna. En los hechos, la estructuración jurídico-política no se estableció en continuidad operativa entre la norma constitucional y la institucionalidad estatal; en la práctica más bien se combinó un régimen político paralelo, básicamente ilegal, pero dotado de reglas claras y públicamente conocidas, basadas en un presidencialismo absoluto que, en

¹¹ Los procesos revolucionarios de los siglos XIX y XX reproducirán la concentración del poder político y económico de las estructuras coloniales, lo cual constituye el caldo de cultivo para el desarrollo del *colonialismo interno*, tesis desarrolla por Stavenhagen (1981) sobre los escritos de Lenin.

los hechos, anula la división de poderes y deja desprotegida a gran parte de la “ciudadanía” que no está reconocida jurídicamente a través de vínculos corporativos (redes de inclusión: relaciones particularistas/personales).

Estas prácticas, estructuras y expectativas se despliegan y simbolizan en las figuras que van desde el caudillo clásico y patrón de fundo al pretor militar (1810-1940), el caudillo paternal de los descamisados (Juan Domingo Perón en Argentina), los dictadores (1952-1976) al sátrapa de los noventa (Alberto Fujimori en Perú, Hugo Banzer Suárez en Bolivia, Patricio Aylwin Azocar en Chile), y los narco-presidentes del nuevo siglo (Álvaro Uribe en Colombia, Felipe Calderón Hinojosa en México), y en donde las estructuras para *disponer de la ley* están siempre a la mano.¹²

En los noveles Estados latinoamericanos, evidentemente, la “ciudadanía” quedó así circunscrita solo para una “inmensa minoría”; el resto de la humanidad continuó siendo súbdito del señor, del sacerdote, del político o, en el “mejor” de los casos, tolerada como “oposición”; como un “disenso tolerado” y “tolerable”, para el cual se estructuró también el reconocimiento de una “ciudadanía simbólica”, que como fórmula constitucional expresa contenidos universales, pero sin ningún efecto operativo, salvo para el ejercicio de prácticas ilegales que serán traficadas con fundamento en la legalidad;¹³ es decir, que operan sólo de manera *simbólica*. Exactamente, ese *constitucionalismo simbólico* que cumple sólo una función *simbólico-ideológica* (Neves, 2018: 196; 1994).

Es claro que tolerar es la pasión de los inquisidores, mas no constituye reconocimiento alguno de las diferencias; por lo tanto, allí en donde el opo-

¹² Recordemos que, en el imperio de Brasil, la Constitución de 1824 reconoce la existencia de cuatro poderes: el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el *Poder Moderador*, el cual está por encima de los demás poderes. Esta estructura, en variedades y con diversos nombres, ha sido aplicada durante los dos últimos siglos en los países de la región; la más conocida, *golpe de Estado*; las más actuales, *impeachment* o, literalmente, *disponibilidad de la ley* para violar la ley (Brasil, Colombia, Chile, o en México el IFE [actual INE: Instituto Nacional Electoral], promotor y gestor del fraude electoral institucionalizado).

¹³ Zamorano Fariás, 2003; 2010; 2017; 2021. Leyes hechas para beneficiar a grupos y minorías. Como señala Loveman (1993), en la región latinoamericana las Constituciones han servido desde siempre para cambiar las cosas, pero sin que nada cambie. Ejemplo paradigmático es la Constitución mexicana de 1917 y, en la actualidad, el paso del Estado de derecho al *Estado de derecho de excepción*, elevado a rango “constitucional” como *excepción permanente*, lo cual facilita los golpes de Estado de nuevo tipo: Honduras (2009/2018), Paraguay (2012), Brasil (2016-2018), Ecuador (2018), Argentina (2017-2018), Chile (2018), Bolivia (2019-2020).

nente no hubiese de ser tolerado o considerado como un ciudadano, será sistemática y “legítimamente” aniquilado y pasará a formar parte de las listas de desaparecidos, en las cuales la mayoría de las veces tampoco aparecerá.¹⁴

En general, desde la constitución misma del Estado latinoamericano, si bien quienes gobiernan asumirán como discurso político la modernización, el “crecimiento” y desarrollo, la defensa del Estado de derecho y de la democracia, en la práctica reproducen el carácter patrimonial de la estratificación y de la participación limitada (redes de inclusión exclusiva y excluyente), accesible sólo a restringidos grupos aristocráticos y de poder, de forma tal que la misma estratificación se estratifica, y esta estratificación de las diferencias coexiste, a su vez, con grandes diferencias entre centro y periferia, las cuales se estabilizan en razón del nivel de especificación funcional que alcanzan los diferentes sistemas sociales en la región (Giorgi, 2015: 7; Zamorano Farías, 2003).

Con sus variedades en la forma, éstos son los presupuestos basales sobre los cuales se construyeron las estructuras que orientan —cuando no determinan— el orden social y las expectativas de la democracia en los Estados de la periferia de la sociedad moderna.

IV. ESTRUCTURAS Y SEMÁNTICAS EN LA PERIFERIA

En la región, con el “argumento” de la tutela inhibitoria, el derecho se excusa a sí mismo de regular situaciones que debería regular...

En las vicisitudes, son éstas las estructuras que se han estabilizado como producto del nivel de especificación funcional que alcanzan los diferentes órdenes sociales en la región y que operan como semánticas para “orien-

¹⁴ Siglo XIX: Chile, Argentina, Uruguay, sur de Brasil y amazonia, Guatemala. Sobre esto, resulta ilustrativo leer a Domingo Faustino Sarmiento (2018), Vicente Pérez Rosales (2000), Germán Arciniegas (1954), Miguel Ángel Asturias (1997), Raymundo Faoro (1998). Siglo XX: Sudamérica, Colombia, Centroamérica, México y, en la actualidad, baste escuchar las peroratas de los “intelectuales orgánicos” y testaferreros, desde Vargas Llosa, Juan Guaidó, Javier Milei, José Antonio Kast, Javier Quadri, hasta Aguilar Camín, Martín Moreno y un muy largo etcétera, que promueven las nuevas hogueras inquisidoras para frenar la sublevación de los súbditos.

tar” las expectativas “ciudadanas”, sedimentadas ya en los procesos de independencia, modernización y diferenciación social, las cuales no fueron seguidas por la estabilización operativa de la complejidad social y tampoco por los presupuestos del *ethos* que porta la modernidad, lo que, entre otras cosas, requiere estructuras sociales que posibiliten su despliegue operativo.

Al contrario, al no desligarse de las atávicas estructuras coloniales, los clanes y familias estabilizaron estructuras de diferenciación social de tipo estratificado en el seno de la diferenciación funcional, garantizando la precariedad como estructura institucional, lo cual constituye —y ha constituido— no sólo un impedimento para la misma construcción institucional, sino que refuerza la estratificación, reproduciendo los sobreentendidos y las redes de interacción clientelar que determinan y reproducen la construcción del orden social en la región (Giorgi, 2015; Zamorano Farías, 2003; 2021).

Con esa lógica se reproduce un *structural drift* patrimonial, determinado incluso como *cultural appropriation* por las elites políticas, y articulado sobre la base del autoritarismo y del patrimonialismo de familias y grupos que, para mantener la ilegalidad más o menos dentro de unos límites tolerables, crean redes de favores, de privilegios del cargo y de poder y de defensa, e incluso producen a sus propios *intellettuali organici*, como ya lo denunciaba Mariátegui (1905) y, por cierto, también a ese conglomerado de jueces y magistrados y leguleyos para mantener bien aceitadas las estructuras institucionalizadas del orden social estratificado. Un Poder Judicial con fines políticos para proteger el nepotismo y los “negocios” de esas elites (Argentina, México, Colombia, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, Perú),¹⁵ mientras los “ciudadanos” acatan, obedecen y también transan, o, en caso contrario, son aniquilados por la “razón del Estado” (Centroamérica, Colombia, Chile, Brasil), profundizando el *script* que estabiliza las relaciones clientelares, corporativas, y también el miedo como forma de control social.¹⁶

¹⁵ En México, un ejemplo grotesco del cacicazgo colonial, en pleno siglo XXI, lo podemos observar en los gobernadores, en los rectores de las universidades, en los “directores” de Facultad, en el consejero presidente del INE (*omnia corpus politicum*, los datos hablan) y en cuanto organismo “autónomo” exista (universidades incluidas).

¹⁶ Lo anterior no constituye una mala práctica aislada y puntual, no es disfuncionalidad en el sistema político o jurídico, menos un “Estado fallido”; es la orientación con la cual los sistemas políticos de la región funcionan y se autorreproducen. Tampoco la for-

Como se ha señalado, la captura del aparato estatal por los grupos de poder es una característica importante en la historia política de esta región, para desde allí generar estructuras en donde la inclusión y la exclusión vienen históricamente determinadas, de forma que el sistema político moderno queda imposibilitado para autoobservarse a través de la distinción consenso y disenso.¹⁷ Sin una opinión pública reconocida —ciudadanía— el sistema político no puede observarse a sí mismo a través de la distinción consenso y disenso —gobierno/oposición—, y más bien permanece ligado a la distinción originaria de poder y violencia (Giorgi, 2015); clausurando toda posibilidad de algo distinto (en estos días, piénsese no en los únicos, pero sí los más delirantes ejemplos: Perú, Argentina México). Se clausura entonces el futuro y se determina el presente, lo cual, qué duda cabe, es otra de las características del orden social estratificado.

Por lo tanto, si es la eternidad del presente lo que debe mantenerse, no es casual o producto del espíritu “salvaje” de estas tierras que, entre 1902 (Cuba) y 2019 (Bolivia), se hayan ejecutado más de 182 golpes de Estado,¹⁸ los cuales han sido organizados por los grupos y elites locales, en general con el apoyo del gobierno de los EE.UU. y de la OEA, para mantener y “salvar a la democracia” y sus estructuras.¹⁹ De forma paralela, avalados en esas estructuras democráticas, desde hace más de cien años, las fuerzas policiales, militares, paramilitares y guardias privadas de familias, caudillos, alcaldes, gobernadores y presidentes han dejado a su paso una interminable estela de sangre y horror. En su prontuario deben contabilizarse miles de masacres, torturas, desapariciones, bombardeos y fosas comunes, y siempre para mantener y “salvar su democracia” y el pacto entre señores

ma en la que funciona el sistema jurídico es anormal, se caracteriza justamente por operar metaconstitucionalmente, por aplicar poderes que se encuentran más allá del texto constitucional que, si bien no están establecidos de forma expresa en la Constitución, forman parte del contexto cultural y político que permite la *disponibilidad de la ley* a voluntad.

¹⁷ Paradigmáticos resultan los casos de países como Argentina, México y Centroamérica en el siglo XX.

¹⁸ La investigación y sistematización sobre los golpes de Estado en la región fue realizada por Erick Gasca Villa, a quien reconozco y agradezco su trabajo y contribución.

¹⁹ Desde 1946 la formación de los militares de la región ha estado a cargo del siniestro Western Hemisphere Institute for Security Cooperation (Escuela de las Américas), en la que se adiestran para violar, destrozarse, descuartizar y matar a cualquier mujer, hombre o niño en la lucha en contra del comunismo (los expedientes están ahí), siempre con el apoyo del *Ministerio de las colonias* (OEA), cuyo último acto fue avalar el golpe de Estado y la destitución del gobierno democráticamente electo de Evo Morales en Bolivia (2019).

(esa “templanza” en contra del radicalismo que tanto defiende en estos días el señor Ricardo Monreal en México).

Así es como ha operado y opera la modernidad democrática de esta periferia de la sociedad moderna.

V. DEMOCRACIA Y EXPECTATIVAS EN LA PERIFERIA

Observar la institucionalización de las expectativas en los Estados periféricos de la sociedad moderna evita equiparar nociones preconcebidas sobre lo que “debería ser” un Estado y la democracia, y, en su lugar, se aprehenden las dinámicas *operativas* de cómo éstas se han estabilizado y funcionan; es decir, de cómo sobre la base recursiva de las prácticas —estructuras— se crean expectativas y se espera lo que se espera de la democracia en función de esas prácticas.

Si, evolutivamente, todo orden social crea e institucionaliza expectativas que posibilitan la estructuración del orden social, el punto fundamental es el sentido de objetivación del operar recursivo apoyado en prácticas que al reintroducir de nuevo esas operaciones las institucionalizan (Foerster, 1991: 224). Así, esto permite observar cómo inclusive hasta la corrupción se construye y estabiliza, y no sólo como un *script* cultural (o desviación), sino también como una estructura que orienta la expectativa, el orden y la confianza social (Zamorano Farías, 2010: 899-901; 2017).²⁰

Precisamente, el límite de las expectativas se encuentra cuando ésta viene determinada *a priori*, marcada por la adscripción, el rango, la clase, el grupo, la familia, lo cual imposibilita que se pueda institucionalizar otro tipo de expectativas más que las sancionadas, estructuradas y reproducidas semánticamente *a priori* para describir ese orden social y que, en el caso del desvío de lo establecido, avalan que el otro sea eliminado. También es innegable que la alternativa sin alternativa es sólo la observancia, lo cual evidentemente define un orden social estratificado (o un credo religioso). Entonces, tanto la desviación (sin alternativa) como la observancia (sin

²⁰ El éxito de las conductas desviantes puede explicarse en virtud de que la ilegalidad funciona como un motivador para los involucrados; genera confianza social. Recordemos que las expectativas cognitivas son las que se aprenden de la práctica, del hacer y de lo que se espera de ese hacer aun cuando no ocurra; por lo tanto, la desilusión de la expectativa permite aprender. La expectativa normativa es contrafáctica, no cambia y se mantiene contra el hecho, mas permite reflexionar (Luhmann, 1998a: 91-121).

opciones) conducen a un espacio no especificado, porque se renuncia a puntos de referencia para el comportamiento ulterior, cerrando, clausurando toda posibilidad, todo vínculo con el futuro (Luhmann, 1998a), y estabilizando evolutivamente la variedad, mas no la variación, porque no hay posibilidad de seleccionar algo diferente, tal que incluso el nivel de complejidad va quedando determinado.

Como se observa, en la región la estructuración del orden social diferenciado ha conservado las estructuras estratificadas. Operativamente, estas formas de poder privado y redes de inclusión se han reproducido de manera preeminente y permanente (expectativas), sobre todo en el sistema de la política y del derecho, disponiendo de la ley y colonizando la política (legal/no legal, gobierno/oposición), superponiendo de forma determinante los sobreentendidos y la prevalencia de relaciones clientelares y de poder personal o familiar. Estas relaciones enmarcadas en la “arbitraria” disponibilidad de la ley son utilizadas por parte no sólo de los caudillos y políticos, sino de quien pueda usarlas (Neves, 2011: 201-236; Zamorano Farías, 2010: 899-901; 2017).

Esta superposición de formas difusas de poder privado sobre el código de la política, del derecho, de la ciencia, del arte, de la educación y hasta de la religión no sólo orientan la forma en la cual operan los sistemas funcionales en la región, sino que determinan y reproducen también las expectativas normativas y cognitivas, las cuales, por lo mismo, son definidas de manera heterónoma. Con ello se generalizan las relaciones de subinclusión y sobreinclusión en los sistemas y la anormalidad operativa se institucionaliza como normalidad factual, reduciendo la sobreinclusión exclusiva y aumentando la subinclusión excluyente (Neves, 2011: 215, 217).

Como señala Neves, la sobreinclusión ocurre cuando se define a la inclusión como el *acceso* a los rendimientos de un sistema social y, a la vez, como *dependencia* de él (grupos, familias, redes), mientras que la subinclusión define a los “ciudadanos” que no tienen derechos ni pueden llevarlos a cabo, pero sí tienen obligaciones y responsabilidades frente al Estado. Así, los marginados son integrados al sistema jurídico como deudores, culpables, demandados y condenados.²¹ En consecuencia, ellos son obje-

²¹ Un ejemplo, entre muchos otros, son las innumerables violaciones en contra de los eufemísticamente llamados derechos humanos y de lesa humanidad en contra de los “objetos de derecho”; crímenes cometidos en la región por las dictaduras militares (1952-1990) y por los narco-presidentes (Ayotzinapa, México, 2014), y por los cuales no se ha llevado a juicio —con escasa diferencia— a ningún responsable directo (salvo en Argen-

tos del derecho, mas no sujetos del derecho (Neves, 2011: 219-220; Zamorano Farías, 2010: 913-915; 2016: 303-333). Con fundamento en esa razón estructural, gran parte de la población permanece entonces excluida porque no quedan definidas las formas de diferenciación que predominan: funcionales o estratificadas.

Si los sobreincluidos no tienen responsabilidad frente al Estado, sino sólo derechos y goce de derechos, los subincluidos no son considerados por el Estado, porque no son sujetos de derecho (ciudadanos en la semántica moderna), de tal manera que ambos tipos de relaciones se encuentran excluidas del sistema del derecho, unos por encima de él y otros por debajo. Es decir, se sobreentiende el presupuesto de la diferenciación funcional, pero es evidente que en los hechos la preeminencia operativa está determinada por estructuras que responden a un orden social estratificado, por lo tanto, y para que siga funcionando el orden social, se deben entonces reforzar esas estructuras y no las que presupone el sistema del derecho moderno y su código legal/no legal (Zamorano Farías, 2010: 899).

Lo anterior no significa negar, en la periferia, la diferenciación funcional de la sociedad moderna; al contrario, se trata precisamente de observar su operatividad y las condiciones sociales disponibles —estructuras— que en los hechos operan y reproducen, sobre esa base, la diferenciación y el orden social democrático. Al respecto, y como trasfondo empírico, baste observar los sucesos acontecidos en estos meses en Colombia, Perú, Chile o México, en donde para “reforzar las estructuras de la democracia y del derecho” la histeria criminal se desata contra el grueso de la población (Colombia, Chile), o contra un presidente elegido democráticamente y en el marco de las reglas que desde la colonia manejan las elites y caciques locales (Perú), o, en México, contra el presidente que está avalado sólo por 33 millones de votos,²² pero que ni siquiera

tina), tal que nunca se ha resuelto nada y tampoco jamás se resolverá (al respecto Chile sigue siendo un “paradigma”). Estos son hechos comprobables, no opiniones o ideología. Insisto, baste observar que, en general, los responsables siguen impunes, dándose la gran vida, sea en Chile, Brasil, Uruguay o México. A las pruebas me remito.

²² Sin embargo, tampoco se trata de un problema moral, o de una —ahora— “Constitución moral”, para seguir de nuevo moralizando la política, lo cual sería repetir el esquema criticado: reproducir un solo y único esquema cultural o de “valores”. Es decir, atrincherarse en el ritual de los valores y de las formas, en tanto y cuanto función terapéutica, reproduciendo una situación de complejidad desestructurada, en donde todas las posibilidades son iguales y arbitrarias y todos los poderes apelan a la razón del poder y no al sentido de poder de la razón, cuyo resultado es perpetuar la discrecionalidad,

su partido político lo apoya, pues también forma parte de las redes de inclusión, los grupos de poder y la clientela que debe salvaguardar las atávicas estructuras de poder de los señores y de ellos mismos (como acertadamente señaló a la prensa el historiador Lorenzo Meyer, luego de la Consulta Popular para enjuiciar a los expresidentes en México, realizada el 10. de agosto de 2021).

Mas no se trata de perversiones o desviaciones anómicas, sino tan sólo de la estabilización y generación de estructuras sociales privadas, de esquemas y dispositivos personales, que disponen de forma naturalizada de las estructuras funcionalmente diferenciadas para generar confianza y sustituir la incerteza de la ley (*para mis amigos todo*), y al mismo tiempo clausurar las posibilidades de construir posibilidades de decisión, produciendo y determinando horizontes únicos y específicos.²³

Precisamente es por ello por lo que, para los grupos y redes de poder, así como para su clientela, estas diferencias existentes deben ser mantenidas y brutalmente reforzadas. Lo anterior presupone, en los hechos, que las formas de inclusión o exclusión, incluso que el reconocimiento de la individualidad, de la persona, de la autonomía decisional, no se construyen, sino que están simplemente determinadas. Si para la colonia el otro se estabilizó en la semántica del indio, del hereje, al límite del “tolerable”, en el Estado de derecho moderno y democrático, el “otro”, como legítimo otro, al límite existe sólo como figura retóricamente simbólica: *es literalmente una ciudadanía simbólicamente simbólica* (Neves, 1994).

Lo anterior, sin embargo, tampoco significa estar ahora detrás de la materialidad de cuerpos perdidos o secuestrados por la heteronormatividad moderna, como sostiene la idiocia, y tampoco que las estructuras disponibles tengan problemas en el cumplimiento de su función limitativa o que estén lejos de la coordinación de la autonomía funcional de los sistemas sociales, como frecuentemente se sostiene intentando equilibrar la balanza del deber ser. Más bien evidencia el resultado evolutivo de la articulación de un orden social que opera con estructuras particulares de grupos y redes de poder en el seno de un orden que presupone intereses universales y despersionaliza-

pero sin crear un sistema de leyes y normas transparente y consistente, cuya función sea orientar el comportamiento social (en donde la operatividad y legalidad *legal* de la ley no permanezca extraviada).

²³ *Para mis enemigos la ley*, y ellos definen qué es el derecho, la democracia, la política; si duda cabe hay que preguntarle en México a Lorenzo Córdova Vianello, a Juan Guaidó en Venezuela, o a Jeanine Áñez en Bolivia; la lista es larga.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

dos, así como formas de inclusión y exclusión no determinadas. Es decir, un orden social funcionalmente diferenciado que dispone de estructuras articuladas sobre lógicas particularistas y patrimoniales y que funciona como funciona, pero no porque está fallando.

Si las estructuras sociales y las diferenciación sistémica están claramente definidas y son operativas, la confianza social permite reducir y reconducir la incerteza frente a la posible desilusión (Luhmann, 1996a); en cambio, cuando ésta está articulada y se apoya en sobreentendidos, en donde incluso endosar la responsabilidad de la decisión sobre una titularidad es difusa y el comportamiento es completamente arbitrario, se obnubila permanentemente la diferencia entre el interés público y el interés privado, y se hipertrofia la selección reductora del sistema político en la obliteración no sólo de las normativas establecidas jurídicamente a tales efectos, sino también de las expectativas cognitivas elementales.

Ciertamente, en la periferia de la sociedad moderna el orden social está diferenciado por funciones, y es posible distinguir claramente la ciencia de la economía, el derecho del arte, la política de la educación, la salud de la económica, la ciudadanía existe en los textos constitucionales y si no, de manera virtual al menos, o de forma simbólica (si no se tienen *amicus curiae*), hay separación entre la iglesia y el Estado (aunque se siga jurando por Dios); pero lo divertido —si se permite un poco de humor negro— es observar la disponibilidad y el tipo de estructuras operativas para cumplir esas funciones.

Observamos esencialmente la estabilización de relaciones clientelares y de redes de inclusión/exclusión, que articulan y controlan las estructuras de los sistemas diferenciados a través de la preeminencia del intercambio de favores, de clientela o patrimonio.²⁴ Observamos la “elasticidad institucional” del Estado, el cual paradójicamente tiene como marco general y como entorno externo una sociedad funcionalmente diferenciada, y lo que significativamente afirma esa “elástica” operatividad es que estas redes se apoyan en las colocaciones que ocupan los involucrados en sus respectivas organizaciones, toda vez que la capacidad de proceder legal/ilegalmente es proporcionada por las posiciones ocupadas en las organizaciones y susceptible de ser solicitada (Luhmann, 1998b: 182; 1998a), lo cual orilla al público a tratar de pertenecer y vincularse a las diversas

²⁴ Al respecto, y entre otros, en México, en estos días, se ha destapado el conocido y ancestral clientelismo universitario y “científico”.

redes (estratos o grupos corporativos, organismos “autónomos”, “grupos colegiados”, “foros científicos”, etcétera).

En los hechos, la patrimonial distinción cercanía/lejanía determinada por la posición pasa a ser un sustituto simplificador a diferencia de las nociones abstractas de rol/programa de la diferenciación funcional, por lo que la influencia personal, por la cercanía/distancia con el grupo, el partido, el líder, el caudillo o el director de Facultad tiene más valor que cualquier norma jurídica y genera también mayor confianza social (Zamorano Farías, 2016: 317, 323, 326).

Si bien estas redes parasitarias, que coexisten con las *simbólicas* y frágiles estructuras de los sistemas diferenciados en los Estados periféricos, presuponen el entorno diferenciado funcionalmente y, por lo mismo, se construyen y articulan gracias a elementos heterogéneos que van desde la familia al grupo, organizaciones o instituciones y todo tipo de identidades, las redes de inclusión entrelazan los diseños para la identidad de los grupos, las instituciones, las ideologías y las historias en un intento de control mutuo, que constantemente se rompe sobre las identidades en juego, mas sobre ellas recluta sus siguientes motivos.

En esta articulación de identidad —sin identidad— es posible observar cómo las redes (grupos) producen motivos convincentes de ayuda para conformar la identidad de otros grupos y del público, de tal manera que frente a la amenaza de la violencia, la puesta en escena de la autoridad (de los “intelectuales”), de los conocimientos especializados o la capacidad de asumir la responsabilidad (la tecnocracia), tiene por función hacer una oferta de inclusión a la sociedad a través de sus redes, de modo que todos los demás posibles recursos (la ley) pierden importancia y, por lo tanto, alcance (Baecker, 2005: 140).

Precisamente, en la sociedad segmentaria el reclamo del liderazgo en dirección de la diferenciación política encuentra resistencia, o por lo menos animosidad latente fácil de organizar, ejemplificada en la forma de *sociedades de caciques*, de manera que no pueden realmente evitarse con seguridad las diferencias de riqueza y rango entre las familias, y cuando esto sucede puede ser ocasión de que cristalicen las relaciones patrón/cliente, que a su vez allanan el camino hacia la centralización de los roles de liderazgo, todo lo cual confiere además inmunidad ante los sistemas normativos, siempre implacables con los no incluidos (Luhmann, 2007: 519).

Es importante recordar que para la TGSS las relaciones de dominio son estructuras, no son sistemas. Éstas se forman, por ejemplo, al interior de las familias o como relaciones patrón/cliente al interior de las sociedades estratificadas. Estas redes de inclusión (relación) consiguen así *institucionalizar expectativas* de participación, democracia, ciudadanía, derecho, utilizando los presupuestos universalistas de la diferenciación funcional para construir las cadenas de reciprocidad, de intereses, de relaciones patrón/cliente particularistas, utilizando y enajenando los recursos de los sistemas funcionales para conexiones transversales y para el mantenimiento de la red (Luhmann, 2007: 181; Zamorano Farías, 2017). No es casual entonces que en pleno siglo XXI los miembros de las elites y redes de poder local, cuando lo estiman necesario, inicien sus cruzadas y procesiones para pedir la intervención del papa, del rey de España, del presidente de los EE.UU. o del secretario de la OEA o, de nuevo, de los militares, para acabar con gobiernos que están corrompiendo este orden y la moral social, acabando con la fe, con la ímpolita y ancestral democracia y con la *entrañable dictadura perfecta*, según Enrique Krauze.²⁵

Entonces, no es que *la historia se repita como tragedia o como farsa, o que siga siendo contada por un idiota*, tampoco que se viva aún como en los tiempos de la colonia. Somos tan modernos que nos hemos extraviado en nuestra modernidad, mas el *script* cultural que se reproduce recursivamente sobre las estructuras que articulan las descripciones semánticas de la periferia de la sociedad moderna sigue funcionando y determinando la coordinación sobre la base no de diferencias, sino de pactos patrimonialistas y de grupos, de valores e ideologías exclusivas y excluyentes;²⁶ dos de las formas primarias en las cuales la sociedad estratificada se organizó y autodescribió (Luhmann, 1996b).

²⁵ XIV Foro Atlántico. *Iberoamérica: democracia y libertad en tiempos recios* (9 de julio de 2021). Palabras textuales del mexicano, “intelectual”, “diplomado en historia” y promotor de golpes de Estado, mientras su amigo y líder del partido Vox de España, Santiago Abascal, crea una institución internacional para combatir la “deriva comunista” en Latinoamérica (rueda de prensa del 30 agosto de 2021).

²⁶ La investigación de Latinobarómetro (2018) confirma que los latinoamericanos valoran cada vez menos la democracia: sólo el 48% de los habitantes de la región apoyaban este sistema. Las razones son múltiples, pero coinciden en un punto: la intromisión y utilización de pactos y leyes con fines políticos, toda vez que frente a cada denuncia se “reforma” la ley *ad hoc*. Ese mismo año, en Chile el 58% de los estudiantes de 8o. año básico está de acuerdo con un régimen dictatorial si eso les da una oportunidad.

VI. CONCLUSIONES

Je suis la loi!
Inspecteur Javert
Les misérables (1862)

La reflexión y el análisis político sociológico del derecho, de la democracia y de la construcción del orden social en la modernidad de la sociedad moderna y en sus periferias, no están exentos de observar con dispositivos teóricos actuales los particulares fenómenos de *cómo*, y sobre la base de qué disponibilidad estructural, se estabilizan las prácticas y expectativas en la construcción del orden jurídico-político y de la democracia en la región; es decir, de superar las viejas fórmulas del pensamiento político tradicional que allanan el camino sea de la lamentación, la protesta por la ontología perdida, el cálculo del costo beneficio de las cuotas de poder o la prescripción sobre el correcto *deber ser*, todo lo cual poco contribuye a la reflexión y problematización científica.

Se trata de analizar la operatividad de los Estados periféricos, mas no en una relación causal de dependencia o de posición valórica, sino desde el estudio de la periferia de la sociedad moderna que conceptualiza un tipo de orden cuya característica preeminente se articula sobre la base de formas que se desenvuelven en el campo de las relaciones personales y no en el de la organización, y en donde estas estructuras operativas estratificadas, parasitan y disponen de las diferencias socioestructurales producidas por la misma modernidad —y respecto de sí misma—, paradójicamente sobre los presupuestos de la diferenciación funcional de los sistemas. Por lo mismo, en caso alguno esto significa que en este tipo de diferenciación la periferia sea menos importante que el centro, pues ello equivaldría a aprehender esta forma de diferenciación de manera falsa, según el modelo de relación por rangos jerárquicos (Luhmann, 1998a; 1998c).

Precisamente, lo anterior permite trascender las gastadas retóricas sobre el correcto orden del Estado, el “saber votar para elegir a los representantes” y, más bien, observar las dinámicas internas, y como éstas, en su recursividad y disponibilidad, se estabilizan, sin perder de vista el hecho de que son Estados que funcionan, y que muy a pesar de sus diferencias producen un orden social que en medida alguna es fallido (opera como opera), toda vez que se sustenta en la reproducción autopoiética de un sis-

tema social, el cual o es autopoietico, o, en caso contrario, se desintegraría, puesto que no hay términos medios. Los Estados no son más o menos autopoieticos, o con síndrome de “incompletitud” de autopoiesis; en tal caso, sería mejor observar la incompletitud de quien lo dice —del observador, como señala Heisenberg (2017)—.

Se trata entonces de observar y de problematizar el problema de *cómo*, en esta periferia, las redes de inclusión familiar, grupal, clientelar y patrimonial evolutivamente se han estabilizado y se despliegan parasitariamente en el orden funcionalmente diferenciado con el fin de preservar su reproducción. Son redes que sacan ventaja de la diferenciación funcional moderna y de la oportunidad de oportunidades, estabilizando el *deber ser* teleológico y moralizante como forma elemental para guiar las expectativas y semánticas del orden social, reemplazando y clausurando operativamente los presupuestos de la diferenciación, pero que, sin embargo, funcionan porque son ventajosas y operativamente más útiles para la coordinación social, toda vez que brindan mayor confianza que la norma oficial y cuya desaparición causaría incluso más de una catástrofe (Zamorano Farías, 2017: 168).

En ausencia de estructuras normativas vinculantes y de frágiles representaciones institucionales legitimadas, las redes clientelares son las intermediadoras políticas por excelencia entre el Estado y la organización social, consolidando híbridas formas de coordinación social premoderna, las cuales coexisten con las lógicas de coordinación social del Estado moderno; es decir, de un orden social concebido bajo criterios de modernidad pero que, en sus operaciones, es guiado por la lógica parcial de centros de regulación personal, con la preeminencia operativa de criterios del orden estratificado.

El inventario de la historia regional permite observar precisamente cómo estos criterios constituyen el *modus operandi* naturalizado y consustancial a las estructuras de esta periferia de la sociedad moderna (Zamorano Farías, 2021), de una periferia que, por dura que parezca, puede ser más bella que los tonos nostálgicos de la prescripción o de la ingenuidad...

VII. BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor W. *et. al* (1973). *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. España: Grijalbo.

Cuestiones Constitucionales, Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN: 2448-4881

- ARCINIEGAS, Germán (1954). *Entre la libertad y el miedo*. Chile: Editorial del Pacífico.
- ASTURIAS, Miguel Ángel (1997). *El señor presidente*. España: Cátedra.
- BAECKER, Dirk (2005). *Form and Forms of Communication*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- BOBBIO, Norberto (2006). *L'età dei diritti*. Italia: Einaudi.
- CASTORIADIS, Cornelius (1989). *La institución imaginaria de la sociedad*. México: Tusquets.
- CORSI, Giancarlo (24-28 de octubre de 2011). “Ética y política”, XVI Congreso Internacional de Filosofía “Razón y Violencia”. México: UAEM.
- DAHL, Robert (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press.
- ELIAS, Norbert (1989). *Sobre el tiempo*. España: Fondo de Cultura Económica.
- ELIAS, Norbert (1994). *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FAORO, Raymundo (1998). *Os donos do poder. Formação do patrimonato político brasileiro*. Brasil: Editora Globo.
- FOERSTER, Heinz von (1991). *Las semillas de la cibernética*. España: Gedisa.
- GIORGI, Raffaele de (2015). “Latinoamérica entre disensos y consensos. Nuevos abordajes en la sociología jurídica”, VI Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica, Argentina.
- GRIMM, Dieter (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. España: Trotta.
- HEISENBERG, Werner Karl (2017). *El principio de incertidumbre*. España: RBA.
- KANT, Immanuel (1784). “Was ist Aufklärung?”. *Berlinische Monatschrift. Deutschland*.
- KOSELLECK, Reinhart (1993). *Futuro pasado*. España: Paidós.
- KOSELLECK, Reinhart (2003). *Aceleración, prognosis y secularización*. España: Pre-Textos.
- LOVEMAN, Brian (1993). *The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America*. USA: University of Pittsburgh Press.

- LUHMANN, Niklas (1982). *The Differentiation of Society*. Columbia University Press.
- LUHMANN, Niklas (1991). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. México: Alianza.
- LUHMANN, Niklas (1993). *Teoría política en el Estado de bienestar*. España: Alianza.
- LUHMANN, Niklas (1996a). *Confianza*. España: Anthropos.
- LUHMANN, Niklas (1996b). *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft.
- LUHMANN, Niklas (1998a). “Causalità nel Sud”. En CORSI G. y GIORGI, R. De. *Ridescrivere la Questione Meridionale*. Italia: Pensa.
- LUHMANN, Niklas (1998b). *Niklas Luhmann. Teoría de los sistemas sociales* (artículos). México: Universidad Iberoamericana.
- LUHMANN, Niklas (1998c). *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. España: Trotta.
- LUHMANN, Niklas (2000). *Die Politike der Gessellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- LUHMANN, Niklas (2002). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
- LUHMANN, Niklas (2004). *La política como sistema*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LUHMANN, Niklas (2007). *La sociedad de la sociedad*. México: Herder.
- LUHMANN, Niklas (2008). “Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution”. En *Ideenevolution*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- LUHMANN, Niklas (2010). *Cómo es posible el orden social*. México: Herder.
- LUHMANN, Niklas (2014). *Sociología política*. España: Trotta.
- MARIÁTEGUI, José Carlos (1928). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Perú: Biblioteca Amauta.
- MARTUCCELLI, Danilo (2010). *¿Existen individuos en el Sur?* Chile: LOM Ediciones.
- MEYER, Lorenzo (2005). *El Estado en busca del ciudadano. Un ensayo sobre el proceso político mexicano contemporáneo*. México: Océano.
- NEVES, Marcelo (1994). *A constitucionalização simbólica*. Brasil: Editora Acadêmica.

- NEVES, Marcelo (2011). “Los Estados en el centro y los Estados en la periferia: algunos problemas con la concepción de Estados de la sociedad mundial”. En *La sociedad como pasión: aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana.
- NEVES, Marcelo (2018). *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- NEXUS (2014). *Cuaderno de notas*. Manuscrito no publicado.
- PARSONS, Talcott (1999). *El sistema social*. España: Alianza Editorial.
- PARÉ, Luisa (1975). *Caciquismo y poder político en el México rural*. México: Siglo XXI Editores.
- PAZ, Octavio (1993). *El laberinto de la soledad*. España: Cátedra.
- PÉREZ ROSALES, Vicente (2000). *Recuerdos del pasado (1814-1860)*. Chile: Editorial Andrés Bello.
- PRIGOGINE, Ilya (2004). *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*. España: Tusquets.
- SARMIENTO, Domingo Faustino (2018). *Facundo o civilización y barbarie*. Argentina: Biblioteca del Congreso.
- SARTORI, Giovanni (1996). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (1981). *Sociología y subdesarrollo*. México: Nuestro Tiempo.
- TEUBNER, Gunther (s. f.). *O direito como sistema autopoietico*. Portugal: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian (tradução do original alemão *Recht als Autopoietisches Systems*, 1989).
- THERBORN, Göran (2016). *¿Cómo domina la clase dominante? Aparatos de Estado y poder estatal en el feudalismo, el socialismo y el capitalismo*. España. Siglo XXI Editores.
- WEBER, Max (1980). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ZAMORA, Augusto (2020). *Malditos libertadores*. México: Siglo XXI Editores.
- ZAMORANO FARIÁS, Raúl (2003). *Civilizzazione delle aspettative e democrazia nella periferia della società moderna*. Italia: Pensa.

ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2010). “El sistema político como institucionalización de las expectativas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. Núm. 128.

ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2016). “La relación entre el sistema de la política y el sistema del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. 49.

ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2017). *Observando el orden social en México. El sistema de la política y el sistema del derecho*. México: Juan Pablos.

ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2021). “Differentiation and Political De-differentiation in the Periphery of the Modern Society”. *Law & Society Review*. Arizona State University.

C

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México que reconoce el supuesto derecho a interrumpir el embarazo

Commentary on the Judgment of the Supreme Court of Justice of Mexico that Recognizes the Alleged Right to Interrupt Pregnancy

Jorge ADAME GODDARD*

RESUMEN: La Suprema Corte de Justicia de México ha resuelto que la Constitución mexicana contiene el derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo en un plazo breve posterior a la concepción. Este comentario demuestra que la decisión no tiene fundamento ni en la Constitución mexicana ni en los tratados internacionales de derechos humanos, y que parte de una deficiente percepción de la realidad de lo que es el embrión humano, que lleva a la infundada conclusión de que mientras no cumpla cierta edad, puede ser tratado como una cosa o un animal.

Palabras clave: aborto, derecho a decidir, embrión humano.

ABSTRACT. Mexico's Supreme Court of Justice has ruled that the Mexican constitution contains the right of women to terminate pregnancy within a short period of conception. This comment shows that the decision has no basis either in the Mexican constitution or in international human rights treaties, and that it starts from a deficient perception of the reality of what the human embryo is, which leads to the unfounded conclusion that as long as it does not reach a certain age it can be treated as a thing or an animal.

Keywords: abortion, right to decide, human embryo.

* Investigador titular, nivel C, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ORCID: 0000-0002-0945; adame@unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La cuestión a resolver*. III. *Las decisiones sobre el aborto*. IV. *Las razones de las decisiones*. V. *Juicio sobre las decisiones de la Corte en esta materia*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Comento el juicio que hizo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia (acción de inconstitucionalidad 148/2017) sobre varios artículos del Código Penal del Estado de Coahuila, que disponen penas para la mujer que voluntariamente aborta y para los médicos y enfermeros que la asistan. La sentencia fue aprobada en sesión del Pleno el día 7 de septiembre de 2021, y el texto de la sentencia completa se puede ver en la página *web* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021). Es un texto de 167 páginas, cuyos párrafos están numerados (1 a 378), salvo los de las últimas páginas (160 a 167), donde están los puntos resolutiveos y las votaciones. La citaré por número de párrafo, o número de punto resolutiveo.

Comienzo presentando el asunto respecto del cual se dio la sentencia que aquí se comenta; luego señalo las resoluciones que se dieron respecto de la penalización del aborto y las razones que adujeron los ministros. Finalmente, ofrezco mi juicio acerca del valor intelectual de tal decisión, pues, aunque sea formalmente imperativa y no pueda ser revisada por una instancia judicial superior, sí debe ser sometida a la crítica racional.

II. LA CUESTIÓN A RESOLVER

La acción de inconstitucionalidad 148/2017 fue presentada el 27 de noviembre de 2017 por la Procuraduría General de la República, en contra de cuatro artículos del Código Penal del Estado de Coahuila, y fue aceptada dos días después. Los artículos impugnados fueron el 13, apartado A, que se refiere a la prisión preventiva oficiosa; el 195, que define el tipo penal del aborto, y el 196, que fija penas para el aborto voluntario en cualquier tiempo de la gestación. También impugnó el artículo 224-II, que se refiere a otro tema. Mas me ocuparé exclusivamente de comentar la sentencia respecto de la inconstitucionalidad de los artículos relacionados con el aborto voluntario.

La sentencia plantea de esta manera la cuestión por resolver: “si es inconstitucional sancionar con pena de prisión a la mujer que decide volun-

tariamente interrumpir el embarazo” (párrafo 43). Por lo que los jueces advierten que juzgarán desde una “perspectiva de derechos” (párrafo 45) y con una “perspectiva de género”.¹

III. LAS DECISIONES SOBRE EL ABORTO

El pleno de la Corte resolvió (resolutivo tercero: 160) reconocer la validez del artículo 195 del Código Penal de Coahuila, que establece que “comete el delito de aborto quien causa la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”.

Y juzgó (resolutivo cuarto: 161) que es inconstitucional el artículo 196, que dice: “se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto, a la persona que la hiciera abortar con el consentimiento de aquella”. Y, como consecuencia, también decretó inconstitucionales ciertas partes de los artículos 198 y 199, que no fueron impugnadas en la acción de inconstitucionalidad, pero que la Corte resolvió que debían modificarse como resultado de la invalidación del artículo 196: la parte del artículo 198 que establece penas contra los médicos, enfermeras y asistentes que practiquen el aborto consentido por la mujer, y la parte del artículo 199 que se refiere a los casos de “abortos no punibles” (cuando el concebido es resultado de una violación; cuando el embarazo pone en riesgo grave la salud de la madre, o presente alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar lugar a afectaciones físicas o cerebrales graves, asimismo, cuando el aborto es consecuencia del descuido o culpa de la mujer), que la Corte prefiere designar como casos en que no se persigue el delito de aborto.

Sin embargo, mantuvo el aborto como un delito cuando se hace en contra de la voluntad de la madre (aborto forzado) o se practica con su consentimiento pero fuera del tiempo autorizado (ejemplo: después de 12 semanas).

IV. LAS RAZONES DE LAS DECISIONES

La sentencia se explica en el “Considerando quinto”, el cual consta de 102 páginas (en las páginas 12 a 114, párrafos 33-293), una extensión que demuestra el gran esfuerzo que hicieron los jueces para justificar su decisión.

¹ Párrafo 46, perspectiva que tiene en cuenta las “situaciones de desventaja” que sufren las mujeres.

1. *La razón de la declaración de inconstitucionalidad de la sanción al aborto voluntario*

La razón fundamental que da la sentencia para juzgar que el castigo al aborto voluntario es anticonstitucional es el “derecho a decidir” de la mujer, que es (párrafo 53) “una combinación particular de diferentes derechos y principios”, como la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad jurídica, el derecho a la salud y la libertad reproductiva.² También afirma que el derecho a decidir se funda en el artículo 4o. constitucional, párrafo segundo, que dice que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Añade que leído este artículo “de forma conjunta con los derechos a que se ha hecho referencia, conduce inequívocamente al reconocimiento” (párrafo 55) del derecho a decidir.

La sentencia usa frecuentemente la expresión “derecho a decidir” sin aclarar qué es lo que se decide, aunque al final precisa que “consiste en la posibilidad de acceder libremente a un procedimiento de interrupción segura del embarazo” (párrafo 130) y que el titular de ese derecho es “la mujer” y también “las personas con capacidad de gestar”.³ Además, la sentencia explica que el contenido de ese derecho incluye “la garantía de que las mujeres o personas gestantes que así lo decidan puedan interrumpir su embarazo en las instituciones de salud pública de forma accesible, gratuita, confidencial segura, expedita y no discriminatoria” (párrafo 175), lo que implica el deber del Estado de practicar, utilizando fondos públicos, las interrupciones del embarazo que soliciten las mujeres (párrafo 179).

No obstante, establece que el derecho de la mujer a “interrumpir el embarazo” tiene una limitación temporal, pues se puede ejercitar únicamente en un plazo breve posterior a la concepción,⁴ ya que reconoce que el con-

² La sentencia explica lo que entiende por dignidad humana (párrafos 60-64); autonomía y libre desarrollo de la personalidad (párrafos 65-83); igualdad jurídica (párrafos 85-105), y derecho a la salud (párrafos 111-119).

³ Párrafo 130. La sentencia siempre se refiere a esas “personas con capacidad de gestar” que no son mujeres, lo cual sólo se entiende si se acepta la ideología de género, según la cual una mujer trans que decide comportarse como hombre no es mujer, sino una persona transexual que tiene capacidad de gestar porque en realidad tiene cuerpo de mujer.

⁴ No obstante, la sentencia (párrafo 180) reconoce que los médicos y el personal sanitario podrán oponer la objeción de conciencia y no participar en la práctica de los abortos, pero que deberán referir a la paciente a un médico que esté dispuesto a practicar-

cebido es un bien que merece protección jurídica y que está protegido por algunos artículos de la Constitución mexicana.⁵

Aparte del derecho a decidir, la otra razón que da la sentencia es que el concebido no es una persona ni un titular de derechos (párrafo 191), sino sólo un bien jurídico que merece protección. Afirma que es imposible “determinar cuando comienza la vida humana” (párrafo 186) y que únicamente son titulares de derechos “las personas nacidas”. Para sostener esa afirmación argumenta que la Constitución mexicana, en su artículo primero, dice que son titulares “todas las personas”, y que el artículo 22 del Código Civil Federal establece —así lo refiere la sentencia— “que la capacidad jurídica propia de una persona se adquiere exclusivamente por el nacimiento”, así como que el concebido “entra bajo la protección de la ley”,⁶ pero “carece de la capacidad jurídica propia de una persona” (párrafo 188).

Aduce también artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no es un texto jurídicamente vinculante, sino sólo declarativo, que según los autores de la sentencia se refieren en exclusiva a las personas que nacen, como lo dice el artículo 1o.: todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, o el 2o., que afirma que “toda persona tiene todos los derechos y libertades, sin distinción por razón de raza, sexo... o de nacimiento”; el artículo 3o. dice que “todo individuo tiene derecho a la vida”, y el 6-1 que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”. También cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues afirma que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.⁷ La sentencia agrega que ninguna convención o tratado de

los, y añade que no podrán oponerla cuando esté en peligro la vida o la salud de la mujer. El tema de la objeción de conciencia en estos casos merece un estudio aparte.

⁵ Párrafos 201 y 202, que hacen referencia a las fracciones del artículo 123 constitucional, que obligan a los patrones a tomar medidas para asegurar la salud del “producto de la concepción”.

⁶ Párrafo 187. El artículo 22 del Código Civil federal dice: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento”; no dice “exclusivamente por el nacimiento”. Asimismo, añade que el no nacido “entra bajo la protección de la ley”, pero, además, “que se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”; es decir, que tiene capacidad jurídica igual que el ya nacido. A pesar de lo que expresamente dice este artículo del Código Civil, la sentencia afirma (párrafo 188) “que el no nacido carece de la capacidad jurídica propia de una persona”.

⁷ Párrafo 190, que cita la sentencia de dicha Corte en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), párrafo 223.

derechos humanos afirma expresamente que el concebido sea persona o titular de derechos.⁸

Ahora bien, una vez que niega que el concebido es persona, la sentencia afirma el valor jurídico del concebido de varias maneras: dice que “reconoce una cualidad intrínseca en el *nasciturus*, con un valor que se asocia a sus propias características en tanto se trata de la expectativa de un ser” (párrafo 199), que “tiene un valor inherente de la mayor relevancia por su propio peso en cuanto constituye la posibilidad del nacimiento de un ser humano” (párrafo 200), o que “el proceso de gestación constituye un valor constitucionalmente relevante vinculado a la expectativa del nacimiento de un ser humano a partir de la existencia de un feto o embrión” (párrafo 204). El valor del embrión, en cuanto a “expectativa” de un ser humano, se acrecienta con el tiempo, puesto que el embrión va adquiriendo las características propias de un ser humano.⁹ Para ilustrar esa afirmación, la sentencia, citando estudios médicos y de bioética, describe cómo se desarrolla el embrión a partir de la primera semana hasta que se produce el nacimiento (párrafos 207 a 221), y después de esta exposición, concluye que el embrión es un “sujeto vital” (párrafo 222), que es algo muy distinto a afirmar que es una “posibilidad” o una “expectativa”.

La sentencia, considerando el “derecho a decidir y el bien constitucional que constituye el no nacido” (párrafo 233), y partiendo del supuesto de que ningún derecho humano es “absoluto” (párrafo 182), concluye una solución que considera la “más equilibrada y orientada por el principio de la dignidad humana”: que la mujer tiene derecho a interrumpir el embarazo, pero únicamente en un plazo cercano a la concepción, porque se “debe considerar —ineludiblemente— el incremento paulatino en el valor del proceso de gestación” (párrafo 235). Así, no define un plazo, pero considera que el lapso de 12 semanas es “idóneo y razonable” (párrafo 236).

⁸ Párrafo 193, donde refiere que en las discusiones sobre el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se rechazó que se tuvieran derechos desde la concepción, y párrafo 194, donde dice que se rechazó la propuesta, en la Convención sobre los Derechos del Niño, de considerar como niño al concebido.

⁹ Párrafo 206. Se reitera en el párrafo 223, donde dice que así como se va perfeccionando el organismo del embrión, aumenta su “viabilidad para ser persona” y, simultáneamente, “se acrecienta la obligación prioritaria del Estado para protegerlo”.

2. *La razón para mantener la validez del artículo 195 del Código Penal de Coahuila, que define el aborto*

Dicho artículo establece que “comete aborto quien causa la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”. Y la sentencia, a su vez, que el artículo sólo contiene “el elemento objetivo del tipo penal” (párrafo 242); es decir, describe el acto humano (causar la muerte del embrión) que constituye el delito, y como no contradice el derecho a decidir de la mujer (párrafo 243), no se puede cuestionar su constitucionalidad. Además, dice que es útil conservar ese artículo, pues sirve para tipificar como delito el aborto forzado; o sea, el que se impone a la mujer, y así proteger sus derechos (párrafo 248).

3. *Las razones para modificar parcialmente el artículo 198, que sanciona la asistencia al aborto voluntario*

Este artículo establece penas en contra de las personas que practican o asisten en un aborto, tanto si es consentido por la mujer como si es forzado o en contra de su voluntad.

Como la sentencia propone que la mujer tiene derecho a decidir el aborto en un periodo breve cercano a la concepción, lógicamente no se debe sancionar a los médicos, enfermeros o asistentes que intervienen por decisión voluntaria de la mujer. En consecuencia, la Corte (párrafo 310) suprimió de ese artículo las palabras que pudieran hacer referencia al aborto consentido, de modo que sólo sancione a quienes intervienen en un aborto no consentido o forzado.

4. *Las razones para modificar el artículo 199, que se refería a casos de “aborto no punible”*

Sobre el “aborto no punible” el artículo dice que “se excusarán de pena y no se perseguirán” los casos de aborto cuando el concebido fue resultado de una violación, cuando la salud de la mujer corre peligro, cuando el concebido tiene alteraciones genéticas o congénitas graves o cuando se produce “por culpa” de la mujer embarazada. En la lógica del Código Penal de Coahuila, el aborto es un delito, y en esos casos da una excusa absolutoria; es decir, reconoce que son delitos, pero no se castigan.

La sentencia considera que las expresiones “aborto no punible” o “excusar de pena por aborto” “constituyen una afectación al derecho a decidir, ya que éste no puede ser restringido” (párrafo 312) por leyes que considera ciertos casos como abortos, aunque no los castiguen, y, en consecuencia, declara que son inconstitucionales las expresiones “aborto no punible” y “se excusarán de pena por aborto” (párrafo 316). Se concluye que el artículo debe llevar este encabezado: “No se perseguirán” los abortos en esos casos (párrafo 319).

Asimismo, la Corte objeta que la fracción primera de ese artículo diga que la mujer que sufrió una violación podrá abortar, sin ser perseguida o penada, si lo hace en las 12 primeras semanas posteriores a la concepción. Argumenta que si la mujer que no fue forzada tiene derecho a decidir la interrupción del embarazo en un plazo breve, que podría ser de 12 semanas siguientes a la concepción, la mujer que fue violada debe tener un plazo más amplio (párrafo 325); afirma que “el derecho a decidir muta, se adapta en la medida del caso específico” (párrafo 326). Y como resultado, la Corte elimina (párrafo 334) de la fracción primera del artículo 199 la frase que establece el plazo de las 12 semanas, de modo que la mujer puede abortar al concebido por una violación en cualquier momento antes del nacimiento.

V. JUICIO SOBRE LAS DECISIONES DE LA CORTE EN ESTA MATERIA

A mi parecer, la sentencia tiene graves deficiencias porque parte de un error en la apreciación de los hechos, lo que le genera un grave error de perspectiva y da como resultado una decisión sin fundamento en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de derechos humanos, que, además, resulta contradictoria entre sí.

1. *Error en la apreciación de los hechos*

Como el delito de aborto tipificado en el Código Penal del artículo 195 del Código Penal de Coahuila, y declarado constitucional en esta sentencia,¹⁰ consiste en causar la muerte del concebido en cualquier etapa

¹⁰ Ver epígrafe IV-2.

de la gestación, evidentemente es necesario precisar qué es el *concebido*. Los jueces constitucionales parecen no tener una noción clara al respecto: dicen que es la “expectativa de un ser” (párrafo 199) o que “constituye la posibilidad del nacimiento de un ser humano” (párrafo 200), con lo que parecen afirmar que no tiene entidad propia, que no es un ser individual distinto de la madre, sino sólo una posibilidad lógica de que nazca un ser humano. Esto es opuesto a la realidad de que el embrión es un ser que se va desarrollando en el vientre de la madre, y no una mera posibilidad o expectativa de ser. Los mismos jueces lo llegan a reconocer cuando, después de describir el desarrollo del embrión en el vientre de la mujer, afirman que es un “sujeto vital” (párrafo 222), lo que es afirmar que tiene una entidad propia como ser vivo, y no es la mera posibilidad de ser algo.

El hecho es que el embrión es un ser individual o sujeto vivo, y eso también lo reconocen los jueces cuando afirman que es conforme con la Constitución mexicana tipificar el aborto como el acto de causar la muerte del concebido, pues sólo se puede matar a un individuo vivo. Es un hecho que el embrión es producto de la unión de dos células germinales humanas, por lo que no puede negarse que sea un cuerpo humano vivo que tiene una vida propia, cuyo desarrollo describe detalladamente la sentencia, distinta de la vida de la mujer que lo aloja en su vientre.

El error de los jueces es no reconocer que ese sujeto individual vivo es un ser humano, y por eso lo tratan como si fuera una cosa valiosa que merece ser protegida, pero le niegan la dignidad propia del ser humano, al menos en las primeras semanas posteriores a la concepción, pues afirman que la mujer tiene, en ese lapso, el derecho de decidir la muerte del embrión. El acto de causar la muerte de un animal propio o destruir una cosa propia, por sí mismo, no es delito; causar la muerte del embrión propio en las primeras semanas, dicen los ministros de la Corte, tampoco es delito; o sea, tratan al embrión como si fuera un animal o una cosa.

Entonces, la sentencia parece entender que el ser humano aparece con el desarrollo del embrión, como si antes de cierto tiempo o del nacimiento fuera otra cosa, y sólo mediante su desarrollo se transformara en un ser humano. Esa apreciación es totalmente infundada. El desarrollo o evolución del concebido en el vientre de la madre simplemente actualiza la naturaleza humana que ya tiene, haciendo que vaya adquiriendo paulatinamente el tamaño y las propiedades necesarias para poder vivir fuera del vientre. Ese desarrollo no es producido por otra causa que convirtiera al embrión en un ser humano; es la misma naturaleza humana, que tiene desde el momento

de la concepción, la causa principal que hace, junto con otras causas concomitantes, que se vaya desarrollando para poder vivir fuera del vientre. Quienes afirman, como los autores de la sentencia, que el embrión se convierte en humano al tener cierto grado de desarrollo, tendrían que explicar cuál es la causa que lo convierte en humano; si es una causa externa, que digan cuál es, y si afirman que la causa es simplemente la evolución del embrión, lo que están diciendo es que el embrión se hace humano por lo que hay en el mismo embrión; es decir, implícitamente afirman que el embrión es un ser humano.

Si, como hace la sentencia, se afirma que el ser humano depende del grado de desarrollo y no de su propio ser, aunque sea imperfecto o poco desarrollado, se abre la puerta al exterminio de todos aquellos que se consideran subdesarrollados: los que no alcanzan el grado adecuado de desarrollo o los decrepitos, los que alcanzaron ese grado pero ya no lo tienen ni lo pueden readquirir. El error de desconocer la humanidad del embrión tiene consecuencias fatales.

2. Errores de perspectiva

La sentencia, por no reconocer que el embrión es un ser humano, concluye que no es persona, que no es sujeto de derechos ni tiene la dignidad inherente a todo ser humano, por lo que puede ser muerto si la mujer lo solicita. No obstante, para llegar a esas conclusiones hace razonamientos deficientes.

A. *Confusión entre ser persona (cuestión de hecho) y el reconocimiento de la personalidad o la capacidad jurídicas (atribución jurídica)*

La sentencia afirma reiteradamente que sólo el ser humano nacido es persona, titular de derechos (párrafos 187, 1881 y 191), y que el ser humano no nacido no es persona porque juzga desde la perspectiva equivocada de confundir el ser persona con el reconocimiento legal de la personalidad o capacidad jurídicas.

La persona es un ser individual (o sujeto) de naturaleza racional que actúa con libertad, y por eso es *alguien* y no *algo*. La persona existe independientemente del orden jurídico o político, y no es una creación o fic-

ción jurídica. Todos los seres humanos, por tener naturaleza racional, son personas, con independencia de su grado de desarrollo, su edad, su sexo o cualquier otra determinación particular.¹¹

En cambio, la sentencia afirma (párrafo 187) que únicamente los nacidos son titulares de derechos humanos, con base no en la Constitución, sino en el Código Civil federal, que dice (artículo 22) que “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento”. Al hacer la referencia a ese artículo del Código Civil, la sentencia evidencia que confunde el ser persona con la capacidad o personalidad jurídicas, lo cual no es algo que dependa del ser de la persona, sino del reconocimiento que haga el orden jurídico. Además de esa confusión, la sentencia incurre en el error de hacer una cita incompleta del artículo citado, pues omite la frase que dice que al concebido no nacido “se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”, con lo que debe concluirse que el concebido, por tenérsele como ya nacido, se le considera capaz y con personalidad jurídica, y por lo tanto, aun desde la perspectiva equivocada de la sentencia, el concebido es persona.

Confundir el ser persona con la capacidad o personalidad jurídicas es una grave deficiencia que lleva a concluir que son personas sólo quienes tienen capacidad jurídica, y por tanto los incapaces, como son los menores de edad o los mayores de edad con perturbaciones mentales graves (artículo 450 del Código Civil federal¹²), no son personas. El Código Civil no incurre en semejante error, pues en el artículo 23 —que la sentencia no cita— afirma que “las incapacidades establecidas por la ley son restricciones de la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona”.

Dado que los tratados internacionales sobre derechos humanos están incorporados a la Constitución mexicana, la sentencia debió citar y co-

¹¹ La afirmación de que todo individuo humano es persona está implícita en el artículo 1o. constitucional, cuando dice: “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución” (párrafo primero), y cuando prohíbe toda discriminación (párrafo cuarto) que, por razón de la edad u otras razones particulares, “atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Afirmar que el embrión no es persona es una discriminación que atenta contra la dignidad humana del embrión, y tiene como objeto anular o menoscabar su derecho a la vida.

¹² Es interesante notar que este artículo, que define quiénes son incapaces, no menciona a los concebidos y no nacidos.

mentar el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Si todo ser humano es persona, el embrión es persona. Pero la sentencia no analiza este artículo que es parte integrante de la Constitución, por ser de un tratado de derechos humanos vigente en México.

La sentencia, en cambio, cita (párrafo 190) la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dice, en la sentencia del *caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, que “la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.¹³ Tal afirmación parece que niega que el embrión sea persona, pero no es así; lo que dice es que el Estado no puede “otorgar” al embrión el “estatus de persona”, lo cual es verdadero, porque el embrión es persona por el hecho de ser humano, no porque el Estado le otorgue el “estatus” de persona.

El artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tampoco cita la sentencia, corrobora que el ser de la persona no es una concesión que otorga el Estado, sino el reconocimiento de una realidad, pues dicta: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

*B. La dignidad de la persona como derecho
y no como cualidad inherente
a la naturaleza humana*

Otro error de perspectiva ligado al anterior es la afirmación de que la dignidad humana es un derecho y no una cualidad inherente al ser humano. Con base en esto, la sentencia afirma que la dignidad humana es un “derecho” que constituye el “fundamento, condición y base del resto de los derechos humanos” (párrafo 60). También afirma que es un deber impuesto por un

...mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero

¹³ Párrafos 221-223 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

hecho de serlo, a ser tratada como tal, y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Es decir, entiende la dignidad humana no como algo que existe en el ser humano, sino, según lo afirma una tesis jurisprudencial¹⁴ establecida previamente por la Corte, como “una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas”. Como la dignidad humana es un derecho de las personas y, desde la perspectiva de la sentencia, persona es únicamente el ser humano nacido, el embrión no es persona y no se le reconoce la dignidad que es propia del ser humano.

La afirmación de que la dignidad humana es tan sólo una norma imperativa y no una cualidad inherente al ser humano es otra negación de la realidad. Es la naturaleza racional lo que hace que una persona pueda determinarse y actuar libremente, lo que manifiesta su dignidad o supremacía respecto de las demás cosas; no es una norma la que hace digna a la persona, sino que es su naturaleza racional la que exige que la dignidad humana sea reconocida por las normas políticas y jurídicas.

La misma sentencia, aunque no reconoce dignidad ni personalidad al concebido no nacido, afirma: “Este Pleno ha sido claro en reconocer el valor superior de la dignidad humana, al afirmar que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso” (párrafo 61). Los ministros de la Suprema Corte reconocen que la dignidad es algo que hay en el ser humano y que debe ser respetada en todo caso, por lo que tendrían que concluir que el concebido no nacido, que es un ser humano, tiene esa dignidad que debe ser siempre respetada.

La negación de la dignidad humana del embrión también contradice la visión de los tratados internacionales de derechos humanos más importantes, que afirman, en sus preámbulos,¹⁵ que la base de los derechos humanos es el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”. La dignidad, entonces, es algo común a todos los hombres, que está en su propio ser (es “inherente”), y que debe ser reconocida, no otorgada ni atribuida. Esto demuestra que la sentencia incurre en un error cuando afirma que la dignidad humana es un derecho que deriva de una norma, o que es la norma misma la que impone el deber de respetarla.

¹⁴ Párrafo 62, que se funda en una tesis de jurisprudencia de la SCJN (2016). Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. T II: 633.

¹⁵ Preámbulos, primer y segundo párrafos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

C. Ignora el derecho a la vida

Dice la sentencia que el tema que examina, la constitucionalidad del aborto voluntario, “constituye una oportunidad única para abordar la problemática descrita desde una perspectiva de derechos” (párrafo 45). Desde ese punto de vista, plantea el conflicto entre el supuesto derecho a decidir de la mujer y el “valor” jurídico reconocido al concebido. Asienta como premisa fundamental que “ningún derecho fundamental es absoluto”,¹⁶ y concluye que no se aceptan “posiciones absolutas” ni a favor de la mujer ni del concebido. A partir de ello propone que el concebido tiene un valor jurídico no absoluto, por lo que puede ser muerto a petición de la mujer, y el derecho de la mujer “a decidir” tampoco es absoluto, por lo que sólo lo puede ejercer en un plazo breve próximo a la concepción.

El supuesto “derecho a decidir” no existe ni en la Constitución ni en los tratados, como se demuestra en el siguiente apartado. Lo que sí está expresamente reconocido es el derecho a la vida. Desde la perspectiva de derechos que la Corte se propuso, se debió examinar cómo está formulado el derecho a la vida en los tratados de derechos humanos, cosa que no hizo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice, en su artículo 6o.: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. La Convención Americana de Derechos Humanos lo expresa (artículo 4o.) con palabras semejantes: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Sin entrar al análisis de la frase que se refiere al momento de la concepción —y que debe hacerse con más detalle—, ambos artículos coinciden en que toda persona tiene el derecho a la vida, y que de este derecho se deriva la prohibición de que ninguna persona (nadie) prive de la vida a otra.

Si, de acuerdo con los tratados, todo ser humano es persona (artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) o tiene derecho al reconocimiento de su personalidad (artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), es evidente que todo ser humano, de acuerdo con los tratados,

¹⁶ Párrafo 6, y la afirmación se repite, con distintas palabras, en los párrafos 51, 182, 224, 275 y 284. Sentencia en el *caso Castañeda Gutman vs. México* (2008, párrafo 174).

tiene derecho a que se respete su vida, y que está prohibido que cualquiera prive de la vida a otro.

En la perspectiva que se propone la Corte, el derecho a la vida no es absoluto, lo que da lugar a conclusiones absurdas: los artículos dicen que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; es decir, nadie tiene derecho de privar de la vida a otro, pero si esta afirmación no es “absoluta” —aunque debería decirse *verdadera*, en vez de *absoluta*—, entonces tendría que concluirse que hay personas que sí tienen derecho a matar a otras, lo que es completamente contradictorio con toda la doctrina de los derechos humanos, que se elaboró con el objeto de evitar los abusos del poder. Y eso es, por desgracia, lo que concluye la sentencia que se analiza: que la mujer tiene derecho a decidir la muerte del embrión.

La sentencia debió considerar la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la propia sentencia cita en su nota 96, y que dice: “salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”. De acuerdo con esto, el derecho a no sufrir tortura no tiene restricciones, y con mayor razón no las tiene el derecho a no ser privado de la vida.

3. *La sentencia carece de fundamento constitucional o convencional*

El fundamento que aduce la sentencia para justificar que la mujer tiene derecho a interrumpir el embarazo —a matar al concebido que lleva en su vientre— es lo que llama el “derecho a decidir”. Lo primero que debe observarse es que la decisión es un acto interno de la persona, que, en principio, como todos los actos internos, no son materia de regulación jurídica. Por supuesto, toda persona puede decidir lo que quiera y cambiar su decisión cuantas veces quiera sin que esos actos internos tengan relevancia jurídica. Lo que interesa al derecho es la ejecución del acto decidido, pues el acto externo sí es jurídicamente relevante porque afecta a otras personas y a la comunidad. Toda persona puede decidir matar, robar, defraudar o colaborar, pagar o trabajar, pero los actos que son resultado de la decisión tienen un tratamiento jurídico distinto, pues no es lo mismo robar o defraudar que colaborar y trabajar, y por eso el orden jurídico establece

derechos, respecto de los actos que favorecen el desarrollo de las personas y de la comunidad, y prohibiciones (las que establece el derecho penal o la legislación administrativa) de ejecutar actos que afectan negativamente a las personas o a la comunidad.

La sentencia llega a concretar que el derecho a decidir “consiste en la posibilidad de acceder libremente a un proceso de interrupción segura del embarazo” (párrafo 130); o sea, que la mujer, por su propia decisión, pueda interrumpir el embarazo, y añade que esto incluye el deber de las instituciones públicas de salud de practicar los abortos solicitados “de forma accesible, gratuita, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria” (párrafo 175).

Afirma que el fundamento constitucional de ese derecho es el artículo 4o. constitucional, que afirma el derecho de “toda persona”, y no exclusivamente las mujeres, “a decidir el número y espaciamiento de sus hijos”, pero ese derecho es sólo el reconocimiento de que son las mismas personas interesadas quienes deben de tomar esa decisión acerca del número y espaciamiento de sus hijos, y que ni otras personas ni el Estado pueden imponerles el número de hijos que deban tener. Ese derecho no incluye el de matar al hijo nacido porque sobrepasa el número de hijos que ahora la mujer ha decidido ni el de secuestrar a un recién nacido para alcanzar el número de hijos que ha decidido, y tampoco el de “interrumpir” la vida del concebido. El artículo 4o. constitucional nunca afirma ni expresa implícitamente que la mujer tiene derecho a decidir la muerte del concebido ni que el Estado tenga el deber, por la decisión de la mujer, de matarlo.

Los mismos autores de la sentencia saben que el supuesto “derecho a decidir” no se fundamenta en el artículo 4o. constitucional, y por eso afirman que ese derecho es una “combinación particular de diferentes derechos y principios” (párrafo 53), que es una “construcción” (párrafo 130) o invención que han hecho los jueces. Reitero, dicen que es “el resultado de una combinación particular de diferentes derechos y principios”, pero no afirman que sea un derecho previsto por la Constitución mexicana, e incluso afirman que algunos de esos principios o derechos tampoco están expresamente recogidos en la Constitución (párrafo 61). El “derecho a decidir” no es un derecho constitucional, sino una invención de los autores de la sentencia.

Sin embargo, ellos afirman que tal derecho se ha “constitucionalizado” (párrafo 131); es decir, que se ha introducido en la Constitución. Pero si no está previsto ni expresa ni implícitamente en la Constitución, no puede

llegar a formar parte de la constitución por medio de una supuesta “interpretación” de la Suprema Corte, porque interpretar la Constitución, valga la redundancia, es explicar lo que dice la Constitución, y no añadirle algo nuevo o reformarla. El artículo 135 constitucional es muy claro:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México.

En consecuencia, la Constitución mexicana no puede reformarse o añadirse fragmentos por la interpretación equivocada de la Suprema Corte; afirmar lo contrario es ir en contra de la propia constitución.

4. *La sentencia se contradice a sí misma*

La sentencia tiene afirmaciones contradictorias, lo que demuestra que carece de una razón congruente que gobierne todo su contenido. Así, establece el supuesto “derecho a decidir”, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, pero afirma que es conforme con la Constitución la definición del delito de aborto como el acto por el que se causa la muerte al producto de la concepción en cualquier momento de dicha concepción. Con esa decisión, el derecho a interrumpir el embarazo viene a ser el “derecho” de la mujer de causar la muerte al embrión, lo cual es absurdo porque no hay derecho de matar. Es un signo alarmante que en una sentencia del máximo tribunal mexicano se afirme que la mujer tiene derecho a causar la muerte del embrión.

La sentencia afirma reiteradamente que ninguno de los derechos humanos es absoluto, ni siquiera el derecho a la vida, sin embargo, dice que el derecho a decidir, que han inventado los autores de la sentencia y que no está reconocido en la constitución mexicana, “no puede ser restringido” (párrafo 132).

Afirma que el supuesto derecho a decidir es una posición equilibrada, que reconoce el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo y el valor jurídico del embrión, por lo que tal derecho sólo lo puede ejercer en un tiempo breve a partir de la concepción. Sin embargo, afirma que cuando el embrión es producto de una violación, la mujer puede causarle la muerte

en cualquier tiempo del embarazo, ya que el derecho a decidir “muta” (párrafo 326) o cambia según las circunstancias. Como el derecho a decidir es un invento, sus autores se sienten con la libertad de modificarlo cuando les parezca conveniente.

La contradicción mayor es que la sentencia se vale de la doctrina de los derechos humanos, que fue concebida como un medio para impedir los abusos del poder del Estado en contra de las personas, para justificar el abuso de privar de la vida a los seres humanos que no han llegado a tener cierto grado de desarrollo. Es un abuso del poder del Estado, pues aunque éste afirme que no interviene si la mujer no lo pide, es el propio Estado el que, por medio de reformas a las leyes o por la imposición de criterios judiciales, propone y difunde que es lícito matar al concebido, y más aún, es el propio Estado, por medio de las instituciones de salud, el que hace morir más embriones.

VI. REFERENCIAS

SCJN (2016). Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. T II.

SCJN (2021). Acción de inconstitucionalidad. Expediente 148/2017. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=227921>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El derecho de las mujeres y las personas gestantes a decidir

A Woman's & Pregnant Person's Right to Choose

Jazmín BONILLA GARCÍA*

RESUMEN: Al resolver la acción de inconstitucionalidad 148/2017, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la constitucionalidad de algunos artículos del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, que regulan el delito de aborto. La Corte decidió que algunas de las normas que fueron impugnadas son contrarias a diversos derechos de las mujeres y personas gestantes, entre ellos el derecho a decidir, a la dignidad humana y a la igualdad, al criminalizarles por interrumpir el embarazo, motivo por el cual decidió invalidarlas. Al resolver este asunto, la corte sentó un precedente funcional para todo el país que, por primera vez, reconoce una prohibición de criminalización de las mujeres y las personas con capacidad de gestar que decidan interrumpir un embarazo.

ABSTRACT: Through the ruling of the unconstitutional action 148/2017, the National Supreme Court of Justice analyzed the constitutionality of some articles of the Penal Code of the State of Coahuila de Zaragoza that regulate the crime of abortion. The Court decided that some of the norms which were questioned are contrary to various rights of women and pregnant people such as the one to decide and to human dignity and equality, by criminalizing them for interrupting pregnancy, are the reason why the Court invalidated them. By resolving this matter, the Court established a functional precedent for the entire country that, for the first time, recognizes a prohibition of criminalization of women and people with the capacity to gestate who decide terminating a pregnancy.

Palabras clave: derechos de las mujeres, derechos de las personas con capacidad de gestar, personas gestantes, dignidad humana, derechos humanos, aborto, interrupción del embarazo.

Keywords: women's rights, pregnant capacity person's rights, pregnant person's, human dignity, human rights, abortion, pregnancy interruption.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana; maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Derechos Humanos FLACSO-México. Secretaria de estudio y cuenta en la SCJN. ORCID: 0000-0001-7939-0627; jazboga@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Materia del caso*. IV. *Estudio de fondo y análisis del caso*. V. *Referencia*.

I. INTRODUCCIÓN

El once de junio de 2011 se publicó una importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente a su artículo 1o., que modificó el paradigma constitucional sobre el entendimiento de los derechos humanos.

A través de esta reforma se posicionó a la persona en el centro del debate de los derechos, vinculando a todas las autoridades mexicanas —incluidas, por supuesto, las jurisdiccionales y judiciales— a cumplir las obligaciones sobre los derechos humanos reconocidos no solamente en el texto constitucional, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Con su entrada en vigor se impuso, además, la obligación de interpretar las normas sobre derechos humanos conforme al texto constitucional y los mencionados tratados internacionales, favoreciendo siempre la protección más amplia de la persona, lo que ha llevado a las instituciones encargadas de la impartición de justicia a reinterpretar diversas normas jurídicas —principalmente de aquellas que se erigen como limitaciones o restricciones de derechos—, entre las que encontramos a aquellas que regulan los delitos.

En septiembre de 2021, más de 10 años después de la reforma constitucional a que se hizo referencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó a analizar nuevamente¹ las normas penales que regulan y desarrollan el delito de aborto en el estado de Coahuila de Zaragoza. En esta

¹ Tomando en consideración que este delito, regulado en diversas entidades federativas y normativas, ya había sido objeto de análisis en diversos precedentes, tales como la acción de inconstitucionalidad 10/2000, que cuestionó la constitucionalidad de diversos preceptos del código penal del entonces Distrito Federal; la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, donde se cuestionó la validez constitucional de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal; la controversia constitucional 54/2009, que examinó la constitucionalidad de la NOM-046-SSA2-2005, relativa al suministro de la anticoncepción de emergencia; las acciones de inconstitucionalidad 11/2009, 62/2009, 104/2009 y 62/2009, así como controversia constitucional 89/2009 (constitucionalidad de los preceptos constitucionales locales de diversas entidades federativas que regulaban la protección de la vida desde la concepción).

ocasión, a la luz del parámetro de regularidad constitucional posicionando en el centro del debate los derechos de las mujeres y las personas con capacidad de gestar.

II. ANTECEDENTES

En septiembre de 2017 se sometió a discusión del Congreso del estado de Coahuila de Zaragoza una iniciativa que contenía una propuesta de un nuevo código penal que regularía también el delito de aborto, cuyo procedimiento legislativo culminó con la publicación, en el periódico oficial de esa entidad federativa, del Decreto 990, que contenía el nuevo Código Penal del Estado de Coahuila, el 27 de octubre de 2017, y que abrogó el diverso publicado mediante Decreto 298 y publicado el 28 de mayo de 1999.

Por escrito recibido el 27 de noviembre de ese mismo año en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la entonces Procuraduría General de la República promovió acción de inconstitucionalidad contra los artículos 13, apartado A; 195; 196 y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, alegando, esencialmente:

- a) Que la regulación de la prisión preventiva oficiosa (artículo 13, apartado A) es competencia exclusiva del Congreso de la Unión.
- b) Que la regulación de un tipo penal que impide la interrupción del embarazo en la primera etapa de gestación (artículos 195 y 196) es violatoria de los derechos de autonomía y libertad reproductiva de las mujeres.
- c) Que la regulación de una penalidad menor en contra del cónyuge que cometa el delito de violación en perjuicio de la cónyuge mujer (artículo 224, fracción II) implica una incorrecta o inadecuada valoración de la integridad sexual de la mujer como bien jurídico tutelado, pues el legislador estatal dispuso una penalidad menor para esa conducta en relación con la prevista para el delito de violación en general.

En acuerdo de la misma fecha de promoción de demanda, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación registró el expediente con

número de acción de inconstitucionalidad 148/2017² y lo turnó al ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para que, en su carácter de instructor, la instruyera.

El 29 de noviembre del mismo año, el ministro instructor admitió a trámite la demanda, y luego de dicho trámite correspondiente se cerró la instrucción el 19 de enero de 2018 para la elaboración del proyecto de sentencia correspondiente.

Con motivo del nombramiento del ministro instructor como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante acuerdo de 3 de enero de 2019, se retornó el expediente al ministro Luis María Aguilar Morales.

Finalmente, tras la elaboración y lista del proyecto, el 7 de septiembre de 2021, el tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó la sentencia objeto de análisis de este documento.³

III. MATERIA DEL CASO

Luego de la aprobación de las cuestiones competenciales, de oportunidad y legitimación, la primera decisión a la que se enfrentó el tribunal Pleno fue determinar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto de la totalidad de las normas impugnadas.

Por lo que hace al artículo 13, apartado A, se advirtió la actualización de la causa de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo ley reglamentaria), en virtud de que dicho precepto legal ya había sido invalidado, por extensión de efectos, al resolver la diversa acción de inconstitucionalidad 143/2017 en sesión del 9 de julio de 2019.

En las cuestiones de procedencia, el Pleno también se cuestionó si la acción de inconstitucionalidad resultaba procedente respecto del artículo 224, fracción II, pues dicha norma fue reformada con posterioridad a la promoción de la acción de inconstitucionalidad objeto de discusión (el 12

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 148/2017. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-embematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf>.

³ Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-embematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf>.

de abril de 2019); sin embargo, estimó que, al tratarse de una norma de naturaleza penal, no resultaba procedente decretar el sobreesimiento en el juicio, pues en caso de existir una declaratoria de inconstitucionalidad en relación con dicho precepto legal, de conformidad con lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional y por el 25 de la ley reglamentaria, existiría impacto en los procesos en que se hubiera aplicado durante su vigencia.

De esta manera, el examen de fondo se centró en analizar la regularidad constitucional de los artículos 195, 196 y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Ahora bien, superadas las cuestiones de procedencia, el Pleno se enfrentó a decidir tres aspectos esenciales:

- a) Si resultaba acorde al parámetro de regularidad constitucional que la legislación penal local tipificara y sancionara de manera absoluta (en cualquier momento) el aborto voluntario cuando no mediaran causas “justificativas”.
- b) Si resultaba conforme al parámetro de regularidad constitucional que en los casos de concepción sin el consentimiento de la madre (violación e inseminación forzada) se permitiera la interrupción del embarazo en las primeras 12 semanas de gestación.
- c) Si resultaba apegado al parámetro de regularidad constitucional que en el caso de violación sexual por el cónyuge o similar en perjuicio de la mujer se previera una pena menor en relación con los casos en que no existiera relación entre el imputado y la víctima.

Para emprender el examen correspondiente, el tribunal Pleno dividió el examen en dos apartados distintos: uno destinado a analizar la regularidad constitucional de los artículos 195 y 196 del código penal estatal, y otro distinto a verificar la validez del diverso artículo 224, fracción II.

IV. ESTUDIO DE FONDO Y ANÁLISIS DEL CASO

Dada la relevancia y precisión del examen emprendido por el tribunal Pleno, en este documento únicamente nos centraremos en el examen de

regularidad constitucional de los artículos 195⁴ y 196⁵ del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, relacionados con el delito de aborto.

En torno a dichos preceptos, la impugnación esencial se hizo consistir en que las normas impugnadas transgredían los derechos de autonomía y libertad reproductiva de las mujeres —y, agregó el Pleno, de las personas con capacidad de gestar— al no considerar las etapas gestacionales del producto de la concepción al establecer la definición de *aborto* y establecer una maternidad impuesta y forzada contraria al objetivo de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer.

En virtud de la naturaleza de las normas controvertidas y la impugnación alegada, y en una determinación que estimamos adecuada por las razones que más adelante se exponen, el Pleno determinó que el tema central objeto de análisis sería verificar si resulta constitucional que se sancione con pena de prisión o privativa de la libertad a la mujer o persona con capacidad de gestar⁶ que decida interrumpir voluntariamente su embarazo.

Ahora bien, para emprender el examen correspondiente, expuso que era necesario tener en cuenta que existe una vasta línea y doctrina jurisprudencial en relación con dicha problemática; sin embargo, al haber sido resuelto cada precedente en proporción directa a las necesidades y las preguntas que cada asunto constitucionalmente planteó, este expediente se erigía como una oportunidad única para sentar las bases para futuras problemáticas que versaran sobre la misma temática. Además, destacó que era indispensable guiar el análisis y la resolución desde la obligación de valorar el caso con perspectiva de género como método útil no sólo para detectar, sino también para eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género.

⁴ Esta norma definía al aborto, estableciendo que *comete el delito de aborto quien causa la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo.*

⁵ Esta norma establecía la imposición de una pena de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente se practicara su aborto o a la persona que la hiciera abortar con su consentimiento.

⁶ En su resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación explica que analiza e introduce el concepto de *persona gestante* o *persona con capacidad gestar* como un aspecto fundamental de carácter inclusivo e interseccional que pretende reconocer y visibilizar a las personas que, teniendo la capacidad de gestar, sostienen una identidad de género que pertenece a una categoría distinta al concepto “tradicional” de mujer; por ejemplo, hombres transgénero y personas no binarias, entre otras.

Sobre esas bases, estimó que el punto toral del que debía partir el examen se relacionaba con el derecho de las mujeres y las personas con capacidad de gestar a decidir, por lo que era necesario conocer su contenido y límites frente a la protección del bien constitucional del *nasciturus*.

Al respecto, estimó que la esencia de ese derecho está constituida por la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad jurídica, el derecho a la salud tanto física como psicológica, y la libertad reproductiva, y que su reconocimiento, tutela y protección están contenidos no sólo en el texto constitucional, sino en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, por lo que es innegable que existe un deber de respeto y garantía.

Luego de exponer algunas cuestiones esenciales sobre los derechos que comprenden la esencia del derecho a decidir, el tribunal Pleno explicó que constituyen piezas esenciales en el entramado constitucional y convencional que convergen para determinar que la titularidad de éste corresponde a la mujer y a las personas con capacidad de gestar, y que, sin duda, consiste en la posibilidad de acceder libremente a un procedimiento de *interrupción segura* del embarazo.

Se explicó que la libertad reproductiva, en su vertiente específica del derecho a decidir, implica que *no corresponde al Estado conocer o evaluar las razones para que una mujer o persona con capacidad de gestar continúe o interrumpa su embarazo*, pues éstas pertenecen a la esfera de intimidad de la mujer o persona con capacidad de gestar y pueden ser de diversa índole, lo que comprende razones médicas (tanto físicas como psicológicas), económicas, familiares, sociales, entre otras.

Asimismo, se explicó que debe tenerse en cuenta la situación de profunda desigualdad, marginación y precariedad en que se encuentran las mujeres en nuestro país, lo que necesariamente impacta en la educación y la posibilidad de contar con información sobre derechos reproductivos, planificación familiar y uso de métodos anticonceptivos.

Luego de una minuciosa exposición del contenido del derecho a decidir, el Pleno consideró que sus bordes internos y externos se traducen en siete implicaciones:

- 1) La educación sexual como pilar de la política pública en materia de salud reproductiva.
- 2) El acceso a la información y asesoría en planificación familiar y métodos de control natal.

- 3) El reconocimiento de la mujer, o persona gestante, como única titular del derecho a decidir la continuación o interrupción del embarazo.
- 4) La garantía de que la mujer o persona gestante tome una decisión *informada* en relación con la interrupción o continuación de su embarazo.
- 5) El derecho a decidir comprende dos ámbitos de protección de igual relevancia claramente diferenciados y que encuentran su detonante en la elección de la mujer o persona gestante: una para quien elige continuar su embarazo y que amerita la protección y acompañamiento por parte del Estado, y otra que deriva de la elección a interrumpir el embarazo.
- 6) La garantía de que las mujeres o personas gestantes que así lo decidan puedan interrumpir su embarazo en las instituciones de salud pública de forma accesible, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria.
- 7) El derecho de la mujer o persona gestante a decidir sólo puede comprender el procedimiento de interrupción del embarazo dentro de un breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación.

En este contexto, el tribunal Pleno estimó indispensable emprender también un análisis del *nasciturus* como bien constitucional relatando su ámbito de protección en el sistema jurídico mexicano; destacando el carácter no absoluto de prerrogativa alguna.

En un aspecto que estimamos oportuno dada la precisión de la materia de análisis de la controversia que, recordemos, versó sobre si resultaba adecuado sancionar con prisión o pena privativa de la libertad a la mujer o persona gestante que decidiera voluntariamente interrumpir su embarazo, el tribunal Pleno explicó que al verificar la protección que tiene el concebido en el sistema jurídico mexicano, no era necesario pronunciarse ni identificar el momento en que inicia la vida humana, pues no hay unanimidad sobre tal aspecto ni mucho menos sobre a partir de cuándo debe protegerse por el Estado.

Se reconoció una cualidad intrínseca en el *nasciturus*, pues su valor se asocia a sus propias características, ya que se trata de la expectativa de un ser —con independencia del proceso biológico en el que se encuentre— cuyo desarrollo es constante conforme avanza el proceso de gestación. Sin embargo, sólo puede considerarse como titular de derechos a la persona viva.

En ese contexto, la Suprema Corte estimó que el proceso de gestación constituye un valor constitucionalmente relevante por sí mismo y que la vida prenatal también amerita la tutela correspondiente asociada a la protección conjunta que corresponde a las mujeres y personas gestantes que, en el ejercicio de su derecho a elegir, optan por el camino de la maternidad como plan y proyecto de vida, por lo que al producto de la concepción le asisten medidas de protección de orden público que se intensifican de conformidad con el avance del embarazo. Así, el derecho a decidir, en relación con quien opta por la interrupción del embarazo, sólo tiene cabida dentro de un breve plazo cercano a la concepción, como un mecanismo para equilibrar los elementos que coexisten y brindan un ámbito de protección tanto al concebido como a la autonomía de la mujer.

Sobre este último aspecto, se explicó que la fijación de tal temporalidad debe ser razonable y tiene que considerar el incremento paulatino en el valor de la vida en gestación para su determinación,⁷ para lo que el legislador puede acudir a la información científica disponible, así como a las consideraciones de política pública en materia de salud que le parezcan aplicables en la medida de que sean compatibles con las razones aquí vertidas, y, únicamente a modo de referencia, aclaró que los precedentes judiciales de ese tribunal ya habían decidido que era válida la temporalidad de 12 semanas de embarazo, puesto que existe un incipiente desarrollo embrionario y no fetal.

Sentadas esas bases, el tribunal Pleno concluyó que el artículo 195 del Código Penal de Coahuila de Zaragoza, como contiene el elemento objetivo del tipo pena, es válido, pues no incide ni afecta por sí mismo el derecho de las mujeres y las personas gestantes a decidir al no lo limitarlo, ya que se trata sólo de la definición o concepto de *aborto*.

Invaldar esa norma, por el contrario, podría repercutir en que aquellas normas que tipifican o sancionan penalmente el delito de aborto involuntario o contrario a la voluntad de la mujer o persona gestante carezcan de contenido.

Esta decisión la estimamos acertada, en primer lugar, si tomamos en cuenta que el objeto de análisis y la *litis* delimitada por la Suprema Corte se hizo consistir en determinar si era constitucional y convencionalmente

⁷ Máxime que el acrecentamiento a lo largo del tiempo de la valía de este bien constitucional está asociado a que el paso de las semanas de gestación significa el desarrollo de las características que pueden incluirse en cualquier debate sobre aquello que define a un ser humano.

aceptable sancionar con pena privativa de la libertad a la mujer o persona gestante que *voluntariamente* decidiera interrumpir su embarazo. En segundo lugar, porque la propia Corte decidió que el derecho a decidir tiene un doble contenido: por un lado, el derecho a decidir continuar la gestación, y por otro, el derecho a interrumpirla; por lo tanto, invalidar el elemento objetivo del delito implicaría desconocer la relevancia de que exista un tipo penal que sancione con pena privativa de la libertad a quien deliberadamente actúe en contra del derecho de la mujer o persona gestante a continuar su embarazo. En tercer lugar, porque consideramos que, en el derecho, una definición legislativa (como es el elemento objetivo del tipo penal) carece de referente normativo, pues no permite, obliga ni prohíbe. Es decir, no califica ni regula una conducta; en cambio, sí puede ser útil —como en el caso— para complementar o dotar de contenido a otros enunciados normativos que, de hecho, sí permitan, prohíban u obliguen en relación con la conducta definida.

Por cuanto hace al artículo 196 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, el tribunal Pleno consideró que tiene un impacto frontal y directo con la libertad reproductiva de la mujer o persona gestante de decidir ser o no madre y de continuar o no su embarazo.

Explicó que si bien las normas que buscan proteger la vida humana en gestación y crear una cultura de respeto por la dignidad vinculada a este proceso persiguen objetivos legítimos, no menos cierto es que ese solo hecho no implica, por sí mismo, que se deba reconocer su validez dentro del sistema jurídico mexicano.

El tribunal Pleno consideró que la vía punitiva diseñada por la legislatura estatal no concilia el derecho de la mujer a decidir con finalidad constitucional, sino que lo anula de manera total a través de un mecanismo que no logra los fines pretendidos de inhibir la práctica de abortos y, correlativamente, produce efectos nocivos, como la puesta en riesgo de la vida e integridad de la madre y la criminalización de la pobreza, descartando otras opciones de tutela de carácter menos lesivo que parten del trabajo conjunto con la mujer embarazada y que reconocen el ámbito privado en que desenvuelve el vínculo único que existe entre ella y el producto de la concepción.

Sobre esas bases, al considerar que el artículo 196 tiene una naturaleza *absoluta* al no brindar ningún margen para el ejercicio del derecho humano a elegir la vida reproductiva que, con los matices destacados en la

sentencia, asiste a las mujeres y personas en el supuesto de concebir, era necesario invalidarlo en su totalidad.

El desacierto legislativo más destacable en la construcción de la disposición, explico, no estriba en que no permita interrumpir el embarazo siempre, sino en que *no permite interrumpirlo en la fase inicial de la gestación sin dejar de calificarlo como delito*. Y sobre esta decisión de la Corte Suprema nos queda decir que también la estimamos acertada.

En un texto de reforma constitucional que incorporó a nuestro país el reconocimiento de las *prerrogativas* como derechos humanos y no como garantías individuales, y que amplió el “catálogo” de derechos tutelando no sólo a aquellos reconocidos por la Constitución nacional, sino también por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte que conforman un parámetro de regularidad constitucional donde no es posible sostener una jerarquía entre ellos, nos resulta insostenible criminalizar a la mujer y personas gestantes por ejercer su derecho a decidir.

Desde la perspectiva de análisis de la sentencia en comento, y que antes se compartió estimándola acertada, nos resulta insostenible que el legislador local hubiera optado por sancionar con el método, o vía, más agresivo posible, la prisión, a quienes ejerzan su derecho a decidir, pues pasa por alto su contenido: dignidad humana; autonomía; libre desarrollo de la personalidad; igualdad jurídica; derecho a la salud tanto física como psicológica, y libertad reproductiva, entre los que, reiteramos, no existe jerarquía alguna.

Sin desconocer —al igual que no lo hace la sentencia— la relevancia del *nasciturus*, estimamos necesario evitar y erradicar la práctica de criminalizar a la mujer o persona gestante por decidir interrumpir su embarazo, máxime en el contexto de violencia generalizada contra la mujer que existe en México, tal como lo reconoce la sentencia en los párrafos 145 a 151, que ofrecen indicadores, como los relativos al documento “Panorama nacional sobre la situación de la violencia contra las mujeres”, publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en 2020, que revela que, en el país, alrededor de 44 mujeres por cada 100 han experimentado violencia a lo largo de una relación de pareja, situación que se ha mantenido en niveles similares durante los últimos 10 años.⁸ Asimismo, en términos absolutos, la prevalencia de violencia contra la mujer en nuestro país por parte de la pareja a lo largo de su relación corresponde a 19 millones,

⁸ Véase párrafo 145 de la sentencia en comento.

96 mil 161, de éstas, 17 millones, 423 mil 291 (91%) reportaron violencia emocional; nueve millones, 105 mil 693 (47%), violencia económica y/o patrimonial; siete millones, 778 mil 131 (40.7%), violencia física, y dos millones, 834 mil 889, violencia sexual (14.8%).⁹

Compartimos (párrafos 136 a 144 de la sentencia) que es necesario visibilizar y tener muy presente que el porcentaje y la situación de pobreza —sumado al contexto generalizado de violencia contra la mujer— en nuestro país se erigen como factores esenciales en la toma de decisiones de las mujeres o personas con capacidad de gestar de interrumpir su embarazo.

Criminalizar a la mujer o persona gestante por ejercer su derecho a decidir implica necesariamente desconocer la situación y realidad del país. Implica, además, someterla, en muchas ocasiones, a la revictimización de la situación de violencia a la que estuvo sujeta, tal como se reconoce en el párrafo 331 de la sentencia, donde se alude a la diversa resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar el amparo en revisión 438/2020 en sesión del 7 de julio de 2021: implica seguir padeciendo el acto de violencia que sufrió, por ejemplo, cuando se cometió el delito de violación en su contra, pues el estado de preñez produce —por lógica— evocar y vivir en un estado de permanencia el recuerdo del delito de que fue víctima.

Para terminar, compartimos la conclusión de la sentencia, que sostiene que

...la solución que se plantea es la que se considera más equilibrada y orientada por el principio de la dignidad humana que atiende tanto a los derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar como al valor inherente del no nacido. Frente a la consideración de que el problema de fondo es un caso límite en el ámbito del Derecho, la respuesta que se brinda no se ubica en sus puntos extremos sino en una narrativa de balance que reconoce el vínculo natural de la persona gestante con el *nasciturus* y, que incluye en sus registros que el reducto final del intrincado y profundo debate en relación con la decisión de abortar habrá de corresponder siempre a la íntima convicción individual, y frente a ello lo que corresponde es contar con un entramado jurídico que atienda esa realidad y brinde una esfera de protección de largo alcance e integralidad.¹⁰

⁹ Véase párrafo 146 de la misma sentencia.

¹⁰ Véase párrafo 234 de la sentencia en comentario.

Así, se trata de brindar a las mujeres y personas gestantes que no tuvieron posibilidad de ser adecuadamente informadas y acompañadas, de recibir educación sexual y de acceder a métodos anticonceptivos de forma voluntaria, entre otros aspectos, la posibilidad de acceder a la interrupción del embarazo sin ser revictimizadas ni mucho menos criminalizadas y enviadas a prisión por ese motivo.

V. REFERENCIA

SCJN (2021). Acción de inconstitucionalidad 148/2017. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf>.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México

The Weighing of Rights of Robert Alexy in a Judicial Decision of the Highest Court in Mexico

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ*
Priscila ÁLVAREZ BAUTISTA**

RESUMEN: Los derechos constitucionales y su proporcionalidad, o ponderación de derechos dentro del ámbito jurídico, es un método utilizado para saber qué derecho humano debe prevalecer ante otro cuando ambos colisionan o se contraponen. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la Acción de inconstitucionalidad 146/2007, realizó la ponderación del derecho a la vida del no nacido contra los derechos de la madre (salud, sexuales y reproductivos y libre desarrollo de la personalidad). Se determinó que estos últimos deben predominar sobre el derecho a la vida, lo cual dio pauta a la despenalización del aborto en la Ciudad de México. En la pre-

ABSTRACT: *The Constitutional rights and proportionality (weighing of rights) within the legal sphere is a method used to know which human right should prevail over another when both collide. The Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico, through Action of unconstitutionality 146/2007, made the weighing of the right to life of the unborn against the rights of the mother (health, sexual and reproductive and free development of personality). It was determined that the latter should prevail over the right to life, which gave way to the decriminalization of abortion in Mexico City. In the present research, we analyze, through the deductive and synthetic method*

* Doctora en derecho por la UNAM y profesora-investigadora titular del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Ciudad de México, México; ORCID: 0000-0002-8114-7797; ilrodrig@tec.mx.

** Estudios en derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Ciudad de México. Ha realizado investigación en diversos temas relacionados con derechos humanos y su ponderación. México; ORCID: 0000-0002-6342-7170; privalvz@gmail.com.

presente investigación se analiza, mediante el método deductivo y sintético, el razonamiento de ponderación realizado por la Suprema Corte en su resolución, y los derechos fundamentales que se encuentran dentro de la misma.

Palabras clave: derechos constitucionales, proporcionalidad, ponderación de derechos, derecho a la vida, derechos sexuales, libre desarrollo de la personalidad, acción de inconstitucionalidad.

of investigation, the weighting made by the Supreme Court, its resolution and the fundamental rights found within it.

Keywords: constitutional rights, proportionality, weighting of rights, right to life, sexual rights, free development of personality, unconstitutional action.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología de la investigación*. III. *Ponderación de derechos*. IV. *Ponderación en el sistema jurídico mexicano*. V. *Derechos fundamentales, su clasificación y características*. VI. *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y ponderación realizada por la Suprema Corte de Justicia*. VII. *Modelo de Robert Alexy*. VIII. *Conclusión*. IX. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características de los derechos fundamentales es la indivisibilidad, la cual establece que no hay jerarquías entre ellos. No obstante, hay situaciones en las que éstos colisionan y el juzgador debe determinar cuál es el que debe prevalecer. Para ellos, existe el método de ponderación de derechos, diseñado para que la decisión tomada sea imparcial y lo más justa posible. La Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 contiene la resolución de la ponderación del derecho a la vida contra los derechos de la madre, en la cual se determinó que deben prevalecer estos últimos. De tal manera que se permitió la despenalización del aborto en la Ciudad de México. Es de suma importancia analizar dicha ponderación, de la que puede observarse la necesidad del estudio de una fórmula razonada de ponderación de derechos constitucionales que impida la violación a un derecho fundamental o que permita la impartición de justicia despojada de sesgos ideológicos o posturas personales.

II. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Mediante la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, se permitió la despenalización del aborto. A través de ésta se determinó que los derechos de la madre deben prevalecer ante el derecho a la vida. No obstante, es importante analizar con detenimiento la ponderación que se realizó para llegar a esa resolución, con el fin de determinar si se tomaron en cuenta todos los elementos que conforman el derecho a la vida.

La hipótesis es que durante la ponderación de derechos realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la Acción de inconstitucionalidad 146/2007, es posible la existencia de la violación a un derecho fundamental que cuenta con mayor peso dentro de la ponderación jurídica, como consecuencia de imprecisiones en la aplicación de un modelo teórico adoptado por la misma, para la ponderación de derechos.

Los límites de estudio se sujetan a un análisis de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 con ayuda de artículos y libros de autores expertos en el tema. Se enfoca en las leyes, métodos y reglamentos aplicables en la Ciudad de México. Sólo se atiende a la ponderación realizada por la SCJN, y no a cualquier otra instancia judicial que haya permitido o negado la despenalización del aborto. Se utiliza el método deductivo, ya que se parte del tema general de la ponderación de derechos y se aplica al caso particular de la Acción de Inconstitucional 146/2007. Para facilitar la comprensión de ese caso y para su explicación dentro del trabajo, se utiliza el método sintético, mediante el cual se podrá abstraer y analizar la información más relevante de este asunto.

III. PONDERACIÓN DE DERECHOS

¿Qué es la ponderación? El ser humano se caracteriza por la capacidad que tiene para tomar decisiones, las cuales van desde lo más simple: qué ropa usar, qué desayunar, cómo transportarse de un lado a otro, hasta lo más complejo: con quién casarse, qué carrera elegir o en dónde vivir. Todas las decisiones, sean simples o complejas, pasan un proceso de racionalización (consciente o inconsciente), por medio del cual el individuo puede analizar los pro y contras de la decisión a tomar, como si los colocara en una balanza que le permitiera elegir el que tiene mayor peso

en cuanto al beneficio que le puede proporcionar. Lo anterior es denominado “ponderación”, ya que esta palabra proviene de la voz en latín *ponderare*, que significa “pesar”.

La ponderación no solamente se puede llevar a cabo de manera individual, sino que también puede ser colectiva. De igual manera, hay decisiones sencillas: designar al responsable del grupo, acordar la hora de una cita o decidir quién va a realizar las compras; así como decisiones complejas: elegir al presidente de una nación, hacer válida una ley que beneficie a los ciudadanos o determinar quién es el culpable por la comisión de un crimen. Las decisiones colectivas requieren de un proceso de ponderación establecido, de modo que deben proporcionar el mayor beneficio a la sociedad y ser justas. Es por eso que dentro del ámbito jurídico se han desarrollado modelos propuestos por autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin, los cuales han ayudado a diferentes cortes, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a juzgadores, a tomar decisiones, quienes han basado sus decretos y sentencias en dichos modelos.

Para definir qué es la ponderación jurídica, hay que establecer que existen dos tipos de derechos: absolutos y relativos. Los derechos absolutos son con los que cuentan los seres humanos por el simple hecho de serlo; esto quiere decir que le son inherentes. Por otro lado, los derechos relativos son con los que cuentan las personas por el hecho de pertenecer a una comunidad con un sistema jurídico determinado. Es decir, que sólo los que son miembros de esa sociedad o Estado pueden tener tales derechos. Los derechos absolutos son también conocidos como “fundamentales”, y cuentan con las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. La premisa que afirma que todos los seres humanos cuentan con derechos absolutos responde al principio de universalidad. Por otro lado, la interdependencia consiste en que la existencia de un derecho depende de la realización de otros derechos. La indivisibilidad es un adjetivo, el cual determina que “no admite división, ya por ser esta impracticable, ya porque impida o varíe sustancialmente su aptitud para el destino que tenía, ya porque desmerezca mucho con la división” (Rae, 2020). En el ámbito de los derechos fundamentales, la indivisibilidad asegura que no existen jerarquías entre los derechos fundamentales; esto quiere decir que uno no es más importante que otro, ya que éstos no admiten divisiones entre sí debido a su propia esencia. Sin embargo, hay ocasiones en las cuales los derechos colisionan, y se debe determinar cuál es el que debe

prevalecer. La ponderación jurídica consiste en realizar tal elección, de tal manera que el grado de insatisfacción que causa el cumplimiento de una acción para respetar un derecho sea proporcional al grado de satisfacción que ocasiona el cumplimiento de la otra.

Los jueces, al momento de emitir sentencias, utilizan la lógica deductiva y la racionalidad. Se dice que hay subsunción en la racionalidad jurídica cuando los hechos probados y posteriormente valorados se adecúan a una norma racional previamente establecida, cuya solución aplica al caso en cuestión. Por lo tanto, una decisión judicial es justificada cuando ésta deriva de una disposición válida y concuerda con una conducta previamente descrita. De tal manera que la sentencia emitida por un juez se basa en los hechos que se subsumen a la norma general y da como resultado la conclusión judicial, denominada “fallo”. La subsunción impide que se presenten algunos obstáculos para llegar a una solución en concreto, tales como las contradicciones, lagunas y ambigüedades, ya que el ordenamiento jurídico presenta soluciones a los conflictos legales, lo que provee de seguridad y certeza al sistema. Sin embargo, no todos los problemas jurídicos pueden ser resueltos de tal manera, debido a que existen múltiples situaciones tan complejas como diversas, por lo que la ley no alcanza a determinar todo tipo de supuestos ni escenarios posibles.

La realidad del sistema judicial es que éste se enfrenta constantemente a casos complejos y difíciles de resolver, debido a los diversos factores que lo comprenden. Es por eso que Alexy resaltó la diferencia entre los juicios de subsunción y los de ponderación. Estos últimos son aplicables para las situaciones complejas, en las cuales no hay solución evidente, sino que se requiere de un proceso racional más detallado, y que demanda un mayor análisis, tal como sucede con los principios y los derechos fundamentales, ya que éstos se caracterizan por ser generales y abstractos. Cuando los principios o derechos colisionan, uno de ellos debe ceder al otro, mas no se puede aplicar el juicio de subsunción, porque no hay uno que sea superior a otro, o bien que determine las condiciones para que uno se adecúe a otro. Por lo tanto, no significa que cuando éstos colisionan, uno declara inválido al otro, ni que este último pueda introducir una cláusula de excepción. Más bien, se establece que un principio o derecho precede a otro bajo ciertas circunstancias. Para lograrlo, la ponderación ofrece la posibilidad de fundamentar racionalmente los elementos por los cuales las circunstancias ameritan que un principio o derecho preceda a

otro. Lo anterior se conforma de argumentos, a los cuales se les otorga cierto peso, determinado por números, dependiendo de qué tan buena es la razonabilidad de éstos. De tal manera, las razones o argumentos no se excluyen entre sí, sino que se sopesan. En este sentido, la ponderación no pretende establecer jerarquías de derechos o principios mediante la aplicación de fórmulas, sino más bien propone una jerarquía móvil aplicada al caso en concreto.

¿Cómo se lleva a cabo la ponderación? Existen múltiples formas de ponderar derechos fundamentales, ya que hay autores que han desarrollado diferentes técnicas para lograrlo. Sin embargo, cada país ha decretado sus propias normas para cumplir con este mismo objetivo. La técnica desarrollada por Robert Alexy ha servido de base para la ponderación en algunos países, incluyendo a México.

Desde la perspectiva de Alexy, existen dos elementos esenciales para entablar un discurso: la emisión de un enunciado y la pretensión de corrección. Esta última se compone de argumentos que respalden al enunciado emitido, los cuales deben estar debidamente fundamentados. Si alguno de estos dos elementos está mal construido, entonces el discurso se vuelve absurdo. Es por eso que se han creado reglas que permiten analizar estos puntos principales, además de determinar el nivel de congruencia del mismo. Cuando se cumple con las reglas del discurso, se puede decir que el enunciado es correcto. Por lo tanto, si estas reglas son aplicadas al ámbito del derecho, no solamente se busca analizar la racionalidad del enunciado normativo, sino que es importante tomar en cuenta qué tan bien fundamentado se encuentra. Otro punto importante a resaltar es que el método de Alexy pretende que los argumentos sean tomados en cuenta independientemente de su orador. De tal manera, la evaluación del discurso permite tener un punto de vista más objetivo, ya que evita cualquier tipo de discriminación hacia el argumento basada en la persona que lo enuncia.

En la argumentación que sigue el sentido lógico, se utilizan premisas que siguen una secuencia, cuyo fin da como resultado una conclusión. En este tipo de argumentación se le da valor únicamente al resultado final, pero no se analiza con detenimiento cada uno de sus componentes. Mientras que en el método propuesto por Alexy se utiliza el consenso y decisión, los cuales contribuyen al análisis de las premisas. Es así como cada una de las partes que conforman el argumento final son analizadas y

consensuadas según su contenido. Por lo que el método de Alexy plantea la existencia de una precisa toma de decisiones, basada en normas que no consideran a la secuencia lógica como instrumento principal, sino que se realiza a través de una operación matemática que sopesa los principios o derechos, con base en los argumentos. Por lo que se le da mayor importancia a la argumentación y sus componentes, más que a un solo resultado proveniente de un proceso lógico. Lo anterior no significa que la lógica quede descartada por completo ni que se invalide su participación, sino que ésta pasa a ser una herramienta utilizada por los enunciadores para la elaboración de sus argumentos.

El método desarrollado por Alexy, con base en la argumentación, se divide en tres ámbitos:

- a) El grado de afectación de uno de los derechos debe ser proporcional al grado de satisfacción del otro.
- b) Atribuyen valores numéricos a los principios y a su peso abstracto: leve, medio o intenso. De igual manera lo hace con la seguridad de las premisas fácticas: seguras, plausibles o no evidentemente falsas.
- c) La carga argumentativa como la mayor o menor certeza de las cargas empíricas.

La “fórmula del peso” desarrollada por Alexy consiste en dividir el valor del derecho que se vulnera (P_i), entre el valor del derecho que colisiona (P_j).

$$GPI,JC = \frac{IPIC}{WPJC}$$

Esta fórmula se conforma de tres elementos esenciales: el valor de la intervención de los derechos, el peso abstracto, y la seguridad de apreciaciones empíricas.

$$PI,JC = \frac{IPIC * GPIA * SPIC}{WPJC * GPJA * SPJC}$$

En la siguiente tabla se muestran los significados de cada sigla en la fórmula.

<i>Siglas</i>	<i>Significado</i>
Pi	Principio o derecho
Pj	Principio o derecho que colisiona con Pi
IPiC	Valor de intensidad de intervención de un derecho
WPjC	Valor de la importancia del derecho que se contrapone
GPiA	Peso abstracto de Pi
GPiJA	Peso abstracto de Pj
SPiC	Seguridad de apreciaciones empíricas de Pi
SPjC	Seguridad de apreciaciones empíricas de Pj

El primer elemento de la fórmula es el de las intervenciones. Para poder entender cómo se conforma, es importante conocer el significado de sus signos. El peso de las intervenciones de un derecho sobre el otro es representado de la siguiente manera:

<i>Letra/número</i>	<i>Significado</i>
G	Intervenciones profundas
1	Razón de poca importancia
M	Intervención media

De tal manera que la fórmula para determinar el valor de las intervenciones es la siguiente:

<i>Cuando Pi precede a Pj</i>	<i>Valor asignado</i>	<i>Cuando Pj precede a Pi</i>	<i>Valor asignado</i>
IPiC:g / WPjC:1	4	WPjC:g / IPiC:1	4
IPiC:g / WPjC:m	2	WPjC:g / IPiC:m	2
IPiC:m / WPjC:1	2	WPjC:m / IPiC:1	2

La seguridad es otro elemento que se encuentra dentro de la fórmula, el cual está representado por letras, mientras que su valor es numérico.

<i>Letra</i>	<i>Significado</i>	<i>Representación en fórmula</i>
G	Certeza o seguridad	1
P	Justificable o plausible	$\frac{1}{2}$
E	No evidentemente falso	$\frac{1}{4}$

Es importante resaltar que este método de ponderación tiene como base la argumentación. Es decir, cada valor otorgado está respaldado por el proceso de razonamiento, lo cual impide que sea arbitraria, o bien que esté sesgada por pensamientos poco desarrollados. Lo anterior le permite ser lo más precisa e imparcial posible; es decir, otorga al juzgador los elementos necesarios para emitir un fallo concreto y estructurado, que si bien no es infalible, atempera el razonamiento de acuerdo con el asunto. Por lo tanto, seguir el proceso estipulado por el autor para poder llegar a soluciones acertadas disminuye el resultado incorrecto, tal como sucedería con una operación matemática.

Es cierto que la ponderación no es completamente objetiva; de serlo, implicaría que el sistema jurídico previera en su marco normativo la existencia de todas las actividades prohibidas y permitidas que pudieran llegar a suceder con todas sus variantes posibles. Como lo anterior es improba-

ble, la ponderación ofrece la posibilidad de establecer un razonamiento mediante un procedimiento controlado y con cierto grado de objetividad. Se podrá pensar, igualmente, que la ponderación puede ser fácilmente manipulada, ya que los argumentos desarrollados dentro de ella se basan en un pensamiento influido por la cultura y las costumbres. No obstante, el otorgamiento de valores numéricos se determina según el grado de la intensidad de las intervenciones entre los derechos (el cual debe estar justificado), y no sólo por los argumentos mismos. Es así como los grados de intensidad y los argumentos deben ser tomados en cuenta en conjunto para poder emitir un juicio de proporcionalidad.

Esta tesis general se corrobora si no sólo se mira la relación entre los juicios sobre grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad, sino por otra parte también la que hay entre cada uno de los primeros y las razones que se enuncian —igualmente en un próximo nivel— para justificarlos. Habermas afirma que “la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”; pero las suposiciones que subyacen a los juicios sobre grados de intensidad no son arbitrarias (Alexy, 2002).

IV. PONDERACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Una forma de ponderación de derechos que se lleva a cabo en el sistema jurídico mexicano se basa en el modelo de Robert Alexy. La Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), emitida por la SCJN, establece los puntos que deben tomarse en cuenta al momento de realizar la ponderación, los cuales son los siguientes:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS,

- a) Que sean admisibles dentro del ámbito constitucional. Lo anterior se refiere a que sólo se pueden restringir las garantías individuales que tengan objetivos que se apeguen a la carta magna.
- b) Que sea necesaria para alcanzar los fines que fundamentan la restricción constitucional. De tal manera que la medida que se tome

debe ser la idónea para alcanzar los fines propuestos. Además de que no hay otra manera de lograrlo.

- c) Que sea proporcional. Esto quiere decir que debe existir una correspondencia entre la medida restrictiva y el derecho fundamental que se vulnera. Lo anterior impide que la restricción de derechos sea innecesaria o desmedida (Tesis: 1a./J. 2/2012 [9a.]).

La SCJN ha realizado ponderaciones con el método de Alexy para determinar sus sentencias, y también para analizar sus propias resoluciones. Ha determinado que “se estima que la ponderación de principios, como parte de la teoría de la argumentación jurídica, es un elemento fundamental en la protección de los derechos fundamentales, pues a través de ella se busca dar una tutela real y efectiva a los derechos fundamentales” (Lowenber, 2018). Es por eso que en algunas de las sentencias ha utilizado este método; por ejemplo, en el Amparo en Revisión 579/2018 se establece que

Entre los métodos argumentativos más utilizados para definir si ha existido o no, una violación a un derecho humano ya sea limitándolo o restringiéndolo, destaca el denominado test o principio de proporcionalidad, cuyo origen se encuentra en la tradición jurídica —tanto doctrinal como judicial— alemana. En el ámbito doctrinario, la referencia necesaria en ese método es Robert Alexy, quien considera al principio de proporcionalidad como una herramienta sumamente útil para dirimir conflictos o colisiones entre principios.

Igualmente, declara que este método no ha sido constituido como una norma, principio o derecho en Alemania ni en México. No obstante, ha sido utilizada en distintas resoluciones. “se le adoptó como método de argumentación judicial para verificar si alguna limitación o restricción es violatoria de algún derecho humano, afirmación que se corrobora con la jurisprudencia 2a./J. 11/2018” (Amparo en revisión 579/2018). De igual manera, realizó un análisis de la tesis 1a./J. 17/2003, la cual trata de una colisión entre el derecho de un menor para ofrecer una prueba pericial para su identidad y el derecho a la intimidad del progenitor, quien se niega a realizar la prueba. En este escrito, la SCJN realiza el test propuesto por Alexy, en el cual utiliza la fórmula y la escala nominal para comprobar que la resolución emitida fue la correcta. Se concluyó que

... la aplicación de la ponderación de principios por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el caso antes expuesto implicó una tutela efectiva los derechos fundamentales de los menores a conocer su identidad, lo que podría poner de manifiesto cómo la ponderación de principios es instrumento de protección eficaz de los derechos humanos (Lowenber, 2018).

A través de estos elementos, el juez podrá tomar una decisión acertada, teniendo en cuenta que la medida restrictiva sea admisible, necesaria y proporcional; además de tomar en cuenta que su resolución debe estar apegada a la ley, a los tratados internacionales de los cuales México es parte y a la Constitución. No obstante, dentro de la tesis anteriormente mencionada no se hace referencia al uso de la fórmula desarrollada por Alexy. Únicamente se mencionan los elementos que se deben tomar en cuenta, pero no se explica el método; es decir, no se desarrolla el cómo se debe ponderar.

Al utilizar un método que incluye fórmulas y escalas nominales, el desarrollo escrito de las sentencias resulta más fácil y entendible, ya que el objetivo es llegar a resultados concretos, por lo que ofrece mayor objetividad. En cambio, algunas de las resoluciones que no incluyen a la ponderación de Alexy como método de estudio son extensas y no tan claras, debido a que el resultado está compuesto por conclusiones de argumentos largos, y a veces, redundantes.

El escribir y leer resoluciones de esta magnitud es un trabajo que demanda mucho tiempo y esfuerzo. Además, no resultan entendibles para todas las personas. Es cierto que la ponderación tiene cierto grado de complejidad, pero al ser explicada y desarrollada con números, su comprensión resulta más fácil

... el lenguaje de la lógica utilizado por nosotros para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales pero que este lenguaje es, sin embargo, la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable, para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son sustituidos por las variables de la fórmula del peso (Alexy, Ibáñez, 2006).

De igual manera, este método evita los discursos que pretenden demostrar conocimiento por el contenido y no por la calidad, así como la redundancia y el uso de información innecesaria, que solamente alargan el

contenido de las sentencias, pero no afectan en el resultado. El método de Alexy tiene como objetivo el otorgar un número de acuerdo con el peso del argumento que se desarrolla, por lo que éste debe ser concreto, y, en consecuencia, su resolución también lo es. Por lo tanto, se concluye que la ponderación con escala nominal es el método ideal para casos complejos, ya que su resolución se tornará eficiente, objetiva y concreta.

V. DERECHOS FUNDAMENTALES, SU CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece en su artículo primero, párrafo tercero, que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” (Cámara de Diputados, 2020). El principio de indivisibilidad implica que no existen jerarquías entre éstos, y que ningún derecho prevalece sobre otro. Cuando uno de éstos colisiona con otro, se deben determinar sus características inherentes, con el propósito de definir el derecho que debe ser ejercido. Por lo tanto, es importante estudiar las características para poder clasificar e identificar los diferentes tipos de derechos fundamentales que existen.

Como se señaló en el párrafo anterior, los principios de los derechos fundamentales de acuerdo con nuestra Constitución son los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A partir de estos principios, se derivan elementos esenciales a considerar, que dotan de características singulares a los derechos fundamentales, a saber:

- I. La absolutidad de los derechos fundamentales, que se divide en dos teorías:
 - a) Teoría absoluta: indaga sobre el mínimo intangible del derecho.
 - b) Teoría relativa: busca otros valores y bienes que justifiquen el limitar el ejercicio de los derechos fundamentales.

La primera teoría analiza los elementos inherentes de los derechos humanos, lo cual le atribuye la clasificación de teoría constitutiva, mientras

que el segundo define los elementos que limitan el ejercicio de dichos derechos dentro del ámbito normativo. Esta segunda teoría se considera extensiva.

- II. Ambas teorías no se excluyen, sino que se complementan para lograr el objetivo, que es determinar el derecho que debe prevalecer dentro de la ponderación.

Clasificación de los derechos en la teoría relativa.

Dentro de la teoría relativa, los derechos fundamentales no son absolutos (cabe precisar que el concepto de absoluto en esta teoría no se utiliza como sinónimo de derechos fundamentales, sino como sinónimo de “Independiente, ilimitado, que excluye cualquier relación”) (Rae, 2020). Lo anterior se refiere a que:

- a) Los derechos fundamentales deben tener límites, de tal manera que no se sobrepongan a otros derechos.
- b) No son absolutos dentro del ámbito territorial.
- c) En cuanto al carácter axiológico: no *deben* ser absolutos.
- d) En cuanto a la factibilidad: no *pueden* ser absolutos.

Clasificación de los derechos en la teoría absoluta.

Manuel Villagrán, doctor en derecho, desarrolló una nomenclatura para poder ahondar en el análisis estructural de los derechos fundamentales. Se enfoca en la posibilidad del ejercicio de éstos, de tal manera que se clasifican de la siguiente manera:

- 1) Derechos fundamentales fraccionables (DFF): pueden ejercitarse en diversos grados y formas.
- 2) Derechos fundamentales no fraccionables (DFNF): pueden ejercitarse en un único grado. Por lo tanto, se determina que se ejercitan o no se ejercitan.

Es importante resaltar que el concepto “fraccionable” no hace referencia a los derechos fundamentales como si éstos lo fueran, sino que se dirige al ejercicio de los mismos derechos, ya que pueden desenvolverse en diferentes ámbitos, pero siguen formando parte del mismo derecho “Cada

una de las partes separadas de un todo o consideradas como separadas” (Rae, 2020). Lo anterior, en virtud de que los derechos fundamentales en ningún momento pierden su indivisibilidad, sino que existen derechos que al momento de su ejercicio pueden ser entendidos en diferentes ámbitos.

Ejemplos:

I. *Derecho al trabajo*. Es un derecho fundamental, ya que está reconocido por la Constitución; no obstante, es fragmentado en su ejercicio, pero no por ello deja de existir. De tal manera que no es considerado como un derecho absoluto, ya que sus límites son territoriales y su licitud. Tal como lo expresa la Constitución

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo (CPEUM, 2005, artículo 5o.).

Es por ello que el derecho al trabajo es considerado como un derecho fundamental fraccionable.

II. *Derecho a la vida*. Este derecho está igualmente reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4o. La diferencia es que no se puede fraccionar, es decir, no se puede ejercer a medias. Por lo tanto, la vida se tiene o no se tiene, de tal manera que es considerado como un derecho fundamental no fraccionable.

La virtud de los DFF es que, al poder ser ejercitados por grados, es entonces que el derecho no se ve completamente vulnerado. En cambio, cuando el ejercicio de los DFNF es limitado, se vulnera el derecho en su totalidad. Manuel Villagrán lo expresa así: “cualquier limitación o restricción a dicho derecho implicaría su privación”. El hecho de reconocer la vida por grados —puesto que ésta no se puede poseer por

grados— agota de manera absoluta la posibilidad de satisfacción del derecho, y tal reconocimiento se convierte así en una intervención de gran intensidad que “viola el núcleo del derecho fundamental” (Villa-grán, 2015).

Es importante resaltar nuevamente que ambas teorías analizan si los derechos fundamentales pueden ser ejercidos en grados; mas no se refieren a que éstos se puedan dividir y ser jerarquizados. Asimismo, dentro de la ponderación realizada con el método de Alexy, la argumentación determina la fuerza de intervención que el derecho a ponderar tendrá, lo cual genera la creación del núcleo del derecho fundamental. “Los derechos fundamentales ganan fuerza sobre proporcionalmente (*überproportional*) si la intensidad de la intervención se eleva, por esto tienen algo así como un núcleo resistente...” (Alexy, 2002).

VI. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y PONDERACIÓN REALIZADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Esta acción de inconstitucionalidad es la que permitió la despenalización de la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas. Se tocaron múltiples temas relativos a la materia, tales como la salud de la mujer, sus derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la libre autodeterminación de su cuerpo, el derecho a la paternidad, el derecho a la vida y su regulación en el sistema jurídico mexicano. No obstante, para fines prácticos del presente trabajo de investigación, se expondrá únicamente la ponderación realizada por la SCJN, relativa al derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad contra el derecho a la vida del no nacido.

1. *Breve resumen*

Presenta las acciones de inconstitucionalidad expedidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, además de los informes de la autoridad que los emite y promulga, relativos al área de la salud; informes relativos a las causas penales

por delito de aborto; sesiones públicas de discusiones sobre los derechos que colisionan.

Incluye los consensos de los ministros, en los cuales se abordan los temas de planteamiento sobre la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y los planteamientos relativos a la existencia y naturaleza del derecho a la vida.

Expone, de igual manera, los votos concurrentes y minoritarios de los ministros en relación con la naturaleza y existencia del derecho a la vida.

2. *Derechos que colisionan*

A. *Derecho a la vida*

El artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le da reconocimiento a este derecho y le otorga protección. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (CADH, artículo 4o.).

Este derecho, entonces, es también reconocido por la legislación mexicana, ya que nuestra Constitución establece en su artículo 1o. 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” (CPEUM, artículo 1o.).

A partir de ambos artículos, se entiende que

- a) El derecho a la vida se reconoce tanto en la legislación mexicana como en la internacional.
- b) Se le otorga protección, en general, al momento de la concepción.
- c) Prohíbe su privación arbitraria

Es importante resaltar, de igual manera, que la SCJN realizó una interpretación del artículo 4o. de la CADH, con el fin de determinar los límites de la protección del derecho a la vida. Se concluyó que la expresión “en general” dentro del artículo 4o., permite excepciones a este derecho, ya

que otorga a los estados la facultad de aplicar la legislación que admita su privación en situaciones específicas. En el mismo sentido, el Estado mexicano reconoció en esa Convención este derecho, en el sentido de protección de la vida, pero no necesariamente desde el momento de la concepción. El 24 de marzo de 1981, México solicitó en el instrumento de adhesión a la Convención, a la Secretaría General de la OEA, dos declaraciones interpretativas y una reserva. Una de estas declaraciones interpretativas es referente al tema de la protección de la vida a partir del momento de la concepción, considerando respecto al párrafo 1 del artículo 4o. “que la expresión «en general», usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida «a partir del momento de la concepción» ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados” (quedó con efectos a partir del 2 de abril de 1982 sin objeciones por el resto de Estados parte) (CADH, 2020).

El derecho a la vida, por su parte, no puede ser ejercido a medias, tal como se menciona en este trabajo. Es decir, no se le pueden imponer limitaciones sin vulnerar el núcleo o la esencia del mismo derecho, de tal manera que se está vivo o no se está; se transgrede en su totalidad o se respeta; es una situación donde se decide por el todo o la nada en relación con el mismo. Es por eso que es considerado un DFNF.

Es importante establecer el núcleo del derecho a la vida; pero para ello es importante establecer primero el comienzo de ésta. Este sucede desde el momento de la concepción, el cual se da en la fecundación. Algunas teorías niegan que la vida humana tenga su comienzo en este punto, ya que establecen que el embrión no es individuo, porque cuenta con la posibilidad de dividirse, característica que no es propia de un ser humano. No obstante, se ha establecido que la característica particular de un cigoto es que mantiene su unidad dinámica, es decir, su sistema orgánico. De tal manera, un individuo no es determinado por la imposibilidad de dividirse, sino por la organización de su estructura. “El crecimiento continuo, ordenado y autónomo de los diferentes órganos es propio de los seres individuales, no de una masa de tejido, ni de un cultivo de células” (cita 3). El óvulo y el espermatozoide son células que por sí solas no pueden dar como resultado una vida humana. Es al momento de la unión de ambas células cuando inicia la creación de un ser humano. Es en la fecundación cuando se dan las características genéticas necesarias que permiten que sea identificado como un individuo de la especie humana. Es decir, del genoma humano

surge un ser humano. En ese punto inicia el proceso autónomo y ordenado que determina la existencia de la vida humana. Es por ello que no hay ningún momento que sea más importante que otro o que sea más valioso, debido a que es un desarrollo constante entendido por etapas, las cuales conllevan a un mismo resultado. Las distintas fases del desarrollo de un ser humano son evidentes por el cambio morfológico; pero éstas nunca determinarán un cambio de naturaleza.

Con la fecundación comienzan una serie de procesos biológicos, bioquímicos y morfogénicos, todos coordinados, que le permitirán llegar a un desarrollo completo si el hombre no se entromete. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar (Restrepo, 2016).

Existen algunas otras teorías y argumentos que niegan la existencia de la vida humana antes de la implantación del embrión en el útero. Lo anterior con base en que en este momento del desarrollo depende completamente de la madre, por lo que antes de esta etapa no se puede considerar vida humana. Una vez efectuada la anidación, a la tercera semana sucede la formación de los primeros tejidos del ser humano. Es ahí cuando se establece una clara relación de dependencia entre el embrión y el ambiente materno, ya que sin ellos no tiene posibilidades de sobrevivir ni desarrollarse. Así como esta etapa es esencial para la vida humana, es igualmente importante resaltar que el inicio de ella no determina un cambio de especie. Es decir, el embrión ya pertenecía al género humano aun antes de haberse establecido en el ambiente materno.

Sin embargo, si bien es cierto que el útero materno es necesario para que el embrión llegue a adulto, también lo es que el embrión, en cualquiera de las etapas de su desarrollo muestra su capacidad de modificación continua y no deja de pertenecer a la misma especie humana que el adulto que lo acoge. Por ello podemos afirmar que el embrión, antes de implantarse en el útero, es ya un ser humano (Jouve, 2007).

Esta interpretación, válida o no desde la apreciación jurídica, puede ser un argumento en la defensa de la vida del embrión, en cuyo caso el juzgador la debe considerar en contrapeso de aquellas teorías que se le oponen, pues en todo caso muestra una postura que defiende la vida.

Es igualmente importante considerar que el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción; pero no le otorga protección desde ese mismo momento. Si México no reconociera el comienzo de la vida desde el momento de la concepción, no tendría sentido el realizar una ponderación de derechos, ya que el derecho a la vida comenzaría desde la semana doce, por lo que antes no existiría. El objetivo de establecer el comienzo de la vida en el presente artículo es identificar el núcleo de este derecho. No obstante, el enfoque principal no es ése, sino analizar la ponderación en la cual el derecho a la vida ya es reconocido desde el momento de la concepción por el Estado mexicano.

B. Derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer

Este derecho es reconocido por la SCJN mediante la Tesis: P. LXVI/2009, en la cual se establece que el ser humano es libre de escoger y construir su plan de vida. Tiene como fundamento los derechos de libertad, dignidad e igualdad. De tal manera que comprende los siguientes aspectos:

- a) Libertad de contraer matrimonio.
- b) Libertad de procreación y número de hijos.
- c) Libertad de decisión en cuanto al momento de tener hijos.
- d) Libertad de escoger la apariencia física.
- e) Libertad para escoger profesión y trabajo.
- f) Libertad sexual.

Al considerar los puntos anteriores, se entiende que este derecho puede ser ejercido desde la esfera interna y externa. La primera de ellas se refiere al estado de privacidad del individuo, en el cual no debe haber invasiones externas que puedan vulnerar. En cambio, la segunda permite que el individuo realice acciones que le ayuden a desarrollar el mismo. Por otro lado, considera la responsabilidad del individuo ante este derecho. Se deben tener en cuenta la vida y los derechos de terceros, de tal modo que no se vulnere el mismo y la libertad de otras personas.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene varios aspectos que lo componen y que permiten que sea ejercido. De igual manera, se puede ejercer en diferentes ámbitos. Dentro de la libertad sexual y reproductiva, se otorga a las personas el control de ésta, así como las decisiones libres y responsables de cada individuo. Por ejemplo, dentro

de la libertad sexual y reproductiva, las personas pueden elegir el uso de anticonceptivos si es que no quieren procrear, o, por el contrario, pueden no usarlos si es que así lo desean. Pueden, también, elegir a la pareja para tener relaciones sexuales, el momento y el lugar. No obstante, las personas deben considerar ser responsables por sus actos y consecuencias. Recordamos, así, que este derecho es limitado, y no absoluto, y que tales límites pueden comenzar en la esfera jurídica de otras personas y sus derechos, “por tanto, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural, que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos” (Valdés, 2012).

Este derecho, al ser multidimensional y al poder ejercerse en distintos grados y de formas variadas, se le considera como un DFF. Lo anterior, en virtud de los elementos que lo conforman. Si bien se pueden vulnerar algunos de sus aspectos, no todos resultan eliminados por completo. De tal forma que no se estaría atacando al núcleo de éste, sino sólo a una de las partes que lo conforman.

3. *Ponderación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Dentro de la ponderación realizada por la SCJN, la cual permitió la despenalización del aborto en la Ciudad de México, resaltan los siguientes puntos:

- a) Que sean admisibles dentro del ámbito constitucional. Se busca defender y proteger los derechos de la mujer reconocidos en la Constitución, los cuales son la vida, la libertad sexual y reproductiva y la salud. Éstos se encuentran dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad, establecidos en la Tesis P. LXVI/2009.
- b) Que sea necesaria para alcanzar los fines que fundamentan la restricción constitucional. Este punto se encuentra fundamentado en las siguientes resoluciones:

Reconocer la libertad sexual y reproductiva de las mujeres, así como la libre autodeterminación de su cuerpo; permitir el libre desarrollo su proyecto de vida; y reconocer que la maternidad no debe ser forzada.

- c) Garantizar la igualdad de oportunidades respecto a las que cuentan con menores ingresos económicos.
- d) Combatir un problema de salud pública, permitiendo así que las mujeres puedan realizar la interrupción del embarazo en condiciones de higiene y seguridad.

La penalización del aborto no es una medida idónea para la realidad social en la que se vive, ya que la prohibición de esta práctica atenta contra la libertad y la salud física y mental de la mujer.

- e) Que sea proporcional. Es sólo un derecho (a la vida del embrión) en contraposición con muchos derechos de la madre (la vida, la salud, la libertad sexual y reproductiva), los cuales se resumen en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Prevalecen los derechos de la mujer, ya que es un ser nacido y desarrollado que cuenta con pleno goce de sus capacidades. Por otro lado, el producto de la concepción es únicamente un potencial ser humano, quien no puede realizar funciones biológicas y cognitivas por su propia cuenta.

VII. MODELO DE ROBERT ALEXY

En este apartado se revisa el derecho a la vida del no nacido versus derecho al libre desarrollo de la personalidad, a través de una propuesta de ponderación, de acuerdo con el modelo de Robert Alexy adaptado al modelo mexicano.

El método de ponderación de R. Alexy no fue desarrollado en su totalidad por la SCJN, ya que sólo se presentaron algunos de los argumentos, pero no se ven los valores ni las fórmulas reflejados en la sentencia. Es por eso que el presente trabajo incluye, a continuación, una propuesta de ponderación basada en tal modelo, que parte de las siguientes determinaciones:

P_i = Derecho a la vida versus.

P_j = Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Valor de intensidad de un derecho (IP_iC)/Valor de importancia del derecho que se contrapone (WP_jC).

Cada determinación contempla los siguientes argumentos:

- 1) En el valor de intensidad de un derecho o IPiC, los argumentos son: la vida es un derecho humano reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos; por lo tanto, también es reconocida por la legislación mexicana, ya que en el artículo 1o. así se establece. A ésta se le otorga protección desde el momento de la concepción. Entonces, al permitir el aborto, se permite la vulneración del derecho fundamental a la vida. El valor otorgado en este caso es IPiC = 4.
- 2) En el valor de importancia del derecho que se contrapone o WPjC, los argumentos consideran que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es también un derecho reconocido por la legislación mexicana mediante la Tesis P. LXVI/2009. Es un hecho que al prohibir el aborto, éste se ve vulnerado en el ámbito de la libertad sexual y reproductiva y en el de la salud. El valor otorgado es de WPjC = 4.
- 3) Peso abstracto (GPiA). Los argumentos consisten en que la vulneración del derecho a la vida representa su transgresión en la totalidad, ya que es un DFNF. Lo anterior quiere decir que no se puede prohibir por grados o por partes, ya que ésta se tiene o no se tiene; no hay manera de vivir a medias, tal como lo establece Manuel Villagrán: “pues cualquier limitación o restricción a dicho derecho implicaría su privación” (Rivero, 2009). El hecho de reconocer la vida por grados —puesto que ésta no se puede poseer por grados— agota de manera absoluta la posibilidad de satisfacción del derecho, y tal reconocimiento se convierte así en una intervención de gran intensidad que “viola el núcleo del derecho fundamental” (Hartwig, 2010). Habiendo establecido previamente, con base en elementos científicos y biológicos, que el comienzo de la vida humana se da desde la fecundación, es claro que el derecho en colisión y a proteger es este mismo. No se pretende proteger la vida con base en el tiempo de su existencia; su valor recae en sí misma, no sólo por pertenecer al ser humano, sino también porque sin ésta no es posible ejercer ningún otro derecho, ni siquiera el libre desarrollo a la personalidad. Es por ello que la vida debe ser protegida desde su inicio. Lo anterior no significa que se deba invalidar el valor de la madre, ya que ella es esencial

para el desarrollo del embrión. De tal manera, se debe otorgar la misma protección a ambos seres. A la madre se le deben proporcionar todos los elementos necesarios para garantizar el desarrollo íntegro de la nueva vida, tales como el acceso a la salud, recursos económicos, educación sexual y reproductiva. Por lo tanto, al momento de garantizar un pleno desarrollo de la vida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es menos afectado. En cambio, negar el derecho a la vida implica una vulneración total, ya que la vida no puede tenerse de distintas maneras, como sí sucede con el libre desarrollo a la personalidad (Villagrán, 2015).

Por lo cual, se le otorga un alto valor. Valor otorgado GPiA= 4.

- 4) Peso abstracto (GPjA). Los argumentos en el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad son, por su parte, un DFF, ya que se puede vulnerar una parte de éste, pero no absolutamente. Esto sucede debido a que es un derecho que contiene múltiples aspectos, como ya se mencionó anteriormente. Entonces, el prohibir la interrupción del embarazo no representa la transgresión total a este derecho, ya que la libertad sexual y reproductiva se puede ejercer de distintas formas, y no solamente con la procreación. Por ejemplo, la persona tiene la libertad y responsabilidad de utilizar métodos anticonceptivos antes de tener relaciones sexuales si es que no desea procrear. Por otro lado, se puede argumentar que el cuidado de un hijo y su desarrollo pueden llegar a ser impedimentos o un obstáculo para la realización del plan de vida. No obstante, la formación del plan vida se ve constantemente modificado y afectado por circunstancias ajenas y externas a la persona, como lo pueden ser las crisis económicas, de salud y sociales. A pesar de estas injerencias externas que afectan el plan de vida de la persona, ésta es capaz de adaptarlo y modificarlo conforme a la situación, y no por eso este mismo se ve vulnerado en su totalidad. Por último, es importante resaltar que una de las características de este derecho es que debe ser ejercido con responsabilidad ante las decisiones de la persona misma, como ante las consecuencias que pudieran afectar la esfera jurídica de otro ser humano. Es por ello que se le otorga un valor medio. Valor otorgado GPjA= 2.

- 5) Seguridad de apreciaciones empíricas (SPiC)/Seguridad de apreciaciones empíricas de (SPjC). Los argumentos son que es cierto que la realidad social demuestra que los abortos son realizados estando penalizada su práctica o no; pero también es cierto que los abortos clandestinos se llevan a cabo en condiciones de poca higiene, y que representan un riesgo para la salud pública y la vida de la mujer. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró en 2019 que el 75% de causas de muerte materna fueron por las hemorragias graves (en su mayoría tras el parto); las infecciones (generalmente tras el parto); la hipertensión gestacional (pre eclampsia y eclampsia); complicaciones en el parto, y los abortos peligrosos (abortos), señalando que para evitar la muerte materna es fundamental evitar embarazos no deseados, o a edades tempranas, por lo que “todas las mujeres y especialmente las adolescentes, deben tener acceso a métodos contraceptivos, a servicios que realicen abortos seguros en la medida en que la legislación lo permita, y a una atención de calidad tras el aborto” (OMS, 2019). Autores como Jesús Ligia y María Franck, quienes realizaron una investigación en relación con las tasas de mortalidad y el aborto, hallaron que “a pesar de haberse generado un pretendido derecho al aborto en algunos países, este hecho no significó una reducción de la mortalidad materna y ésta continuó aumentando en muchos de ellos, lo cual lleva a la conclusión de que la práctica legal del aborto no necesariamente implica un factor de reducción de la mortalidad materna” (Ligia y Franck, 2014). Por lo tanto, el Estado no debería apuntar a la vulneración del derecho a la vida para salvaguardar el derecho a la salud, sino a la mejora de la atención médica y medidas de salubridad que se tiene tanto hacia el sector materno, como hacia la promoción y divulgación de la información sexual y reproductiva y hacia las medidas sanitarias en el sector salud. Es por eso que debe guardar proporcionalidad en la interpretación entre el derecho de la salud y el derecho a la vida, ya que éste se puede resguardar mediante otras medidas.

Si se protege el derecho a la vida y se proporcionan todos los elementos necesarios para su pleno desarrollo, al mismo tiempo se protege a la madre y sus derechos, ya que la vida del embrión depende de ella. El garantizar este derecho no sólo implica permitir el desarrollo del embrión hasta su na-

cimiento, sino que implica garantizar a la madre el derecho a la salud para que tenga acceso a chequeos médicos constantes, así como el instrumental necesario para cuidar su embarazo y, finalmente, el acceso a un hospital en donde pueda parir en condiciones seguras. De igual manera, se deben generar oportunidades económicas para que las madres puedan tener los recursos suficientes para su desarrollo y el de la nueva vida, así como oportunidades laborales y educativas, en las cuales no se discrimine a la mujer por encontrarse embarazada, ya que sin éstas, efectivamente, se vulnera el plan y desarrollo de vida de ambos seres humanos. El garantizar un pleno desarrollo de ambos derechos (vida y libre desarrollo de la personalidad) no corresponde ni depende únicamente de la madre. Es también deber del Estado el poder proporcionar las mejores condiciones para que ambos puedan lograrlo, así como es deber de la sociedad el no imponer barreras de discriminación a las mujeres embarazadas y el no negarles oportunidades laborales y educativas. Es importante entender que la vida, al ser el derecho base de todo ser humano, debe ser protegida y garantizada en las condiciones óptimas, de modo que tanto la madre como el no nacido alcancen dignidad humana y, por consiguiente, todos los derechos que vienen consigo puedan ser ejercidos y respetados.

El valor otorgado para SPiC= 4 y SPjC= 2.

La representación en la fórmula de esta:

$$PI,JC = \frac{IPIC * GPIA * SPIC}{WPJC * GPJA * SPJC}$$

— Derecho a la vida/derecho al libre desarrollo de la personalidad:

$$JC,PI = \frac{4*4*4}{4*2*2} = \frac{64}{16} = 4$$

— Derecho al libre desarrollo de la personalidad/derecho a la vida

$$PI,JC = \frac{4*2*2}{4*4*4} = \frac{16}{64} = .25$$

A través de la ponderación realizada y mediante los argumentos expuestos, fue posible otorgarle valores numéricos a cada elemento de la fórmula. Por tanto, se concluye que el derecho a la vida en este caso tiene un mayor peso (4), ante el derecho al libre desarrollo de la personalidad (0.25) dentro del modelo desarrollado por R. Alexy, aplicado al caso en particular.

VIII. CONCLUSIÓN

La ponderación de derechos es una posible solución para el problema de la confrontación de derechos fundamentales. El modelo de Robert Alexy es bastante preciso, ya que permite otorgar valores numéricos a los derechos, mediante los argumentos que los respaldan. Además, arroja los resultados correspondientes con las valoraciones argumentativas expresadas. Gracias a éste, se puede determinar el derecho fundamental con mayor valor, a través del análisis de todos los elementos y características que lo conforman. No obstante, este método no ha sido utilizado en su totalidad por algunos tribunales, como lo es la propia SCJN, que en la ponderación realizada por la misma se omitieron algunos pasos y elementos a considerar. Es de relevancia tanto jurídica como social, que en las decisiones derivadas de la ponderación de derechos fundamentales los juzgadores cuenten con herramientas adicionales para la interpretación jurídica, que permitan con mayor precisión acercarse a una efectiva impartición de justicia, a partir de una argumentación rigurosa con apego a la ley. Los jueces requieren formación técnica para interpretar no lo que creen justo, sino lo que debe ser.

IX. FUENTES CONSULTADAS

SCJN, Pleno (2007). Acción de Inconstitucionalidad 146/2007. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf (fecha de consulta: 17 de marzo del 2020).

AGUILAR, M. (1998). *Hermenéutica y crítica*, México: UNAM, 1998.

ALEXY, R. (2002). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*,

2002. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (fecha de consulta: 17 de marzo de 2020).
- ALEXY, R., Ibáñez, A. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM. Disponible en: http://www.derechopenalened.com/libros/jueces_ponderacion_argumentativa_andres_ibanez_robert_alex.pdf (fecha de consulta: 19 de enero de 2022).
- SCJN (2018). Amparo en revisión 579/2018. *Semanario Judicial de la Federación*, libro 63, febrero de 2019. Disponible en: [file:///C:/Users/prixa/Downloads/Precedente28324%20Test_Proporcionalidad_Robert_Alexy%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/prixa/Downloads/Precedente28324%20Test_Proporcionalidad_Robert_Alexy%20(1).pdf).
- ATIENZA, M. (1997). *Derecho como argumentación*. Rasuren Kobo. Disponible en: <https://www.kobo.com/us/es/ebook/derecho-y-argumentacion-1>.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) (1969). *Departamento de Derecho Internacional*. OEA. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (2020) (B-32). Declaraciones/Reservas/Denuncias/Retiros Referencias del Tratado: B-32. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#M%C3%A9xico (fecha de consulta: 25 de mayo de 2020).
- GRONDIN, J. (1991). *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Darmstadt, Alemania, Empresa Editorial Herder, Barcelona.
- GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (2007). *Despenalización de la interrupción del embarazo en las primeras 12 semanas de gestación en el Distrito Federal*. GIRE. Disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/1297/despenalizacion-de-la-interrupcion-del-embarazo-en-las-primeras-12-semandas-de-gestacion-en-el-distrito-federal.pdf>.
- HARTWIG, M. (2010). “La «proporcionalidad» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”. En VON BOGDANDY, Armin *et al.* *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2010. T. I.
- JOUBE, N. (2007). “Entidad del embrión humano. Una explicación genética del desarrollo embrionario y la macroevolución”. *Bio.etica*.

Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/entidad-del-embriasn-hu mano-una-explicaciansn-genactica-del-desarrollo-embriionario-y-la-macroevo luciasn/?fbclid=IwAR29d-DAX21g2jHHpAtazGTETS-bHvIQldGzO0J-SbY6evJnBCIHcb-UaP9c>.

- LIGIA, J. (2014). “Aborto y derechos prenatales en América Latina y El Caribe. Un análisis comparativo de leyes y jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *ProQuest*. Disponible en: <https://0-search-proquest-com.biblioteca-ils.tec.mx/docview/1544866994/96E26353D5844C2APQ/5?accountid=11643>.
- LIGIA, J. (2013). “Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por nacer en América Latina y El Caribe. Un análisis de las obligaciones internacionales, acuerdos regionales y práctica estatal pertinente”. *ProQuest*. Disponible en: <https://0-search-proquest-com.biblioteca-ils.tec.mx/docview/1375204886/6AA3BD48C75442CBPQ/5?accountid=11643>.
- LOWENBER, M. (s. f.) (2018). *La tutela de los derechos fundamentales: la ponderación de principios como instrumento de protección*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/205michelle-lowenberg-lopez.pdf>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019), *Mortalidad materna*, OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/maternal-mortality>.
- OLVERA, Y. O. (2015). “Ponderación y contenido esencial de los derechos fundamentales: una óptica distinta del Wesensgehalt”. *VLEX*. Disponible en: <https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX/ponderacion+de+derechos/WW/vid/583505638>.
- ORTIZ, C. (2018). *El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana*. *VLEX*. Disponible en: <https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX/Derecho+al+libre+desarrollo+de+la+personalidad/p2/WW/vid/772224505> (fecha de consulta: 17 de marzo de 2020).
- RAE (2020). *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://www.rae.es/>.
- RESTREPO, P. (julio-diciembre de 2016). “Estatuto del embrión humano”. *Proquest*. 24 (53). Disponible en: <https://0-www-proquest-com.biblio>

teca-ils.tec.mx/central/docview/1820582440/B54E86121D24D60PQ/1?accountid=11643.

RIVERO, V. (enero-junio de 2009). “El derecho a la vida en la Constitución mexicana. Un proyecto luminoso de resolución”. México. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. 11.

SERRANO, A. (2019). “Protección constitucional del derecho a la vida prenatal frente a la obligación de respetar los derechos de la mujer: su posible compatibilidad”. *VLEX*. Disponible en: <https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX,ES/Protección+Constitucional+del+Derecho+a+la+Vida+Prenatal+frente+a+la+Obligación+de+Respetar+los+Derechos+de+la+Mujer/WW/vid/687275949> (fecha de consulta: 18 de marzo de 2020).

SERRANO, A. L. y SÁNCHEZ, B. (2018). “Dignidad y libre desarrollo de la personalidad”. *ProQuest*. Disponible en: <https://0-search-proquest-com.biblioteca-ils.tec.mx/pq1academic/docview/2120666284/D525AB6368674A30PQ/12?accountid=11643> (fecha de consulta: 17 de marzo de 2020).

SCN (2012). Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas*. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx> (fecha de consulta: 1o. de junio de 2020).

SCJN (2009), Tesis P. LXVI/2009, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende*. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx> (fecha de consulta: 1o. de junio de 2020).

VALDÉS, C. (2009). “Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos ¿configuración armónica o lucha de contrarios?”. *VLEX*. Disponible en: <https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX/Del+derecho+a+la+vida+y+los+derechos+sexuales+y+reproductivos%2C+%C2%BFconfiguraci%C3%B3n+arm%C3%B3nica+o+lucha+de+contrarios%3F/WW/vid/389771036> (fecha de consulta: 18 de marzo de 2020).

VÁZQUEZ, L. (2016). “La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test”. *VLEX*. Disponible en: https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX+content_type:4/test+de+proporcionalidad/WW/vid/643433073 (fecha de consulta: 18 de marzo de 2020).

VILLAGRÁN, V. M. (2015). “La ponderación jurídica”. *VLEX*. Disponible en: <https://0-2019-vlex-com.biblioteca-ils.tec.mx/#search/jurisdiction:MX/ponderacion/WW/vid/654158197> (fecha de consulta: 17 de marzo del 2020).

C

COMENTARIO LEGISLATIVO



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Apuntes constitucionales sobre la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos

Constitutional Notes on Mexico's Time Zone Law

Fernando BATISTA JIMÉNEZ*
Gunther HERNÁNDEZ BERNAL**

RESUMEN: La expedición de la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos estableció un cambio sustancial en la materia. Su regulación introduce aspectos jurídicamente trascendentes desde el punto de vista orgánico e institucional y para el estudio de los derechos humanos. Así, este trabajo analiza, desde una perspectiva constitucional y jurisprudencial, la relevancia de la ley para el ordenamiento jurídico mexicano.

ABSTRACT: *The enactment of the Mexican Time Zone Law established a substantial change in the subject. Its regulation introduces legally transcendental aspects from an organic and institutional point of view and for the study of human rights. This paper analyzes, from a constitutional and jurisprudential perspective, the relevance of the law for the Mexican legal system.*

Palabras clave: Ley de los Husos Horarios, derecho constitucional, derechos humanos, dignidad humana.

Keywords: *Time Zone Law, constitutional law, human rights, human dignity.*

* Doctor en Derecho; profesor y director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus México; fundador asociado de la Junta de Gobierno de la Universidad Panamericana y el IPADE, y miembro numerario del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. ORCID: 0000-0003-0430-6069; f3atista@gmail.com, fbatista@up.edu.mx.

** Alumno de la Universidad Panamericana, Campus México. ORCID: 0000-0003-2438-3301; 0225177@up.edu.mx, guntherhb@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La relevancia orgánica de la ley*. III. *La relevancia de los derechos humanos en la ley*. IV. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

En la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* del pasado 28 de octubre se publicó el Decreto por el que se expide la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos, con la que se abroga la Ley del Sistema de Horario. Se trata de un cuerpo normativo que tiene impacto en todos los que habitan el país, ya sea que lo hagan de forma permanente o pasajera. Incluso tiene relevancia respecto de quienes no se encuentran en territorio mexicano, pero de alguna manera tienen relación con el país, lo que cada vez es más frecuente por el uso de las tecnologías.

Este ordenamiento amerita algunos comentarios con perspectiva constitucional, tanto desde el punto de vista orgánico como desde los derechos humanos.

II. LA RELEVANCIA ORGÁNICA DE LA LEY

Un primer punto para analizar se refiere a la competencia del Congreso de la Unión para legislar sobre husos horarios. Cabe recordar que, en términos del artículo 124 constitucional, si una materia no está expresamente reservada a la Federación, es competencia legislativa de las entidades federativas. Por su parte, el artículo 73 de la Constitución, que determina las competencias del Congreso General, no contempla propiamente los husos horarios.

Este tema fue objeto de la controversia constitucional 5/2001, promovida por el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, por conducto del titular del órgano ejecutivo local, en contra del decreto presidencial que establecía que en México existirían cuatro zonas de husos horarios y un horario estacional.¹ La parte actora (Distrito Federal) alegaba en la demanda que los husos horarios eran competencia de las entidades federativas por falta de una facultad expresa de la Federación.

¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de enero de 2001.

El 4 de septiembre de 2001, al resolver el caso, La Suprema Corte sostuvo que los husos horarios integran el sistema de medición del tiempo (jurisprudencia P./J. 104/2001), y como parte de una forma de medición, se consideró que se actualizaba la facultad del Congreso para legislar en materia de “pesas y medidas”, como lo contempla la fracción XVIII del artículo 73 constitucional (jurisprudencia P./J. 106/2001). Por tanto, se trataba de un tema federal y el Distrito Federal carecía de razón.

No obstante, la Suprema Corte invalidó la norma reclamada por considerar que el decreto impugnado era inconstitucional, al violar la división de poderes, ya que había sido expedido por el presidente de la República y no por el Congreso de la Unión, quien constitucionalmente tiene la facultad para legislar en materia de pesas y medidas (jurisprudencia P./J. 107/2001).

Se trata de una resolución que en su momento generó polémica, puesto que, conforme al artículo 105 constitucional, para que la invalidez de una norma general surta efectos generales se requiere de una relación entre la parte actora y la parte demandada debido a su pertenencia a un orden jurídico (Soberanes, 2018: 51). Entonces, en caso de que se trate de una norma federal impugnada por una entidad federativa, sólo puede tener efectos relativos al ámbito de la entidad actora (Cossío, 2008: 656).

De acuerdo con lo anterior, la invalidez relativa suponía que el antaño Distrito Federal tuviera un horario distinto al de las entidades federativas vecinas, con todos los problemas que eso implicaba. Por ello el Congreso de la Unión no tardó ni tres meses en expedir la Ley del Sistema de Horario de los Estados Unidos Mexicanos.

Un segundo aspecto orgánico que vale la pena destacar de la ley sobre la que se reflexiona es la conurbación, que es un tópico de relevancia constitucional. Conforme al artículo 115, fracción VI, tanto la Federación como las entidades federativas deben procurar una regulación conjunta y coordinada de los centros urbanos que formen una continuidad demográfica.² Lo mismo sucede en el caso del artículo 122, apartado C, inciso c), respecto de la Ciudad de México.

² Expresamente indica: “Cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la Federación, las entidades federativas y los Municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros, incluyendo criterios para la movilidad y seguridad vial con apego a la ley federal de la materia”.

Pues bien, en la legislación en comento puede observarse esa regulación conjunta de zonas conurbadas. La determinación de las cuatro zonas horarias se ha hecho atendiendo a la división territorial de las entidades federativas. Sin embargo, al municipio de Bahía de Banderas se le exceptuó del huso horario de Nayarit, el estado al que pertenece, pues forma una continuidad demográfica con Puerto Vallarta, municipio de Jalisco (artículo 3o., fracción II). De esta forma, se evitan los problemas que puedan surgir por tener dos horarios en una zona turística conformada por dos estados y sólo dividida por una calle.

Conviene también destacar una evolución del concepto *conurbación*: constitucionalmente se entiende como la unión de poblaciones de dos entidades federativas distintas. No obstante, en la ley en comento también parece referirse a una “conurbación internacional”, pues se han determinado reglas especiales para los municipios fronterizos del norte del país.

Por una parte, los municipios que hacen frontera con los Estados Unidos de las entidades de Coahuila de Zaragoza, Nuevo León y Tamaulipas, se rigen por una zona horaria distinta. Por otra, estos municipios, junto con todos los que integran el estado de Baja California (sean o no fronterizos), continuarán con un horario estacional distinto desde el segundo domingo de marzo hasta el primer domingo de noviembre.

Y un tercer apunte orgánico por analizar es el relativo al mecanismo de modificación a los husos horarios que prevé la ley de mérito en relación con lo dispuesto en la Constitución.

De conformidad con el artículo 6o. de la ley, se establecen dos supuestos de modificación a los husos horarios en las entidades federativas y municipios: *i)* el caso de que una entidad federativa pretenda adoptar una de las zonas horarias o los horarios estacionales a los que se refiere la propia legislación, y *ii)* tratándose de entidades federativas o municipios que colinden con otra entidad federativa o demarcación territorial extranjera, con un huso horario distinto de aquel que actualmente le corresponde.

En el primer escenario, el Congreso local correspondiente deberá enviar al Congreso de la Unión la iniciativa que pretenda modificar el huso horario que a su consideración deba aplicarse a la entidad o municipio. Para ello, a propuesta del congreso local o del titular del Ejecutivo de la entidad, podrán realizar foros y/o consultas ciudadanas, a efecto de conocer la opinión de la ciudadanía respecto del uso horario que se deba adoptar.

No obstante, una vez recibidas las iniciativas correspondientes, el Congreso de la Unión deberá solicitar la opinión de la Secretaría de Gobernación previo a iniciar el trámite a que se refiere el artículo 72 constitucional.

Consideramos que el tratamiento legislativo adoptado, además de inédito, pudiera ser contrario a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución, puesto que expresamente establece que será la Ley del Congreso quien determinará el trámite que deberá darse a las iniciativas; tratamiento que no se encuentra previsto en el ordenamiento correspondiente.

Aunado a lo anterior, resulta cuestionable el hecho de que se tenga que supeditar el tracto natural del proceso legislativo con la finalidad de solicitar la opinión de la Secretaría de Gobernación. Máxime que del artículo de referencia no se abstrae que esa opinión sea vinculante o que tenga un efecto trascendental para el proceso de reforma a la ley.

Por último, la disposición en cuestión genera diversas interrogantes en cuanto al alcance de la obligación referida. Por ejemplo, no es del todo claro qué consecuencias jurídicas implicaría inobservar el solicitar la opinión de la Secretaría de Gobernación por parte del Congreso de la Unión e iniciar el trámite legislativo previsto en el artículo 72 constitucional. ¿Resultaría una violación trascendental al proceso legislativo que podría tener efectos invalidantes de la norma, o bien, una invasión a la esfera competencial del Ejecutivo federal?

En cuanto al segundo escenario, se establece que el Congreso de la Unión deberá realizar las modificaciones correspondientes a la ley dentro de los 90 días siguientes a la presentación de la iniciativa formulada en los términos del artículo en cita.

Lo anterior constituye una innovación legislativa que es por demás discutible. En efecto, de un análisis a las disposiciones constitucionales que regulan el proceso legislativo, se colige que únicamente por lo que hace a la iniciativa preferente (artículo 71), y respecto de la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación (artículo 74, fracción IV), se establecen plazos para su presentación, discusión y posterior votación.

Es cuestionable que el plazo de modificación de la Ley de Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos se haya establecido en la propia legislación y no en la Constitución, lo cual se traduce en un tratamiento diferenciado que, estimamos, no es constitucionalmente admisible.

Ahora bien, en términos de lo dispuesto por el artículo 70. de la ley, las iniciativas presentadas por el presidente de la República o por los legis-

ladores federales que pretendan modificar los husos horarios en donde se ubique alguna entidad federativa o municipio, deberán requerir, por parte del Congreso de la Unión, la opinión del Congreso local de dicha entidad, la cual deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

Si bien es deseable la interacción institucional entre los poderes de distintos órdenes de gobierno, a efecto de fortalecer nuestro federalismo, este tipo de interacciones necesariamente deben de estar establecidas en la Constitución, pues se erigen en verdaderos temperamentos a la división y distribución de funciones que le fueron otorgadas al Poder Legislativo federal por parte del poder de reforma.

Por lo tanto, dichos temperamentos no pueden estar previstos en una ley en estricto sentido, ya que se estaría contraviniendo el principio de división de poderes y de supremacía constitucional consagrados en los artículos 49 y 133 constitucionales, respectivamente.

Por último, a manera de propuesta, se sugiere que este mecanismo de reforma previsto en la ley sea objeto de una reforma constitucional que pueda asimilarse, o bien, se inspire en el procedimiento previsto en la fracción III del artículo 73 de la Constitución, relativo a la formación de nuevos estados dentro de los límites de los existentes. Consideramos que resulta adecuado puesto que dicho procedimiento implica la colaboración de poderes de distintos órdenes de gobierno.

III. LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEY

Como punto de partida, conviene exponer brevemente el contexto que dio pauta para la expedición de la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos.

Recordemos que el antiguo horario oficial tenía su fundamento en la abrogada Ley del Sistema de Horario, publicada el 29 de diciembre de 2001. En ese ordenamiento se establecían las zonas horarias y se regulaba la manera en que se relacionaba la hora en cada zona en atención al meridiano cero, determinado por la escala de tiempo denominada tiempo universal coordinado (UTC).

El sistema relativo al horario oficial estaba a cargo del Centro Nacional de Metrología, que definía el valor numérico de la hora oficial en nuestro país con base en el Patrón Nacional de Escalas de Tiempo. De tal forma

que la hora oficial era una materialización de las escalas de tiempo que regían el territorio mexicano y del UTC.

Así, la antigua hora oficial en México estaba determinada en los siguientes términos: Tiempo del Sureste = UTC (CNM) – 5; Tiempo del Centro = UTC (CNM) – N; Tiempo del Pacífico = UTC (CNM) – (N+1), y Tiempo del Noroeste = UTC (CNM) – (N+2).

Adicionalmente, el sistema implicaba adoptar un horario estacional o de verano, que tenía vigencia a partir del primer domingo del mes de abril al último domingo de octubre, con la salvedad de ciertos municipios de la zona fronteriza con los Estados Unidos de América y para los estados de Quintana Roo y Sonora, que tenían un tratamiento distinto.

La justificación primordial para implementar este esquema se centraba en el ahorro de energía eléctrica, tanto para los usuarios como para el Estado.

Ahora bien, según las instancias legislativas ante las cuales el presidente de la República presentó la pasada iniciativa en materia de husos horarios (6 de julio de 2022), el anterior esquema había generado polémica y descontento en diversos sectores del país a lo largo de los años.

Esto es así pues, a juicio de las Cámaras, del análisis al acervo legislativo puede advertirse la existencia de más de 40 iniciativas de reforma al sistema, prácticamente de todos los partidos políticos, e incluso de diversos congresos locales, como los de Colima, Chihuahua y Quintana Roo, que fueron presentadas desde la entrada en vigor de la Ley del Sistema de Horario.

Todas estas iniciativas coincidían en que el entonces sistema adoptado provocaba graves implicaciones para la salud de las personas y que los beneficios económicos percibidos por el ahorro de energía eléctrica no justificaban las afectaciones.

Establecido lo anterior, procederemos a dar cuenta de las consideraciones que sustentan la expedición de la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos.

Del estudio de los documentos que conforman el trabajo legislativo del Congreso de la Unión, se colige que la principal finalidad de la ley de referencia es la salvaguarda del derecho a la protección de la salud de las personas en situación de vulnerabilidad derivado de la aplicación del entonces sistema de husos horarios.

Las comisiones expusieron que la Secretaría de Salud del Gobierno Federal había dado a conocer las repercusiones que provoca en la salud de la población el cambio de horario. En específico, se hizo hincapié en

el aumento de la ocurrencia de infarto cardíaco, el desequilibrio del reloj biológico de los seres humanos, somnolencia, irritabilidad, dificultad de atención y concentración, así como múltiples trastornos biológicos, psicoemocionales y sociales.

Se retomaron, además, los pronunciamientos de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México, que ponen de manifiesto las afectaciones que pueden sufrir niños, niñas y adolescentes, específicamente por lo que hace al aumento de la somnolencia diurna.

Por otra parte, a efecto de desvirtuar lo referente al ahorro de energía eléctrica y sus efectos económicos, destacaron que, si bien el horario estacional ha permitido ahorros, éstos siempre han oscilado por debajo del 1% de la energía que se consume anualmente en todo el territorio nacional.

En términos prácticos, señalaron que el consumo nacional de 2021 fue de 327,000 GWh, mientras que el ahorro por el horario de verano fue de 537 GWh; es decir, un 0.16% representado en 1,138 millones de pesos.

Lo anterior, aunado a que para el presente año se estima que siga a la baja, proyectándose un ahorro de energía eléctrica de 489 GWh, que se traduce en 863 millones de pesos, de conformidad a la valoración de impacto presupuestario realizada por el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas.

Finalmente, destacaron que no constituiría ningún impacto presupuestal para la Comisión Federal de Electricidad el hecho de retirar el horario estacional, debido a que la empresa productiva del Estado tiene suficiente capacidad para cubrir dicho requerimiento adicional.

En suma, con la reforma que se analiza el legislador ordinario le ha apostado a maximizar el derecho a la protección de la salud de las personas por encima de los ahorros económicos, lo que parece acertado por lo que a continuación se señala.

El derecho a la salud se encuentra ampliamente reconocido en nuestro orden jurídico, sobre todo a partir de la reforma de 2011, en materia de derechos humanos. Desde entonces no sólo en el artículo 4o. constitucional se previene de manera expresa la tutela de este derecho, sino que el artículo primero da entrada a un sinnúmero de instrumentos internacionales que igualmente buscan su protección.

Así las cosas, se trata de un derecho que encuentra asidero en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1977); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el Protocolo de San Salvador (1988), pero muy especialmente, en el Pacto In-

ternacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido considerado como el instrumento internacional más relevante tratándose del entendimiento del derecho a la protección de la salud, por su carácter contractual y vinculante (Vázquez, 2017: 102).

En concreto, el artículo 12 del referido instrumento internacional establece, por una parte, que se tiene el derecho al más alto nivel posible de salud y, por la otra, la obligación a cargo del Estado de adoptar una serie de medidas para garantizar su vigencia, entre las cuales, para efectos de este análisis, destacan la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantil, el aseguramiento del sano desarrollo de los niños y la prevención de enfermedades de distinto tipo.

A lo largo de los años el derecho a la protección de la salud había sido erróneamente concebido como meras declaraciones de intenciones o normas programáticas, sin poder vinculante sobre la acción de los ciudadanos y poderes públicos (Tesis P. XV/2011). Sin embargo, esta posición evolucionó a raíz del nuevo paradigma en materia de derechos humanos, derivado de la reforma del 2011.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1o. constitucional dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establezca.

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo en cita establece la obligación que tienen todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es así como esta disposición constitucional se erige en un mandato que informa la totalidad de la actuación estatal, debiendo propiciar la satisfacción de los derechos humanos en la mayor y mejor medida posible.

Más recientemente se ha reconocido que el derecho a la protección de la salud impone deberes de naturaleza compleja a todos los poderes públicos dentro del Estado mexicano, desde el legislador y la administración hasta los propios tribunales. Incluso, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución y de la estructura del derecho mismo, se ha reconocido la eficacia jurídica que permea en ciertas relaciones entre los particulares (Tesis 1a. XXIII/2013).

Aunado a lo anterior, nuestro máximo tribunal ha establecido —en diversos precedentes— que los derechos económicos, sociales y culturales generan tres tipos de deberes para el Estado: *i)* el de salvaguarda del núcleo esencial del derecho que protege la dignidad de las personas; *ii)* el deber de alcanzar progresivamente la plena realización del derecho, y *iii)* la obligación de no adoptar injustificadamente medidas regresivas (Tesis 1a. CXXII/2017).

Por lo que respecta al principio de progresividad en materia de derechos humanos, la Corte ha sostenido que implica tanto gradualidad como progreso, de manera que conlleva la obligación a cargo del Estado de realizar todos los cambios y las transformaciones necesarios en la estructura económica, social, política y cultural del país, a efecto de salvaguardar el goce de los mismos (jurisprudencia 2a./J. 35/2019).

Consideramos que la ley en comento pone de manifiesto esta conquista gradual en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, producto de las garantías y principios que la propia Constitución ha establecido para garantizar la eficacia de este tipo de derechos.

Lo anterior, habida cuenta de que, como se ha señalado, el legislador ordinario tuvo como principal objetivo la salvaguarda del derecho a la protección de la salud de las personas en la expedición de la Ley de los Husos Horarios en los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que el antiguo sistema horario incidía negativamente en el núcleo esencial del derecho de referencia, puesto que su funcionamiento afectaba de manera frontal la salud de las personas.

Así, en virtud del mandato establecido en el artículo 1o. de la Constitución, el Congreso General optó por una legislación que permitiera progresivamente proteger y reparar el derecho de mérito, colocando la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos, por encima de cualquier beneficio económico.

IV. FUENTES

- Cossío, J. (2008). *La controversia constitucional*. México: Porrúa.
Jurisprudencia P./J. 104/2001 (septiembre de 2001). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XIV.
Jurisprudencia P./J. 106/2001 (septiembre de 2001). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XIV.

Jurisprudencia P./J. 107/2001 (septiembre de 2001). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XIV.

Jurisprudencia 2a./J. 35/2019 (febrero de 2019). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. I. 63.

SOBERANES, J. (2018). *Los conflictos entre órganos constitucionales y el Poder Judicial de la Federación*. México: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Tesis P. XV/2011 (agosto de 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XXXIV.

Tesis 1a. XXIII/2013 (enero de 2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. I. XVI.

Tesis 1a. CXXII/2017 (septiembre de 2017). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. I. 46. T. I.

VÁZQUEZ, R. (2017). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La transferencia de facultades a la Secretaría de la Defensa Nacional
para el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional.
Un análisis desde el diseño constitucional
del carácter civil de la Institución

*The Transfer of Powers to the Secretary of National Defense
for the Operational and Administrative Control of the National Guard.
An Analysis from the Constitutional Design
of the Civil Character of the Institution*

Juan Manuel OTERO VARELA*

RESUMEN. En la reforma constitucional de marzo de 2019 se transformó a la Guardia Nacional en una institución federal de seguridad pública, de carácter civil, adscrita jerárquicamente a la dirección y mando de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana. Sin embargo, en septiembre de 2022 se publicó un paquete de reformas legales por las que se transfiere el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional a la Secretaría de la Defensa Nacional, perturbando el modelo estructural de mando civil diseñado en el texto constitucional, debido a un exceso de control institucional por parte de las Fuerzas Armadas.

ABSTRACT. In the constitutional reform of March 2019, the National Guard was transformed into a federal public security institution, of a civil nature, hierarchically attached to the direction and command of the Ministry of Public Security and Citizen Protection, however, in September 2022, a package of legal reforms was published, by which the operational and administrative control of the National Guard is transferred to the Secretary of National Defense, disturbing the structural model of civil command designed in the constitutional text, due to an excess of control institution by the armed forces.

* Doctor en Derecho; investigador titular B en la Universidad Panamericana (CD-MX); investigador nacional, nivel 1, del Conacyt, y miembro asociado al Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. ORCID: 0000-0003-0319-4093; jmaotero@up.edu.mx.

Palabras clave: Guardia Nacional; seguridad pública; reforma constitucional; transferencia de facultades; institución de seguridad pública.

Keywords: *National Guard; public security; constitutional reform; transfer of powers; public security institution.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Guardia Nacional. Breves notas de su arquitectura original.* III. *La reforma constitucional de 2019 en materia de Guardia Nacional.* IV. *Crónica de una reforma legal anunciada.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En marzo de 2019 se reformó el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para crear la Guardia Nacional como una institución de seguridad pública de carácter civil, disciplinado y profesional.

Dicha reforma supuso una transformación de la Guardia Nacional, que ya estaba prevista a nivel constitucional, pero con un diseño radicalmente distinto, pues la contemplaba como una fuerza temporal conformada por soldados-ciudadanos a disposición de los gobiernos locales, y, extraordinariamente, del presidente, que fungía como cuerpo de reserva y podía ser integrada para combatir en un conflicto armado internacional, en caso de que éste se diera.

Con la reforma de 2019, la Guardia Nacional pasó a configurarse estructuralmente como una institución de seguridad pública permanente, de orden federal y adscrita como un órgano administrativo desconcentrado, sujeto a la jerarquía, dirección y mando de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (SSPC) en los términos prescritos por la Ley de la Guardia Nacional, que fue aprobada cumpliendo de forma cabal con el diseño constitucional propuesto por el Constituyente.

No obstante, resulta posible advertir en diversos documentos de índole programático, así como en el texto original de la iniciativa de reforma constitucional de referencia, que la *ratio* seguida por el titular del Poder Ejecutivo consigna un modelo estructural y orgánico distinto a lo finalmente aprobado en el artículo 21 constitucional, en virtud de que se propone un modelo híbrido de gestión orgánica y estructural de la Guardia Nacional, en el que intervenga de manera importante la Secretaría de la

Defensa Nacional (Sedena) en la administración y operación de la Guardia Nacional.

En virtud de lo anterior, el 9 de septiembre de 2022 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, un decreto de reformas en materia de seguridad nacional y seguridad pública que reformó cuatro normas: la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley de la Guardia Nacional; la Ley Orgánica del Ejército y Fuerzas Armadas, y la Ley de Estímulos y Recompensas del Ejército y Fuerzas Armadas.

El objeto del decreto consistió en transferir el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional a la Sedena, con la finalidad de atender y hacer frente a la problemática del crimen organizado, así como apoyar en el ejercicio de sus funciones al Ejército, a las Fuerzas Armadas y a la Marina.

La reforma planteada por el Ejecutivo federal confiere una serie de poderes y facultades a la Sedena que va más allá del apoyo para el fortalecimiento de la propia Guardia Nacional, y puede generar que la adscripción de ésta última a la SSPC sea únicamente orgánica, evadiendo de su ámbito los poderes de mando, decisión, control y dirección que son propios de una relación jerárquica y que ahora se encuentran en manos de las Fuerzas Armadas; en contraposición al diseño de carácter civil previsto en el artículo 21 y al empleo permanente de las Fuerzas Armadas en actividades de seguridad pública, y en oposición al artículo 129, ambos preceptos de la Constitución mexicana, entre otros criterios vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. LA GUARDIA NACIONAL.

BREVES NOTAS DE SU ARQUITECTURA ORIGINAL

Hasta antes de la reforma constitucional de 2019, la Guardia Nacional conservó características muy distintas a las que tiene en la actualidad, situación que podemos constatar de la revisión al texto constitucional previo a la reforma de los artículos 10; 31, fracción III; 35, fracción IV; 36, fracción II; 73, fracción XV; 76, fracción IV; 78, fracción I, y 89, fracción VII, que podemos resumir como un “instituto armado no regular”; es decir, de corte temporal, en el que los ciudadanos tenían el derecho y la obligación de servir, con el objetivo de asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así

como la tranquilidad y el orden interior, o bien, de defender la República y sus instituciones.¹

El diseño constitucional de este instituto temporal conformado por soldados-ciudadanos se encontraba previsto para estar a disposición de los gobiernos locales y, extraordinariamente, del presidente, previo consentimiento del Senado o la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. Sin embargo, como comenta Suárez Romero (2019: 772), el legislador federal nunca ejerció su facultad constitucional para concretar la legislación orgánica que normara específicamente su estructura y organización, y sólo fue regulada de forma tangencial en la Ley del Servicio Militar, como una fuerza armada de reserva que puede ser integrada para combatir en caso de que existiera un conflicto armado internacional, a través de la convocatoria de mexicanos de 45 años en adelante.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2019 EN MATERIA DE GUARDIA NACIONAL

El 26 de marzo de 2019 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional” (Decreto, marzo de 2019), con el que se reformaron 10 artículos de su texto, precisando el diseño de la política de seguridad pública y transformando radicalmente la naturaleza y el papel de la Guardia Nacional.

Una parte importante de la reforma objeto de comentario fueron las modificaciones y adiciones al texto del artículo 21 constitucional, cuyo contenido traza las líneas generales de la función estatal de seguridad pública no solamente por el marco competencial e institucional delineado para su realización, sino también en cuanto a lo que dicha actividad comprende, aspecto que ya formaba parte del texto constitucional, aunque con algunas modificaciones previas, además de la introducción del sentido teleológico

¹ Para profundizar en los antecedentes históricos de la Guardia Nacional, sugiero los trabajos de Márquez Gómez, Daniel *et al.* (2019). “La Guardia Nacional en México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 52 (154): 569-599. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14154>, y Suárez Romero, M. Ángel (2019). “La Guardia Nacional en la reforma constitucional desde la óptica del federalismo y los derechos humanos en México”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. 69 (275-2): 759-786. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71124>.

de dicha actividad, vinculada con la protección de derechos humanos y valores sociales fundamentales para la existencia de la vida en común y la viabilidad del Estado mexicano.

Ahora bien, pasaremos por alto el contenido y los fines de la seguridad pública para abordarlos un poco más adelante; sin embargo, es necesario hacer algunas consideraciones relacionadas con el marco competencial e institucional de esta función, en particular porque es en este ámbito que se introduce a la Guardia Nacional, transformando radicalmente su naturaleza y funciones.

Para tales efectos tendríamos que destacar, desde el punto de vista competencial e institucional, que la seguridad pública: *i)* es una función estatal en la que concurren o participan activamente instituciones policiales de los tres ámbitos de gobierno, o sea, de la Federación, las entidades federativas y los municipios; *ii)* estas instituciones policiales en su conjunto integran el Sistema Nacional de Seguridad Pública; *iii)* la actuación de las instituciones de seguridad pública se rige por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y *iv)* las instituciones de seguridad pública deben ser de carácter civil, disciplinado y profesional.

1. El nuevo diseño constitucional de la Guardia Nacional

De las modificaciones expuestas es posible advertir la transformación que el legislador constitucional hace de la Guardia Nacional, rediseñándola en su totalidad y dotándola de una naturaleza jurídica y facultades muy diversas a las que tenía antes de la reforma, como se desprende de sus nuevas características, que se destacan a continuación.

A. Una institución de seguridad pública

Mediante esta reforma constitucional se creó la Guardia Nacional, como una institución de seguridad pública; es decir, una institución policial de carácter eminentemente civil, como cualquier otra institución de seguridad pública, estructurada como un ente público, técnico y especializado, facultado para dar cumplimiento a las actividades y fines que son propios de

esta función estatal en los términos del noveno párrafo del citado artículo 21 constitucional.²

La Guardia Nacional queda integrada como una corporación policial, instituida de manera permanente, cuya estructura orgánica y de dirección será determinada por el legislador federal, según se desprende del penúltimo párrafo del mismo precepto constitucional.³

Posteriormente, el 27 de mayo de 2019, se publicaría en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de la Guardia Nacional (Decreto, mayo de 2019), en la que se determinaría su naturaleza jurídica como un órgano administrativo desconcentrado de la SSPC,⁴ quedando plenamente constituido su diseño organizacional como el de un ente especializado, con cierta autonomía técnica y jerárquicamente subordinado, en términos del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.⁵

B. De carácter civil

También es diáfana la intención del legislador constitucional de que esta nueva corporación, como cualquier otra de orden policial, se encuentre bajo instituciones jurídicas y autoridades civiles propias de una fuerza de

² Noveno párrafo del artículo 21: “La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

³ Penúltimo párrafo del artículo 21: “La ley determinará la estructura orgánica y de dirección de la Guardia Nacional, que estará adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública, que formulará la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, los respectivos programas, políticas y acciones”.

⁴ “Artículo 4o. La Guardia Nacional es una institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría”.

⁵ “Artículo 17. Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables”.

seguridad pública, en virtud de que esta función tiene sus propios protocolos y procedimientos de actuación y de interacción con la ciudadanía, toda vez que los cuerpos policiales cumplen labores de seguridad ciudadana; o sea, de protección a los ciudadanos de diversos hechos, no sólo delictivos, sino que también cumple tareas de prevención y hasta de mediación de conflictos que no tienen que ver con la criminalidad.

Es en virtud de lo anterior que el penúltimo párrafo del mencionado artículo 21 dispone, como parte de la arquitectura institucional de la Guardia Nacional, que se encuentre adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública y no al de defensa nacional, dejando claro, hasta ese momento, que correspondía a la primera de estas dependencias la formulación de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, así como los respectivos programas, políticas y acciones.⁶

En congruencia con lo antes dicho, en el artículo 12 de la propia Ley de la Guardia Nacional se estableció la estructura de mando para las operaciones de dicha institución, dado que se trata de sus actividades sustantivas, estableciendo en primer nivel jerárquico al titular de la SSPC; en segundo nivel, al comandante, y tercero, cuarto y quinto, a los coordinadores, territorial, estatal y de unidad, respectivamente.⁷

Asimismo, en el artículo 13 del mismo ordenamiento, al titular de esa dependencia se le atribuyeron diversas facultades especiales, que resultan inherentes a una relación jerárquica de mando y que acreditan el ejercicio de funciones administrativas y sustantivas en una institución y que, natural u ordinariamente, se encuentran a cargo del superior jerárquico, entre las que destacan facultades de organización, dirección y supervisión; de designación y remoción; de expedición de manuales internos, políticas, lineamientos y estrategias, entre otras disposiciones normativas internas; de distribución de efectivos en el territorio, y de creación de unidades administrativas y nombramientos de mandos subalternos.⁸

⁶ Sobre este particular Suárez Romero nos recuerda que “a efecto de asegurar ese mando civil, el Senado eliminó de la minuta [de la reforma constitucional] la constitución de la Junta de Jefes de Estado Mayor, que originalmente proponía que estuviera compuesta por integrantes de las dependencias de los ramos de Seguridad, Defensa Nacional y Marina” (2019: 776).

⁷ Dentro del diseño institucional de la Guardia Nacional se advierte que este órgano tendrá un mando civil, situado en la persona del titular de la SSPC, pero sus integrantes tendrán entrenamiento, jerarquía y estructura militar (ENSP: 43).

⁸ “Artículo 13. Corresponden al Secretario [de Seguridad y Protección Ciudadana] las facultades siguientes: I. Organizar, dirigir y supervisar bajo su adscripción a la Guar-

No obstante, es importante resaltar que el diseño propuesto originalmente por el Ejecutivo federal para la Guardia Nacional, refiere a una *naturaleza dual*, en la que, no obstante su carácter de institución de seguridad pública, coexista una participación importante de las secretarías de Seguridad Pública y Protección Ciudadana y de la Defensa Nacional, quedando en manos de la primera la dirección y definición de programas, políticas y estrategias de actuación de la Guardia Nacional, mientras que la segunda dispondría de

...lo necesario para [que] la estructura jerárquica, disciplina, régimen de servicios, asensos, prestaciones, ingresos, educación, capacitación profesionalización y el cumplimiento de las responsabilidades y tareas de la Guardia Nacional estén homologados a los que se aplican en la Fuerza Armada permanente (ENSP: 43).

Para efectos de lo anterior, el Ejecutivo federal tenía concebida una arquitectura institucional diferente a la que al final aprobó el legislador, tanto en la Constitución como en la legislación secundaria, en virtud de que en la propia Estrategia Nacional de Seguridad Pública hacía referencia a la creación de una Junta de Jefes de Estado Mayor, entendida como un órgano colegiado de mando estratégico y táctico, presidido por el titular de la SSPC e integrado por las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina (ENSP: 43).

Bajo esta tesis, el texto constitucional, así como las previsiones de la ley secundaria, nos permiten observar la intención del legislador de man-

dia Nacional; II. Designar y relevar al personal de la Guardia Nacional en los cargos administrativos a que se refiere la fracción VI del artículo 21 de la presente Ley; III. Expedir los manuales de organización, de procedimientos y de servicio al público de la Guardia Nacional; IV. Elaborar los programas operativos, políticas, estrategias y acciones de la Guardia Nacional; V. Elaborar los planes y programas para: *a)* La formación, capacitación, especialización y profesionalización del personal de la Guardia Nacional en el ámbito de los ejes de formación policial, académico y axiológico, y *b)* La capacitación permanente del personal de la Guardia Nacional, en el uso de la fuerza, cadena de custodia y respeto a los derechos humanos; VI. Autorizar la distribución territorial de la Guardia Nacional; VII. Autorizar la creación de organismos de la Guardia Nacional; VIII. Proponer al titular del Poder Ejecutivo Federal el informe anual de las actividades de la Guardia Nacional; IX. Nombrar a las personas titulares de las coordinaciones territoriales, estatales y de las unidades especiales; X. Suscribir los convenios de colaboración con las entidades federativas y municipios respecto de la participación de la Guardia Nacional, y XI. Las demás establecidas en esta Ley y demás disposiciones aplicables”.

tener un mando civil en la corporación, en lo administrativo y en lo operativo, que es la parte sustantiva de las actividades encomendadas a dicha institución, vinculada de forma directa a la SSPC, como órgano administrativo directamente encargado de dicha función en el orden federal, con todos los poderes que de manera implícita corresponden con una relación jerárquica o de mando.⁹

C. *Disciplinado y profesional*

Por su parte, de acuerdo con el último párrafo del citado artículo 21, la formación y desempeño de sus integrantes debe basarse en la *doctrina policial*, que encuentra su fundamento en valores concretos, como “el servicio a la sociedad, la disciplina, el respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley, al mando superior, y en lo conducente a la perspectiva de género”.

Esto quiere decir que los miembros de esta corporación tendrían que ser formados profesionalmente, bajo ciertos protocolos y procesos de admisión y asenso que son propios de una fuerza de seguridad pública, y de acuerdo con ciertos principios y valores que informan esa disciplina, por lo que estos elementos se alejan del espíritu del soldado-ciudadano, configurado como reserva de las Fuerzas Armadas cuyo servicio se encuentra sujeto a una temporalidad muy específica, pero también son distintos a los principios, valores y protocolos que configuran a la armada permanente.

Por último, como parte del decreto de reformas constitucionales en materia de la Guardia Nacional en comento, se modificaron los artícu-

⁹ De acuerdo con Delgadillo Gutiérrez, L. H. y Lucero Espinosa, M. (2014), “la jerarquía administrativa es un vínculo que liga a las unidades de la organización, colocando a unas respecto de otras en una relación de dependencia para darles estabilidad y cohesión” (2014: 92). En este sentido, ambos autores destacan que para que exista una relación jerárquica es necesario: *i*) que haya idéntica competencia material de ciertos órganos que se encuentran subordinados en razón de grado, y *ii*) que la voluntad del órgano superior prevalezca sobre el inferior; es decir, que haya superioridad de grado en una línea competencial, o sea, que exista una relación jerárquica o de subordinación caracterizada por el mando y la obediencia. También señalan la existencia de ciertos poderes que son implícitos en una relación jerárquica y que posibilitan la unidad entre órganos superiores e inferiores, como son los poderes de: *i*) nombramiento; *ii*) decisión; *iii*) mando; *iv*) vigilancia; *v*) disciplinario; *vi*) revisión, y *vii*) resolución de conflictos competenciales entre sus órganos subordinados (Delgadillo y Lucero, 2014: 92 y 93).

los 31, fracción III; 35, fracción IV, y 36, fracción II, para establecer como obligación de los mexicanos y de los ciudadanos, la de alistarse, así como servir en las fuerzas de reserva, y, como derecho de los ciudadanos de alistarse en la Fuerza Armada o en cuerpos reserva, en lugar de la Guardia Nacional, como se indicaba previo a esta reforma, dejando claro el nuevo papel de ésta última, como un instituto policial permanente y profesionalizado.

D. De orden federal

Dentro de los cambios fundamentales a la Guardia Nacional se encuentra su determinación como una institución policial adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública del orden federal, que, de conformidad con el noveno párrafo del artículo 21 constitucional, tiene entre sus fines la coordinación y colaboración con las entidades federativas y municipios, así como la salvaguarda de los bienes y recursos de la nación.

Como parte de su transformación a una institución de naturaleza federal, se reformó el texto de la fracción IV del artículo 76 y se derogó la fracción I del 78. Ambos preceptos constitucionales otorgaban facultades al Senado y a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, respectivamente, para dar su consentimiento al presidente para hacer uso de la Guardia Nacional, supuestos que, de acuerdo con la reforma en comento, hubieran quedado inoperantes, dada la naturaleza federal de la institución y su dependencia directa del Ejecutivo federal, tomando en consideración su arquitectura estructural.

Con este cambio también se reformó el texto del artículo 89, fracción VII, pero ya no para disponer de la Guardia Nacional en los términos que preveía la fracción IV del artículo 76; es decir, la necesidad de recurrir a la aprobación del Senado para tales efectos, pudiendo disponer de esta institución directamente, en los términos que señale la ley correspondiente.

Finalmente, como consecuencia de lo anterior también se modificó el texto de la fracción IV del citado artículo 76, facultando al Senado para “analizar y aprobar el informe anual que el Ejecutivo Federal le presente sobre las actividades de la Guardia Nacional”, como una medida de control legislativo que tendrá plena razonabilidad cuando revisemos el régimen transitorio de dicha reforma.

E. Para el cumplimiento de fines de seguridad pública

Al ser una institución de seguridad pública, la Guardia Nacional se encuentra constitucionalmente vinculada a las labores que son propias de tal función estatal, cuyo contenido se advierte en el párrafo noveno del propio artículo 21 constitucional, comprendiendo “la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala”. También se atribuye a esta Institución, específicamente por su naturaleza de orden federal, el deber de “salvaguarda de los bienes y recursos de la Nación”, en términos del antepenúltimo párrafo del mismo precepto constitucional.

Con esta reforma constitucional se adicionaron al noveno párrafo del artículo 21 constitucional los parámetros teleológicos de la seguridad pública como función del Estado, puntualizando que su finalidad atiende a “salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social”, además del deber de “salvaguardar los bienes y recursos de la Nación”, de conformidad con el antepenúltimo párrafo del citado artículo constitucional, mismos que han sido reproducidos en el artículo 6o. de la Ley de la Guardia Nacional, a la que sólo se agregó una finalidad más, vinculada con la colaboración y coordinación con las autoridades de los otros ámbitos de gobierno.

En congruencia con lo anterior, el artículo 5o. de la Ley de la Guardia Nacional establece como objeto de la institución el de ejercer “la función de seguridad pública a cargo de la Federación y, en su caso, conforme a los convenios que para tal efecto se celebren, colaborar temporalmente en las tareas de seguridad pública que corresponden a las entidades federativas o municipios” (Decreto, mayo de 2019)

Bajo este contexto, la seguridad pública también cumple funciones de seguridad ciudadana; es decir, de proteger a los ciudadanos de diversos hechos, no sólo delictivos, sino que también cumple tareas de prevención y hasta mediación de conflictos que no siempre tienen que ver con la criminalidad; goza de una mayor proximidad con la población, y sus protocolos de interacción son diferentes a los de las Fuerzas Armadas, que se encuentran a cargo primordialmente de aspectos relacionados con la seguridad nacional, en los términos de la Ley de Seguridad Nacional.

2. *El régimen transitorio*

Una de las partes más significativas de la reforma constitucional en materia de la Guardia Nacional de 2019 es su régimen transitorio, en virtud de que a través de éste se determinó la forma en la que se integraría esta corporación, básicamente compuesta por elementos de la ahora extinta Policía Federal, además de la asignación de efectivos de las policías Militar y Naval, en tanto se desarrollaba una estructura propia con capacidades adecuadas y suficientes en cobertura para dicha institución, de acuerdo con las normas de ingreso, educación, capacitación y profesionalización que se establecieran.¹⁰

De igual forma, se autorizó al presidente para disponer lo necesario para la incorporación de los elementos de las policías Militar y Naval a la Guardia Nacional y designar al titular del órgano de mando superior y a los integrantes de la instancia de coordinación operativa interinstitucional, formada por representantes de las secretarías del ramo de seguridad, de la Defensa Nacional y de Marina, en el entendido de que los efectivos de las Fuerzas Armadas que sean transferidos a esta corporación conservarían antigüedad, rango y prestaciones.¹¹

Esta disposición dio paso a la militarización *de facto* de la Guardia Nacional, debido a que desde el personal de mando hasta el operativo de la corporación se integró, en su mayoría, por elementos activos de las Fuerzas Armadas, transferidos o adscritos a la corporación, con la finalidad de dar una respuesta práctica y operativa frente a los altos índices de delincuencia de nuestro país; combatir el crimen organizado y restituir el orden público.

Otro punto relevante del régimen transitorio fue la autorización que el legislador constitucional otorgó al presidente de la República para

*...disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria, por un período de 5 años a partir de la entrada en vigor de dicha reforma, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, debiendo dar cuenta de las acciones derivadas de dicha autorización en su informe de gobierno.*¹²

¹⁰ Artículo segundo transitorio.

¹¹ Artículo tercero transitorio.

¹² Artículo quinto transitorio.

De igual forma, durante el periodo de referencia autorizó a las secretarías de Defensa Nacional y de Marina para participar con la del ramo de seguridad respecto de la Guardia Nacional, en el

... establecimiento de su estructura jerárquica, sus regímenes de disciplina, de cumplimiento de responsabilidades y tareas, y de servicios, así como para la instrumentación de las normas de ingreso, educación, capacitación, profesionalización, ascensos y prestaciones, que podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente.¹³

Esta disposición transitoria pretende dejar en suspenso por dicho periodo lo prescrito en el texto del artículo 129 constitucional, en el sentido de que “en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

Finalmente, de acuerdo con Suárez Romero (2019: 778) es de resaltar que durante el proceso de aprobación del Decreto de reformas constitucionales se dejó de lado el artículo transitorio propuesto originalmente bajo el numeral quinto, que hacía referencia a la adscripción temporal de la Guardia Nacional a la Sedena por un periodo de cinco años, como excepción de lo dispuesto en los artículos 21 y 129 constitucionales, lo que permite advertir la intención del Ejecutivo federal, ya desde esas fechas, de adscribir bajo un mando y dirección militar a la Guardia Nacional, aunque fuera temporalmente.

IV. CRÓNICA DE UNA REFORMA LEGAL ANUNCIADA

Durante la gestión de esta administración se ha hecho costumbre observar al licenciado Andrés Manuel López Obrador, en su calidad de presidente de la República, dictar lineamientos de política pública a través de sus conferencias matutinas, conocidas coloquialmente como “Mañaneras”. Estas conferencias de prensa se realizan diariamente y, a través de ellas, bajo un formato de preguntas y respuestas, se han dado a conocer múltiples determinaciones durante lo que va del periodo constitucional del titular del Ejecutivo federal.

¹³ Artículo sexto transitorio.

Bajo este contexto, en su “Mañanera” del 8 de agosto de 2022, el presidente indicó su intención de transferir facultades de la Guardia Nacional a la Sedena, para lo cual señaló que

Ya la cuestión operativa está a cargo de la Secretaría de la Defensa, pero voy a emitir un acuerdo para que ya, por completo, la Guardia Nacional dependa de la Secretaría de la Defensa y esperamos nada más el resultado de la reforma. Pero ya quiero que sea la Secretaría de la Defensa la que se haga cargo. (ExcélsiorTV, 2022: 1m, 00s).

Incluso delineó las estrategias normativas para concretar esta determinación, indicando: “Puedo modificar, si es necesario, el reglamento interno en el gobierno, puede ser por decreto, puede ser una reforma a la Ley de la Administración Pública, independientemente de lo que resulte sobre la reforma constitucional, pero sí hacen falta estos cambios”¹⁴ (*ibidem*, 6m, 42s).

En virtud de lo expuesto en su conferencia de prensa matutina, el 31 de agosto de 2022 se remitió a la Cámara de Diputados la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley de la Guardia Nacional; de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública (Iniciativa, agosto de 2022).

La iniciativa fue presentada y aprobada en sesión del 2 de septiembre de 2022, y remitida al Senado para los mismos efectos, siendo aprobada por esa instancia el día 8 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* por el titular del Ejecutivo federal el 9 de septiembre de 2022 (Decreto, septiembre de 2022).

1. *La reforma legal de 2022 en materia de Guardia Nacional y seguridad pública*

Para efectos del presente análisis, nos enfocaremos en las dificultades jurídicas que representa la transferencia formal de las facultades de con-

¹⁴ Este anuncio del presidente López Obrador también puede ser consultado dentro de sus comunicados de prensa, en la página oficial del gobierno federal (Gobierno de México, 2022).

trol operativo y administrativo de la Guardia Nacional, de la SSPC a la Sedena, y en especial a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley de la Guardia Nacional, aunque la reforma objeto de comentario también abarca a la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y a la Ley de Ascenso y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea.

Lo anterior se debe a que el objetivo principal de la reforma, como ya hemos comentado, consiste en “fortalecer la consolidación institucional de la Guardia Nacional como un cuerpo policial permanente, profesional y disciplinado, adscrito a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, bajo el control operativo y administrativo de la Secretaría de la Defensa Nacional” (Iniciativa, agosto de 2022: 1).

Con esta reforma se modifican los artículos 29 y 30 Bis, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, relativos a las atribuciones de las secretarías de Defensa Nacional y de Seguridad y Protección Ciudadana. Con relación a las facultades de la primera, se modifica, entre otras, la fracción IV del artículo 29, para facultarla a “ejercer el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional, conforme a la Estrategia Nacional de Seguridad Pública que defina la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana”. Por su parte, entre las facultades conferidas a la SSPC se encuentran las de formular, en lo correspondiente a la Federación, la Estrategia Nacional de Seguridad Pública y el Programa Nacional de Seguridad Pública, así como coordinar el gabinete de seguridad del gobierno federal, en términos del artículo 30 Bis, fracciones I y II de la misma ley (Decreto, septiembre de 2022).

Por lo que se refiere a las modificaciones planteadas a la Ley de la Guardia Nacional, se atribuyen facultades a la Sedena para expedir manuales operativos, de organización, de procedimientos y de servicios al público, así como estrategias de la Guardia Nacional; autorizar planes y programas para el ingreso, formación, capacitación, especialización y profesionalización del personal de la misma Guardia. También se le faculta a esta dependencia para organizar la distribución territorial de la Guardia Nacional y proponer adecuaciones a su estructura orgánica, lo mismo que proponer al titular del Ejecutivo federal a la persona que ocupe el cargo de comisario general, o sea, la personal titular de la Guardia Nacional, entre otras disposiciones que se comentaran en el próximo apartado.

2. *Algunos comentarios al debilitamiento de la cadena civil de mando y la pérdida de los poderes implícitos derivados de una relación jerárquica*

De acuerdo con lo expuesto en apartados previos, en la reforma constitucional de 2019, a pesar del régimen transitorio o temporal autorizado, se pudo constatar la intención del legislador de mantener un mando civil en la Guardia Nacional, en sus actividades sustantivas, con todos los poderes que tradicionalmente corresponden y se derivan de una relación jerárquica o de mando, en términos del artículo 21 constitucional y los artículos 12 y 13 de la Ley de la Guardia Nacional.

Esta convicción, se sabe, no es de origen la planteada por el Ejecutivo federal, que, en la iniciativa de la reforma legislativa que se comenta, destaca que

...la transferencia del control operativo y administrativo de la Guardia Nacional a la Sedena responde a la necesidad inmediata de superar los obstáculos administrativos y de disponibilidad de recursos que tienen su origen en las particularidades mismas de dicho cuerpo de seguridad creado por el constituyente permanente, destacando que esta realidad estructural ha rebasado cualquier planteamiento teórico sobre política de seguridad o modelo tradicional de policía y representa para el Estado mexicano el más grande reto que tiene la obligación de afrontar con todos los recursos lícitos a su alcance (Iniciativa, agosto de 2022: 13).

Para efectos de lo anterior, se precisa esta transferencia de facultades en el artículo 29, fracción IV, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para facultar a la Sedena para ejercer el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional, conforme a la Estrategia Nacional de Seguridad Pública que defina la SSPC (Decreto, septiembre de 2022).

Sin embargo, una modificación fundamental relacionada con el ejercicio directivo del mando civil es la reforma al artículo 12 de la Ley de la Guardia Nacional,¹⁵ en virtud de que mediante este precepto se establecen los niveles de mando en la estructura orgánica prevista para las operaciones de la Guardia Nacional, que anteriormente establecía al titular de la

¹⁵ “Artículo 12. La Guardia Nacional realizará sus operaciones mediante una estructura que comprenderá los siguientes niveles de mando: I. Secretario; II. Comandante; III. Coordinador Territorial; IV. Coordinador Estatal, y V. Coordinador de Unidad...”.

SSPC en la cima de dicha estructura y, a partir de la reforma, se sitúa a la Sedena en esa función.

El cambio no es menor, en virtud de que los operativos de seguridad son una de las tareas sustantivas y fundamentales de la Guardia Nacional como institución a la que se ha encomendado cumplir con las actividades y finalidades que son propias de la función de seguridad pública, en los términos de los párrafos noveno y antepenúltimo del artículo 21 constitucional.

En este sentido, si bien es cierto que la Guardia Nacional aún se encuentra adscrita orgánicamente a la SSPC, sus funciones sustantivas y su administración se encuentran a cargo de otra dependencia de la administración, cuya naturaleza es no civil; es decir, de la Sedena, que integra a las Fuerzas Armadas permanentes.

Ya desde esta perspectiva resulta cuestionable lo previsto en el artículo 12 de la Ley de la Guardia Nacional; sin embargo, puede darse un paso más para crear convicción a esta conjetura, para lo cual podrían revisarse el recorte y la limitación de las facultades del titular de la SSPC, de acuerdo con el artículo 13 de la misma ley,¹⁶ y en correlación con las otorgadas al titular de la Sedena mediante la adición del artículo 13 Bis del mismo ordenamiento.¹⁷

¹⁶ “Artículo 13. A la persona titular de la Secretaría le corresponden las facultades siguientes: I. Formular la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, en lo aplicable a la Guardia Nacional, en colaboración con la Secretaría de la Defensa Nacional; II. Expedir el nombramiento del personal de la Guardia Nacional en los cargos administrativos a que se refiere la fracción VI del artículo 21 de la presente Ley, a propuesta de la Comandancia; III. Derogada. IV. Formular las políticas, programas y acciones que se deriven de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública aplicables a la Guardia Nacional; V. Derogada. VI. Derogada. VII. Derogada. Fracción derogada; VIII. Proponer a la persona titular del Poder Ejecutivo Federal el informe anual de las actividades de la Guardia Nacional; IX. Nombrar a las personas titulares de las Coordinaciones Territoriales, Estatales y de las Unidades especiales, a propuesta de la persona titular de la Comandancia; X. Suscribir los convenios de colaboración con las entidades federativas y municipios respecto de la participación de la Guardia Nacional, y XI. Las demás establecidas en esta Ley y demás disposiciones aplicables”.

¹⁷ “Artículo 13 Bis. A la persona titular de la Secretaría de la Defensa Nacional le corresponden las facultades siguientes: I. Ejercer el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional, en el marco de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, y cuando la persona titular del Ejecutivo Federal disponga de su intervención para el auxilio de la Fuerza Armada permanente en el ejercicio de sus misiones; II. Expedir los manuales de organización, de procedimientos y de servicio al público de la Guardia Nacional; III. Elaborar los programas operativos y estrategias de la Guardia Nacional; IV. Autorizar los planes y programas a que se refiere el artículo 15, fracción XVI de esta Ley; V. Organizar

A guisa de ejemplo, puede notarse que se han limitado al titular de la SSPC las facultades originalmente otorgadas en la fracción I del artículo 13, en el sentido de “organizar, dirigir y supervisar la Guardia Nacional” (Decreto, mayo de 2019), para quedar únicamente con la atribución de “formular la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, en lo aplicable con la Guardia Nacional, en colaboración con la Secretaría de la Defensa Nacional” (Decreto, septiembre de 2022).

Parte de los argumentos vertidos en la exposición de motivos para justificar la continuidad del mando civil, se encuentra en esta facultad de planeación atribuida a la SSPC, que, sin duda, es una facultad directiva. No obstante, esta facultad tampoco es plena, toda vez que prescribe la necesidad de colaborar con la Sedena en la formulación de las estrategias en las que participa la Guardia Nacional, por lo que tampoco puede considerarse como un poder de dirección pleno.

La facultad de designar y relevar al personal de la Guardia Nacional, prevista en el texto original del artículo 13, fracción II (Decreto, mayo de 2019), ha quedado circunscrita únicamente a la de “expedir el nombramiento del personal de la Guardia Nacional en los cargos administrativos a que se refiere la fracción VI del artículo 21 de la presente Ley” (Coordinación de Administración y Finanzas), así como “el nombramiento de los titulares de las Coordinaciones Territoriales, Estatales y de las unidades especiales”, en ambos casos a propuesta de la Comandancia.

En este contexto, es notable la pérdida del poder de nombramiento y de revocación o relevo por parte del titular de la SSPC, que queda circunscrita a la propuesta del titular de la Comandancia. En este último punto también se debilitan las facultades de dirección y se rompe con la cadena de mando civil, en virtud de que el titular de la Comandancia, como instancia facultada para proponer a las personas que deberá designar el titular de la SSPC, es nombrado por el presidente de la República a propuesta del titular de la Sedena.¹⁸ Como consecuencia de este proceso de designación del titular de la Comandancia, resulta altamente probable que quien ocupe este cargo sea un elemento perteneciente a las fuerzas armadas, o salido de ellas.

Lo anterior, si se toma en consideración que dicho funcionario tendrá a su cargo la responsabilidad de “ejercer el mando operativo de la Guar-

la distribución territorial de la Guardia Nacional; VI. Proponer adecuaciones a la estructura orgánica de la Guardia Nacional, y VII. Las demás establecidas en esta Ley y otras disposiciones jurídicas aplicables”.

¹⁸ Artículo 14 de la Ley de la Guardia Nacional y tercero transitorio.

dia Nacional”;¹⁹ “coordinar, administrar, capacitar, dirigir y supervisar a la Guardia Nacional”;²⁰ y “administrar los recursos que se aporten para la operación y funcionamiento de la Guardia Nacional”;²¹ entre otras facultades de mando relacionadas con actividades sustantivas de dicha institución y que, en la *ratio* del Ejecutivo Federal, deben estar en manos de las Fuerzas Armadas, en términos del artículo 15 de la Ley de Seguridad Nacional (Decreto, septiembre de 2022).

También se han transferido a la Sedena facultades que previamente tenía asignadas el titular de la SSPC, como es el caso de “expedir los manuales de organización, de procedimientos y de servicio al público de la Guardia Nacional”;²² elaborar planes y programas de formación y capacitación,²³ y “organizar la distribución territorial de la Guardia Nacional”.²⁴

Esto último puede traer como consecuencia un desdibujamiento de las funciones de seguridad pública o de policía respecto de aquellas funciones que son propias de las fuerzas militares, con el riesgo que conlleva a una mayor incidencia de transgresiones en materia de derechos humanos, además de la continuidad a políticas que no han traído los resultados esperados.

Esta última observación no es un escenario teórico, por el contrario, ha formado parte de nuestra historia reciente y ha sido parte de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el *caso Alvarado Espinosa y otros vs. México*, destacando lo siguiente:

En este sentido, como regla general, la Corte reafirmó que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser:

- a) Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;

¹⁹ Artículo 15, fracción I, de la Ley de la Guardia Nacional.

²⁰ *Ibidem*, fracción II.

²¹ *Ibidem*, fracción IV.

²² Artículo 13 Bis, fracción II, de la Ley de la Guardia Nacional.

²³ Esta facultad pasa a ser responsabilidad del titular de la Comandancia, en términos del artículo 15, fracción XVI, incisos a) y b).

²⁴ Artículo 13 Bis, fracción V, de la Ley de la Guardia Nacional.

- b) Subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial;
- c) Regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y
- d) Fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.

Asimismo, la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido que el Estado debe brindar recursos sencillos y expeditos para denunciar la violación de los derechos humanos, así como que tales denuncias deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria y no militar, las cuales deberán ser efectivamente investigadas y, en su caso, deberán ser sancionados los responsables.

En vista de lo anterior, la Corte constató que el incremento en la participación del Ejército en las labores de seguridad ciudadana ha sido un patrón constante en México desde el año 2006. En dicho escenario, el empleo de las fuerzas castrenses en la lucha contra la delincuencia se convirtió en una práctica recurrente mediante la implementación de los denominados “Operativos Conjuntos”, en cuya intervención concurrían efectivos policiales y militares (Acuerdo, agosto 2019).

V. CONCLUSIONES

Con las reformas legales implementadas se ha dado continuidad a la adscripción orgánica de la Guardia Nacional a la SSPC; sin embargo, esta dependencia ha sido privada prácticamente de todas las facultades de organización, mando y dirección sobre dicho órgano desconcentrado, las cuales han sido transferidas a la Fuerza Armada permanente a través de la Sedena.

Este nuevo marco competencial ha dejado sin contenido a las facultades legales a cargo de la SSPC, que constitucionalmente detenta el mando civil sobre la Guardia Nacional, confiriendo a la Sedena un control directo sobre la administración y disposición de sus recursos técnicos, humanos y financieros, así como de decisión y dirección sobre sus actividades operativas sustantivas.

La adquisición del control directo sobre la actividad sustantiva de la Guardia Nacional mediante la transferencia legal de atribuciones a la Se-

dena institucionaliza la participación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública, eludiendo el carácter temporal de la autorización del legislador constitucional en favor del Ejecutivo federal para destinar dichas tareas de seguridad a las Fuerzas Armadas, otorgada en términos del artículo quinto transitorio de la reforma constitucional de 2019.

Así, al institucionalizar la participación del Ejército en la operación y administración de la Guardia Nacional, se contraviene la prescripción constitucional de contar con una corporación de carácter civil y se transgreden tanto principios constitucionales como criterios internacionales, en el sentido de que la intervención de las Fuerzas Armadas en la seguridad pública sea excepcional, extraordinaria, subordinada, complementaria, regulada y fiscalizada, en atención a lo dispuesto en los artículos 21 y 129 constitucionales y los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido en relación con tales medidas de política pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (1940). Decreto Ley del Servicio Militar. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lsm/LSM_orig_11sep40_ima.pdf.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2019). Acuerdo por el que se ordena la publicación del resumen oficial de la sentencia emitida el veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5566017&fecha=18/07/2019#gsc.tab=0.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2019). Decreto por el que se expide la Ley de la Guardia Nacional. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgn/LGN_orig_27may19.pdf.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2019). Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_235_26mar19.pdf.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2021). Decreto Ley de Seguridad Nacional. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac_200521.pdf.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2022). Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf>.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2022). Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley de la Guardia Nacional; de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5664065&fecha=09/09/2022#gsc.tab=0.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H. y LUCERO ESPINOSA, M. (2014). *Compendio de derecho administrativo. Primer curso*. México: Porrúa.

Estrategia Nacional de Seguridad Pública (ENSP). Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/434517/Estrategia_Seguridad-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed_1_.pdf.

EXCÉLSIOR TV (8 de agosto 2022). “López Obrador emitirá un acuerdo para que la Guardia Nacional dependa de la Sedena”. YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=s9ACtYPdyHs>.

GACETA PARLAMENTARIA (2022). Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley de la Guardia Nacional; de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2022/ago/20220831-III.pdf>.

GOBIERNO DE MÉXICO (2022). “Por acuerdo de la Presidencia, Guardia Nacional formará parte de Sedena: jefe del Ejecutivo federal”. Disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/por-acuerdo-de-la-presidencia-guardia-nacional-formara-parte-de-sedena-jefe-del-ejecutivo-federal?state=published>.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel *et al.* (2019). “La Guardia Nacional en México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 52 (154). Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14154>.

SUÁREZ ROMERO, M. Ángel (2019). “La Guardia Nacional en la reforma constitucional desde la óptica del federalismo y los derechos humanos en México”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. 69 (275-2). Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71124>.

C

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa (2022). *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 272 pp.

Luisa GABRIELA MORALES VEGA*

Entendemos por *disputar* la acción de “contender con otro para alcanzar o defender una cosa”. En esta oportunidad, Elisa Ortega Velázquez nos muestra cómo el asilo, tanto a nivel nacional como internacional, ha sido un derecho por el cual se debe contender a diferentes niveles: los Estados disputan entre sí cómo otorgan este derecho y a quiénes reconocen como refugiados/as; las personas disputan frente al Estado su necesidad de recibir la protección internacional, y las personas disputan entre ellas su capacidad de escapar de los regímenes de exclusión impuestos.

Así, el título de esta obra no podría ser más pertinente, pues hoy el mundo es testigo de las apremiantes condiciones globales que han generado una demanda inédita de protección internacional. Cotidianamente escuchamos, leemos, observamos y constatamos de primera mano el incesante incremento de personas que, por diversas causas, abandonan el territorio del Estado del cual son nacionales o residentes, con la intención de internarse en otros territorios y lograr sobrevivir, ejercitando así el derecho al asilo que todo ser humano posee y con ello obtener refugio, protección y auxilio.

Por su parte, los Estados han hecho suya la consigna de impedir, o al menos dificultar, el acceso de las personas al asilo. Esta obstrucción es sofisticada y efectiva al construir a las personas extranjeras con necesi-

* Doctora en Derecho por la UNAM; profesora investigadora de carrera en la Universidad Autónoma del Estado de México. ORCID: [0000-0003-2584-4974](https://orcid.org/0000-0003-2584-4974); lgmoralesv@uaemex.mx.

dades de protección internacional, como amenazas al orden, la seguridad y la identidad nacional, haciendo patente la vigencia de una matriz estatal de exclusión que paradójicamente coexiste con las fórmulas constitucionales y convencionales de inclusión universal en materia de derechos humanos.

La política migratoria mexicana da cuenta de la lógica de exclusión que el Estado impone a quienes no gozan de su nacionalidad, colocando en un segundo término la obligación de protección que los marcos jurídicos nacionales e internacionales ordenan. Con ello ha despojado de contenido al asilo: “lo ha dejado vacío”, en palabras de la autora.

Estas provocativas aseveraciones son demostradas por la jurista mexicana, quien afirma que la situación real del asilo en México es compleja no sólo por la opacidad del marco jurídico relativo o la errática aplicación burocrática del mismo, sino también por la persistencia de prácticas racistas y clasistas que funcionan como una especie de filtro y que están presentes en el país desde su nacimiento como nación independiente hasta la actualidad.

La autora brinda una *bocanada de aire fresco* al ofrecer a la comunidad jurídica —al igual que a la academia interesada en la institución del asilo— una obra que adopta perspectivas teóricas novedosas en el área: los estudios críticos del derecho, los estudios críticos de las migraciones y la teoría biopolítica. Al mismo tiempo, proporciona una mirada de largo alcance al incorporar un análisis historiográfico preciso y ampliamente documentado —basado en el método genealógico del pensador francés Michel Foucault— que funciona de forma eficaz como soporte a la caracterización crítica que hace del régimen jurídico mexicano del asilo, desafiando así la narrativa hegemónica que existe sobre México, como un país generoso y hospitalario con las personas refugiadas. De este modo, Elisa Ortega desenmascara prácticas propias de un racismo de Estado frente a las personas extranjeras que, a lo largo de la historia del país, han resultado “indeseables” con base en la raza y la clase. Esto, como bien acota la autora, no deja de ser peculiar y paradójico, considerando el pasado colonial de México y su perfil tradicional como tierra de emigrantes.

Ahora bien, el libro descansa sobre un marco teórico-metodológico innovador, bien fundamentado y estructurado a partir del diálogo entre los estudios críticos del derecho y de las migraciones, así como de la teoría biopolítica de Michel Foucault. Además, se nutre de las contribuciones contemporáneas a la teoría biopolítica foucaultiana de la escuela italiana,

especialmente de Giorgio Agamben y su teoría del Estado de excepción como paradigma biopolítico contemporáneo en materia de migraciones y asilo, y de Roberto Esposito, con sus trabajos en materia de *inmunidad* del dispositivo de regulación migratoria, y sobre todo del régimen internacional de asilo como vacuna ante virus raciales. Asimismo, encontramos referencias teóricas en materia de securitización y el régimen de fronteras, que ayudan a la autora a redondear el marco teórico-analítico de esta obra, el cual se ve presente en los cinco capítulos que la conforman.

La literatura que sustenta la perspectiva teórica en la obra es abundante, lo que permite apreciar la importante labor de investigación que realizó la autora y da cuenta también del uso de un aparato crítico actual, profundo y pertinente para el objeto de estudio, pues incluye también a autores/as contemporáneos especializados en el caso mexicano. En este sentido, es de destacarse la aportación de la obra a la literatura mexicana, puesto que *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión* es el tercer libro que trata el asilo en la literatura contemporánea mexicana de manera exhaustiva, y el primero que aborda la institución del asilo en el país desde sus inicios como nación independiente hasta la actualidad (fines de 2020), incluyendo la pandemia por COVID-19. Además, estudia el desarrollo del asilo en México desde sus distintas vertientes: el asilo político (territorial y diplomático) y el asilo bajo el régimen internacional de los refugiados.¹

La investigación parte de la pregunta sobre si en México, a lo largo de su historia, se han utilizado los dispositivos de raza y clase para excluir a migrantes y refugiados considerados como indeseables a través de prácticas propias de un racismo de Estado, y de qué forma dichos dispositivos han moldeado el derecho humano al asilo hasta dejarlo sin contenido en la actualidad: vacío. A partir de semejante cuestionamiento, la obra articula una serie de hipótesis cuyo propósito es demostrar a nivel global, regional y nacional la vacuidad del derecho al asilo, precisamente, por la utilización de la raza y la clase como dispositivos de exclusión y, por ende, de

¹ En México, el tema del derecho de asilo no ha sido estudiado de manera abundante ni suficiente por la literatura. Previos a la obra que tratamos, *El asilo como derecho en disputa en México...*, de Elisa Ortega, únicamente existen dos libros que tratan el tema de manera específica: *La práctica del asilo y del refugio en México*, de Cecilia Imaz B. (México: Potrerillos. 1995. 142 p.), y *El asilo político en México* (México: Porrúa. 1998. 224 p.), de Fernando Serrano Migallón, que se limita a estudiar el desarrollo del asilo político en México y deja de lado el asilo bajo el régimen de refugiados.

prácticas de discriminación, xenofobia y violencia que han ido constituyendo espacios de excepción permanentes y derechos humanos vacíos en México.

El libro que se comenta consta de cinco capítulos: el primero da cuenta del marco teórico-analítico y su lejanía con las teorías hegemónicas y propias de la ciencia jurídica. La autora —fiel a su formación jurídica— orienta su argumentación a partir de teorías y herramientas hermenéuticas que logran hibridar exitosamente la filosofía política con la jurídica a través de claridad y orden en la exposición de ideas que permiten al lector/a una lectura ágil e interesada de un marco teórico-analítico complejo y no usual en los estudios jurídicos. La afinidad entre ambas disciplinas se cristaliza en el estudio genealógico que la autora realiza en los capítulos segundo y tercero, del régimen internacional de los refugiados y de la política migratoria y de asilo en México en los siglos XIX y XX, respectivamente, capítulos que, sin duda, son una importante aportación doctrinal del trabajo.

El tercer capítulo estudia las vicisitudes que dieron origen al régimen migratorio y de asilo actual en México: desmenuza en etapas los complejos procesos que configuraron los mitos del mestizaje y de la identidad nacional, pero también las prácticas y políticas racistas (como los intentos de blanqueamiento de la población durante el porfiriato o la exclusión de los no mestizos) que permearon la legislación migratoria —siempre escasa y precaria— y, al mismo tiempo, configuraron la práctica del asilo en el país como estrategia política durante el siglo XX. Un aporte importante de la obra se encuentra aquí, pues la autora demuestra la perdurabilidad que ha tenido en la era independiente del país el dispositivo racial que sostuvo el sistema colonial de castas. Con este recuento es dable identificar la *aparente transformación* que México sufrió, de *santuario a campo*, al observar la desproporción en el trato e interés a personas con afinidad racial y cultural (como los españoles exiliados durante el franquismo y los sudamericanos en las dictaduras de los años setenta) a personas indígenas, de raza no blanca, pobres y escasa educación (como los guatemaltecos y salvadoreños de inicios de la década de los ochenta).

A propósito de procesos históricos, es innegable la influencia que Estados Unidos de América —querámoslo o no— ejerce sobre todos los aspectos de la vida nacional; la gestión migratoria no es la excepción, sino todo lo contrario, ya que la brutal política de contención contemporánea mexicana ha sido perfilada por esta influencia. El cuarto capítulo del libro

nos guía con precisión a lo largo de tres décadas durante las cuales México ha adoptado la misión de contener a los migrantes indeseados para Estados Unidos. Esta política de contención ha construido al migrante y al solicitante de asilo como narcotraficante, terrorista, invasor y, por último, como riesgo biológico y amenaza a la salud en el marco de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2.

El capítulo final ofrece un análisis jurídico, técnico y acucioso, de los procedimientos estatales de control migratorio y de determinación de la condición de refugiado en México: expone con claridad la multiplicidad de normas e instancias que tornan nugatorio el derecho al asilo y, en consecuencia, demuestra el vacío que afecta al derecho humano al asilo, y con ello, la proclividad del régimen de constituir un dispositivo productor de espacios de excepción.

En suma, el libro ofrece una mirada actual al estudio del asilo y las problemáticas que lo envuelven y lo “vacían de contenido”, pero con plena conciencia del alcance de sus raíces. Esta obra supera la discusión, un tanto infértil y superficial, que permea los estudios *mainstream* sobre migración y asilo en el país, y que encuentran como causa de la situación actual, o de la “crisis migratoria y de refugiados”, tanto la insuficiencia presupuestaria para una eficaz gestión de las migraciones y solicitudes de asilo como de políticas públicas inadecuadas y/o mal ejecutadas, dejando de lado la importancia del derecho como bisagra que abre y cierra las relaciones de poder con base en la raza, la clase y el género. El libro también explica la precariedad del régimen jurídico de extranjería que ha existido desde el siglo XIX, y con ello se inscribe en discusiones mucho más amplias y que, indudablemente, contribuirán al debate impostergable de la variedad de desafíos que enfrentan hoy en día México, la región y el mundo en la materia, justo porque los hace visibles y comprensibles.

El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión debe, sin lugar a duda, ocupar un lugar en la biblioteca de toda persona interesada en el estudio de las migraciones, el régimen de asilo, la historia demográfica y migratoria de México, los derechos humanos y la teoría biopolítica en su intersección con las migraciones y el derecho. Por último, desde mi perspectiva, esta obra se debería ver complementada en ediciones futuras con la inclusión del género como otro dispositivo de exclusión de derechos.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

BOGDANDY, A. von *et al.* (eds.) (2022). *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. Un enfoque de derechos para la movilidad humana*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2022. 470 pp.

Juan RUIZ RAMOS*

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de julio de 2022 tuve la fortuna de asistir como oyente al IX Seminario “Impacto(s) transformadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, organizado en el Instituto Max Planck de Heidelberg (Alemania). Entre los muchos temas que allí se discutieron, me llamó la atención el debate sobre la existencia de dos pilares que sostienen el *constitucionalismo transformador* latinoamericano: por un lado, las Constituciones y normas jurídicas; por otro, las instituciones, operadores sociales y jurídicos que aplican y promueven dichas normas. Ambos pilares se fortalecen y retroalimentan. Así, las normas que cristalizan la protección de los derechos humanos garantizan continuidad frente a los vaivenes de los actores implementadores, y al mismo tiempo, una institucionalidad fuerte y un contexto de exigencia de respeto de los derechos humanos por parte de la sociedad civil impiden que las normas queden en meras declaraciones de intenciones. La obra que aquí se comenta es, en sí misma, un ejemplo de este segundo pilar del constitucionalismo transformador: puede entenderse como una movilización de la Academia en defensa de los estándares interamericanos de derechos humanos frente al déficit sis-

* Investigador predoctoral en la Universidad de Granada (España) y la Universidad Libre de Ámsterdam (Países Bajos). ORCID: 0000-0003-0698-6504; juanjoseruizramos@gmail.com.

témico de protección que están sufriendo los migrantes venezolanos en la región.

Antes de adentrarme en su contenido, quisiera resaltar que, desde el punto de vista metodológico, la obra adopta un enfoque integral de la cuestión de los derechos de los migrantes venezolanos en todos los sentidos. En primer lugar, si bien prevalece el enfoque jurídico, el tema se aborda también desde otras áreas del conocimiento, como el análisis de políticas públicas y los estudios en seguridad internacional. En segundo lugar, se analizan los derechos humanos desde una perspectiva multinivel: internacional, constitucional, legislativa, e incluso municipal. Finalmente, los nueve autores utilizan una gran variedad de fuentes y metodologías, desde el análisis doctrinal clásico del derecho hasta la hermenéutica crítica y la realización de entrevistas. Y si a las referencias mutuas entre los capítulos le unimos la brillante introducción y las conclusiones escritas por los editores, se logra una obra con un sentido de conjunto a menudo difícil de lograr en un libro colectivo.

El libro se divide en dos partes: la primera (capítulos 1-5) presenta un diagnóstico general de la situación de derechos humanos de los migrantes en Colombia, y las respuestas legislativas y de política pública; en la segunda (capítulos 6-9) se estudian en profundidad los estándares universales e interamericanos sobre migración y su influencia en la legislación y la jurisdicción constitucional colombiana.

II. PRIMERA PARTE

Si bien en la primera parte de la obra se realiza un análisis esencialmente de la política y el derecho interno colombiano, no por eso faltan elementos de derecho internacional que llaman la atención de los iusinternacionalistas, como es mi caso particular. Así, por ejemplo, es interesante saber que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) colabora directamente con algunos municipios colombianos para atender a la población migrante (capítulo 3). Igualmente, se resalta que Colombia ratificó la Convención sobre Trabajadores Migrantes de 1990, no tanto para proteger a los migrantes en su territorio —cuyo número era escaso en aquel momento—, sino con vistas a presionar a Estados del Norte global para que también la ratificaran y protegieran a los colombianos en el exterior (capítulo 1).

Enlazando con esto último, en distintos capítulos de esta primera parte se hace referencia a un aspecto que no suele destacar en los estudios sobre derecho migratorio, muy centrados en la situación jurídica de los inmigrantes: el tema de la emigración. Desde los años sesenta, el derecho y la política migratoria en Colombia se han centrado en la *emigración* colombiana (capítulo 1), lo cual ha supuesto un desafío para garantizar los derechos humanos de los *inmigrantes* en un sistema de normas que no estaba diseñado para ellos (capítulo 2). A estas normas se añaden aquellas dirigidas a los colombianos retornados (como la Ley 1565 de 2012), que, al haberse desvinculado de su Estado durante un largo tiempo, deben superar un proceso de “reciudadanización” que los sitúa en una posición vulnerable similar a la de los inmigrantes venezolanos (capítulos 2 y 5). El fenómeno de la emigración colombiana es, además, fundamental para entender el vínculo entre derecho migratorio y derechos humanos en el país: la primera ley que hizo referencia al “respeto integral a los Derechos Humanos” fue la Ley 1465 de 2011, sobre protección de colombianos en el exterior (capítulo 1).

Veamos con un poco más de detalle los capítulos de forma individual. En el capítulo 1, Shirley Llain Arenilla ayuda al lector a entender el contexto normativo en el que se encontraba Colombia cuando comenzó a intensificarse la crisis venezolana en 2015. Se trataba de un momento en el que el enfoque de derechos humanos para los *inmigrantes* estaba prácticamente ausente; de ahí la importancia de este libro para dar fe de cómo el constitucionalismo transformador ha cambiado esta situación hacia un enfoque de derechos humanos. En efecto, en 2015 aun predominaba en Colombia una normativa de inmigración dirigida a atraer a extranjeros altamente cualificados; una visión que se había ido forjando desde los años cincuenta.

Otra perspectiva que imbuía el derecho migratorio desde los años noventa era la seguridad pública (*securitización*). Así, por ejemplo, en 1992 se aprobó un decreto que ordenaba la expulsión de aquellos extranjeros que presentaran una “conducta antisocial”. Retrotrayéndonos aún más en la historia, desde la independencia de Colombia, en 1819, y hasta la Segunda Guerra Mundial, la orientación del derecho migratorio en el país era realmente estremecedora: su función era “blanquear” a la población, por ejemplo, prohibiendo la entrada de inmigrantes que supusieran un inconveniente para el “mejor desarrollo de la raza” (Ley 114 de 1922). En el capítulo puede observarse también el vínculo de la inmigración no sólo

con la soberanía del Estado, sino con la preeminencia del Poder Ejecutivo: entre 1920 y 2021 el Parlamento no aprobó ninguna ley sobre inmigración, y los distintos decretos del gobierno que han regulado la materia han otorgado una gran discrecionalidad a las autoridades migratorias para admitir y expulsar a migrantes. Con su minucioso análisis histórico-jurídico, la autora muestra cómo el derecho es un reflejo de la mentalidad social y política de cada época.

Los capítulos 2, 3 y 4 son una ventana a la realidad de los venezolanos tanto en Venezuela como en Colombia desde los primeros flujos migratorios masivos en 2015. En el segundo capítulo, Angélica Rodríguez Rodríguez describe las violaciones de derechos humanos que sufren los migrantes venezolanos (desapariciones forzadas, homicidios, trata, delitos sexuales...), y explica por qué se producen. Esto último lo hace apoyándose en encuestas realizadas a los propios migrantes, lo cual es de suma importancia, pues da voz a aquellos con grandes dificultades para hacerse oír. Uno de los motivos que los venezolanos reiteran constantemente al ser preguntados por las causas de su situación de vulnerabilidad es la falta de documentación. Así, el capítulo ofrece ejemplos concretos sobre cómo la irregularidad afecta el acceso a derechos como la salud, el trabajo o la educación. Asimismo, expone la triste situación en Venezuela, en términos económicos, políticos y de derechos, permitiendo al lector comprender la raíz del problema.

Por otro lado, en este capítulo también se explican las primeras respuestas políticas y normativas del Estado colombiano a las migraciones venezolanas. Estas primeras medidas —en especial la tarjeta migratoria fronteriza y el permiso especial de permanencia— se caracterizaban por ser instrumentos de asistencia de emergencia que permitían al Estado mantener un mayor control sobre la inmigración que si hubieran otorgado a los venezolanos el estatuto de refugiado basándose en la definición amplia de la Declaración de Cartagena. Por tanto, hasta la Ley 2136 de 2021 no se adopta un verdadero enfoque integral basado en los derechos humanos para los *inmigrantes*. Y con esta reflexión, el capítulo 2 sirve de antesala al 5, sobre el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPMV), aprobado también en 2021.

Podemos afirmar que los capítulos 3 y 4 adoptan un enfoque *espacial* de los derechos humanos, pues en ellos se examina cómo el disfrute de los derechos depende de la zona geográfica en la que el migrante se encuentre, incluso dentro de un mismo Estado. Luis Fernando Trejos Rosero

explica, con gran precisión, el peligroso entorno en el cual se mueven los migrantes al cruzar la frontera con Colombia. Al llegar a ella a través de las “trochas” (pasos ilegales donde se mueve el contrabando), los venezolanos entran a formar parte de un entramado de órdenes sociales violentos preexistentes. Nótese aquí la palabra *orden*: para el autor, la débil presencia institucional en la frontera no es sinónimo de caos, sino que implica la asunción de funciones estatales por parte de redes criminales que crean un “orden” donde la violencia es el medio para resolver las tensiones. Se trata de una suerte de “pluralismo jurídico” conformado por las normas estatales y las creadas por los actores criminales. Muchos migrantes pasan a colaborar con las redes criminales para poder subsistir, ensanchando así estos órdenes violentos y formando un círculo vicioso. Frente a esto, las diversas leyes y políticas que se han adoptado desde Bogotá no han dado su fruto debido al desconocimiento por parte del gobierno central de las realidades fronterizas y su falta de control sobre ellas.

Si en el capítulo 3 se expone la importancia de la presencia física de las instituciones del Estado en su territorio para lograr el respeto de los derechos humanos, el capítulo 4 se concentra en la importancia de las administraciones locales para tal cometido. Y es que las administraciones locales son el principal instrumento para concretar la política de atención a la población migrante. Para ello, los municipios requieren de “poder infraestructural”; es decir, la capacidad para formular e implementar políticas públicas. Mediante indicadores, Ángel Tuirán Sarmiento analiza el poder infraestructural de los municipios en el área metropolitana de Barranquilla, en sectores como la salud y los servicios públicos.

Con base en datos objetivos, identifica qué municipios deben fortalecer determinados elementos de su capacidad institucional para mejorar la atención a migrantes venezolanos. Así, por ejemplo, un eficiente desempeño fiscal de un municipio es fundamental para que existan recursos disponibles para los migrantes. Por otro lado, el autor señala los problemas de los distintos municipios relativos a las políticas públicas para migrantes, siendo el principal de ellos la falta de claridad en la formulación de programas específicos para atender a la población venezolana; a excepción del municipio de Barranquilla, cuyo mayor éxito en sus políticas públicas se debe a su mayor poder infraestructural. El autor termina haciendo un llamamiento a los distintos municipios a trabajar en conjunto para atender las necesidades de la población migrante. En suma, los capítulos 3 y 4 son una expresión de cómo el primer pilar del constitucionalismo transfor-

mador (la producción normativa) no puede funcionar sin el segundo (la institucionalidad y los actores implementadores).

El ETPMV se sitúa en el centro del capítulo 5, escrito por Gabriela Pínillos Quintero. El capítulo resulta especialmente interesante tanto desde el derecho internacional como desde el derecho comparado. Por un lado, el gobierno colombiano plantea el ETPMV como una implementación exitosa del Pacto Mundial sobre Migración. Frente a esta afirmación, la autora señala con agudeza que, en efecto, el Estatuto comparte las virtudes del Pacto, pero también sus defectos, pues otorga a las autoridades migratorias gran discrecionalidad para otorgar, negar o cancelar el permiso de protección temporal. Por otro lado, el ETPMV está inspirado en los estatutos de protección temporal existentes en Estados Unidos (Temporary Protected Status o TPS) y Turquía, y en 2022 el Estatuto colombiano puede servir de punto de comparación con la directiva de protección temporal aprobada en la Unión Europea para dar respuesta al flujo de desplazados ucranianos. Entonces, todos estos instrumentos se caracterizan por designar a uno o varios países cuyos nacionales reciben protección de carácter temporal.

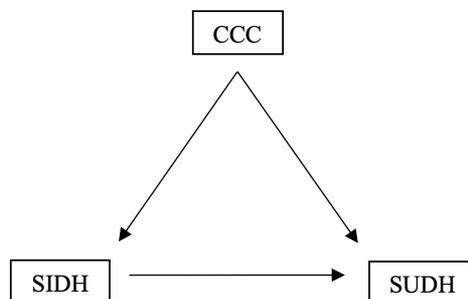
Asimismo, la autora compara el ETPMV con el TPS. El mayor problema que presenta éste último es la incertidumbre que crea en los migrantes, ya que la protección puede terminar en cualquier momento. Para evitar que se replique esta situación en Colombia, la autora propone que se creen mecanismos para que los venezolanos puedan regularizar de forma permanente su estatus migratorio antes de la finalización del periodo de vigencia del ETPMV (10 años). También señala que, en caso de que los venezolanos queden en situación de irregularidad —ya sea por la denegación del ETPMV o por su terminación—, Colombia debe aplicar los estándares universales e interamericanos que protegen de la deportación y que prohíben el castigo por ingreso irregular. Y con ello, el capítulo 5 se enlaza con la segunda parte del libro, sobre el impacto en Colombia del *ius commune* latinoamericano en migración.

III. SEGUNDA PARTE

Los estándares internacionales de derechos humanos son normas jurídicas que imponen obligaciones a los Estados y son útiles para evaluar la actuación de los Estados frente a una situación concreta, en este caso, la migración (capítulo 8). Sin embargo, los autores de la segunda parte de

esta obra van más allá de evaluar el cumplimiento por parte de Colombia de estos estándares: analizan en profundidad cómo los estándares internacionales permean el derecho colombiano (capítulos 6 y 7) y cómo pueden utilizarse como herramienta para impulsar transformaciones sociales estructurales (capítulo 9).

A lo largo de esta segunda parte llama la atención el constante diálogo que se observa entre la Corte Constitucional Colombiana (CCC), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) (Corte IDH y Comisión IDH) y el Sistema Universal (Comité de DDHH, Comité DESC). Este diálogo configura un triángulo judicial¹ o cuasi-judicial que refuerza la protección de los derechos de los migrantes en Colombia, y colma lagunas creadas por las deficiencias legislativas que se analizaron en la primera parte.



El impacto transformador de la interacción también puede observarse en sentido negativo: en diversas ocasiones en las que la CCC no hace referencia a los estándares internacionales, esto se traduce en una menor protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, la falta de referencias a los estándares internacionales sobre personas migrantes LGTB conllevó a que la CCC no encontrara violación alguna al derecho a la unidad familiar de dos mujeres transexuales (capítulo 6), y el hecho de que la CCC no citara la jurisprudencia de la Corte IDH tuvo como consecuencia que la CCC no incorporara la perspectiva de género en un caso sobre una mujer venezolana embarazada a quien un hospital le negó los servicios prenatales gratuitos (capítulo 7).

¹ Tomo el concepto de González Herrera, D. (2021). *El diálogo judicial en el espacio jurídico europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch. El autor lo utiliza para referirse al diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales.

Manuel Góngora Mera, coeditor de la obra, profundiza en esta interacción en el capítulo 6, al analizar las sentencias de la CCC sobre derecho a la nacionalidad, derechos sociales (vivienda y salud), asilo y refugio y unidad familiar. Utilizando los estándares de la Corte IDH, la CCC ha protegido el derecho a la nacionalidad de los hijos de colombianos retornados de Venezuela, eliminando requisitos burocráticos desproporcionados. Esto resulta de vital importancia, pues el derecho a la nacionalidad es el “fundamento de la capacidad política y civil de la persona” (*Yean y Bosico vs. República Dominicana*). Es interesante, además, que la CCC haya creado una categoría jurídica novedosa en el derecho comparado —la de “retornado humanitario *de facto*”— para, de manera analógica con el derecho de refugiados, obligar al Estado a otorgar un subsidio de vivienda a los retornados colombianos. Por tanto, no es de extrañar que, a nivel global, la CCC se haya destacado por la elaboración de sofisticadas líneas jurisprudenciales en derechos sociales.

En cuanto a las otras dos materias, para la CCC negar el derecho al asilo implica “negar la solidaridad internacional”, y entiende el derecho de los niños a tener una familia como una condición para la materialización de otros derechos fundamentales. Es así como la Corte ha buscado distintas formas de garantizar estos derechos, especialmente poniéndolos en conexión con el derecho al debido proceso. Entonces, la Corte ha invocado los estándares sobre debido proceso de la sentencia *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* para establecer que los inmigrantes que no hablan español deben ser asistidos por un intérprete durante su solicitud de refugio; lo mismo que para invalidar la deportación de los padres extranjeros de una niña nacida en Colombia. En este sentido, me ha llamado la atención la afirmación de la Corte IDH (OC-18/03), según la cual el derecho al debido proceso comprende todas las materias, puesto que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Maaouia vs. Francia*) no es obligatorio respetar el derecho al debido proceso en procedimientos migratorios. Finalmente, cabe destacar la expansión del principio de no devolución más allá del derecho de refugiados por parte de la CCC y la Corte IDH (*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*), así como que, para la CCC, los venezolanos se encuentran en una situación más vulnerable que otros migrantes, por lo que considera justificado que éstos se beneficien de un procedimiento más favorable para adquirir la nacionalidad colombiana.

La CIDH define *interseccionalidad* como la “superposición de varias capas de discriminación” que lleva a una discriminación agravada. En el

capítulo 7, Laetitia Ruiz expone las vulnerabilidades específicas que sufren las mujeres migrantes venezolanas en los distintos momentos de la migración debido a esta interseccionalidad (ser mujer + ser migrante). La autora analiza los factores que explican la deficiente atención en Colombia a las mujeres migrantes venezolanas víctimas de violencia de género. Algunos de estos factores se superponen con los factores causantes de los bajos resultados de salud sexual entre las migrantes: la insuficiencia de recursos en los servicios públicos y de salud, el desconocimiento por parte de las mujeres venezolanas de sus derechos y la xenofobia en la búsqueda de atención.

Desafortunadamente, las medidas que ha aprobado el Estado colombiano en respuesta a la migración venezolana (ETPMV y CONPES 3950) no adoptan una perspectiva de género. Por tanto, en este punto cobra especial relevancia el impacto transformador del SIDH, y es que la CIDH aprobó, en 2019, unos “Principios interamericanos sobre los derechos de las personas migrantes”, que sistematizan las obligaciones específicas de los Estados en materia de protección de mujeres migrantes. Por su parte, la Corte IDH, de momento, sólo ha utilizado un enfoque interseccional en *I. V. v. Bolivia*, del año 2016. Sin embargo, ha enfatizado la obligación de los Estados de combatir los estereotipos de género y de garantizar el acceso a servicios de salud sexual, entre otras. Por último, la CCC ha expandido el concepto de “urgencia” en el derecho colombiano, garantizando con ello el acceso gratuito a las migrantes en situación irregular a la atención médica en salud sexual y reproductiva.

Del capítulo 8 quisiera resaltar la forma tan clara y sistemática con la que Silvana Insignares Cera desgrana los estándares internacionales de un complejo entramado de normas sobre derechos de los trabajadores migrantes y refugiados. Entre estos estándares incluye las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que, debido a su carácter de organización de integración, a menudo impone obligaciones más detalladas que otros órdenes normativos. Así, por ejemplo, la CAN establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que los migrantes puedan acumular cotizaciones obtenidas en los distintos países donde han trabajado. Claro que los migrantes venezolanos no pueden beneficiarse de este estándar, pues Venezuela se retiró de la CAN en 2006, y la imposibilidad de acumular los tiempos cotizados en Venezuela y en Colombia es, precisamente, una de las barreras jurídicas que la autora identifica para los migrantes trabajadores venezolanos.

Otra barrera es la ausencia en el ETPMV de un derecho a la defensa en caso de cancelación del permiso de protección temporal, lo cual contrasta con la importancia que la CCC otorga al derecho al debido proceso, como se vio en el capítulo 6. Por otra parte, la autora llama la atención sobre la dificultad que tienen los venezolanos para homologar sus títulos profesionales, así como para acceder al sistema financiero colombiano, barreras que han de superarse para integrarlos de manera plena al mundo laboral. Considero que el detallado análisis técnico-jurídico que realiza la autora sobre todas estas barreras resultaría muy útil para el legislador colombiano. Finalmente, estas limitaciones en el derecho nacional no impiden que Colombia se haya destacado por la adopción de estándares internacionales sobre el acceso al trabajo de migrantes y refugiados, en especial gracias a las medidas de regularización adoptadas en los últimos años.

En el último capítulo, Laura Vanessa Cera Rodríguez presenta los estándares internacionales sobre migraciones “en acción” mediante el análisis de casos llevados ante los tribunales nacionales por el Consultorio Jurídico de la Universidad del Norte. El objetivo del litigio estratégico es combatir patrones generalizados de vulneración de derechos, identificando casos con potencialidad de impactar a un amplio número de personas. El instrumento elegido por esta clínica jurídica son las acciones de tutela colectiva, reflejo de la centralidad de la dimensión colectiva de la protección de derechos que caracteriza a los derechos humanos en América Latina. Así, sorprende que en uno de los casos analizados, la clínica elaboró una acción de tutela conjunta que agrupó a nada menos que 39 solicitantes de asilo venezolanos para tratar de que, por vía judicial, se les reconociera su derecho al trabajo.

El objeto de los otros casos eran el derecho de los niños venezolanos a que se les expida el título de bachiller, el derecho de los hijos de retornados colombianos a obtener la nacionalidad colombiana y el derecho de los solicitantes de asilo a recibir atención médica. Este último caso llama especialmente la atención porque se produjo al comienzo de la pandemia; y la autora cita la declaración de la Corte IDH sobre “COVID-19 y derechos humanos”, donde la Corte estableció que en el contexto del COVID-19 debían respetarse los derechos a la vida y a la salud de todas las personas, incluidos los migrantes.

En las demandas presentadas, la clínica se ha apoyado en numerosos estándares internacionales, argumentación que, sin embargo, no fue acogida por los jueces de primera y segunda instancias. Además, en sus sentencias

estos jueces no tuvieron el mismo impacto transformador observado a lo largo de la obra en las sentencias de la Corte IDH y la CCC, puesto que se limitaban a garantizar derechos a los accionantes, sin otorgar efectos *inter communis* a sus decisiones.

IV. EPÍLOGO

Quisiera terminar esta recensión por donde empezó, recordando el IX Seminario sobre el SIDH al que asistí en el Max Planck. Ante la discusión sobre si hay motivos para ser optimistas respecto a la situación de los derechos humanos en América Latina, el presidente del Instituto Nacional Electoral de México, Lorenzo Córdova, defendió que había que mantener una “esperanza preocupada”. A lo largo de la obra, cada uno de los autores me ha transmitido precisamente esta idea: en el ámbito más concreto de los derechos humanos de los migrantes venezolanos (y nacionales retornados) en Colombia, es necesario subrayar los avances logrados por los distintos actores involucrados —desde el legislador colombiano hasta el municipio de Barranquilla—; pero también se debe continuar luchando para conseguir que la situación de los migrantes venezolanos en el país se adecue plenamente a los estándares establecidos por el SIDH y la CCC.

Los editores de esta elaborada obra, Armin von Bogdandy, Manuel Góngora Mera y Mariela Morales Antoniazzi, expresan su “esperanza preocupada” particular en las conclusiones, con las siguientes palabras: “Si bien no es un modelo ideal, el Estado colombiano constituye un referente —siempre perfectible— de respuesta al fenómeno migratorio desde Venezuela... Sin embargo, persisten déficits y desafíos”.

Y es que, en la difícil tarea de gestionar un flujo migratorio tan masivo como el venezolano, el Estado colombiano no puede descuidar el estándar fundamental establecido por la Corte IDH en *Vélez Loor vs. Panamá*, según el cual, del principio soberano se deriva que los Estados poseen la potestad de fijar sus políticas migratorias; sin embargo, estas políticas “deben armonizarse con los derechos humanos de los migrantes en un marco de respeto y garantía, dando cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos”.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 48, Enero-Junio 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

RÍOS VEGA, L. y SPIGNO, I. (dirs.); ESQUIVEL ALONSO, Y. (coord.) (2021). *La paridad de género en la justicia electoral mexicana: el modelo Coahuila*. T. IV: *Los derechos civiles y políticos, estudios de casos líderes nacionales y locales*. Vol. XXIV. México: Academia Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch. 303 pp. Los derechos fundamentales del siglo XXI.

Adriana Beatriz SALINAS CERRILLO*

La participación política de las mujeres constituye un derecho que, históricamente, se ha vulnerado en México y en el mundo. La posibilidad de éstas para participar en contiendas político-electorales, así como para ocupar puestos públicos, se ha visto reducida por diversos obstáculos ligados a condiciones estructurales, sociales y culturales que en la actualidad permean en nuestros sistemas y las limitan para competir, acceder y, finalmente, ejercer cargos públicos en condiciones de igualdad.

En este sentido, para combatir dichas vulneraciones tanto en el ámbito nacional como internacional, comenzaron a implementarse diversos mecanismos y estrategias con el objetivo de promover y garantizar la presencia de las mujeres en los espacios de toma de decisión; tal es el caso de las medidas afirmativas, como las cuotas de género y el principio de paridad.

Sobre este tema, Coahuila de Zaragoza destacó al ser un estado pionero en la implementación de este tipo de medidas, pues, desde 2001, con la emisión de la Ley local de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales se incorporaron a su legislación acciones afirmativas que obligaban a

*Investigadora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila; estudiante del doctorado en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada de la misma institución. ORCID: 0000-0002-2424-2640; a.salinas@uadec.edu.mx.

los partidos políticos a registrar candidaturas con un máximo de 70% para un mismo género.

Esta disposición fue modificada en diversas ocasiones —en particular a través de las reformas en los años 2009, 2010 y 2016, por mencionar algunas— con el objetivo de eliminar las “válvulas de escape”; esto es, espacios en los que la ley no prevé situaciones específicas, lo que abre la posibilidad del incumplimiento de la exigencia de la regla. De igual modo, el objetivo de las reformas fue mejorar los resultados de las medidas e implementar el principio de paridad, que obliga a los partidos políticos a registrar el mismo número de mujeres y de hombres en las candidaturas.

Dichas modificaciones, que se fueron realizando a través de los años, representaron un reto para el órgano jurisdiccional electoral local, que se enfrentó a la necesidad de interpretar las reglas de la paridad de género para la integración de ayuntamientos y el Congreso local.

Es ahí donde se enmarca el volumen que se reseña, pues las autoras y autores realizan un estudio minucioso de la línea jurisprudencial en la materia, desarrollada a partir de los casos acontecidos en el estado de Coahuila de Zaragoza. En la obra participan seis autoras y siete autores, y en todos los casos se trata de perfiles especializados en temas de derecho electoral y participación política de las mujeres, con una trayectoria académica o experiencia jurisdiccional sólida en la materia.

Ahora bien, el libro se encuentra estructurado en cinco apartados: “El debate constitucional”, “Paridad horizontal”, “Paridad vertical”, “Paridad transversal” y “Principio pro *feminae*”. Cada una de ellas cuenta con dos capítulos en los que se desarrolla cada problemática desde diversas perspectivas.

En el primer capítulo, Reyes Rodríguez Mondragón y Alexandra Avena Koenigsberger analizan la Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se pronunció acerca de la validez de las cuotas de género en Coahuila, como un mecanismo compensatorio para resarcir el rezago histórico sufrido por las mujeres en el ámbito político.

En la mencionada acción de inconstitucionalidad, la SCJN determinó que tales medidas eran válidas al no contraponerse al principio de igualdad entre hombres y mujeres; sin embargo, el autor y la autora del texto apuntan que la SCJN, en este caso, no aprovechó la oportunidad para establecer un posicionamiento claro y profundo sobre el papel de las acciones afirmativas.

Asimismo, señalan que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no se argumentó si las acciones afirmativas eran necesarias o no, además, se contrarió la medida aprobada por el cuerpo legislativo local, al señalar que no era inconstitucional porque existían alternativas para evadir la regla del 70/30, lo que la debilitó, al posicionar la disposición como tan sólo una posibilidad y no como una obligación.

En el segundo capítulo, “Paridad de género en Coahuila. Desarrollo y debate constitucional”, el autor Rodrigo Santiago Juárez realiza una caracterización del derecho de participación política de las mujeres, al identificar, en una primera instancia, los estándares sobre igualdad y paridad de género, para posteriormente revisar los criterios más relevantes de la SCJN y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en torno a las reglas de paridad de género, previstas en el Código Electoral de Coahuila y en la Constitución local.

En sus conclusiones, el autor recupera de su exposición que las entidades federativas pueden proponer fórmulas novedosas para que las mujeres puedan acceder a espacios de toma de decisiones mediante acciones afirmativas de paridad vertical y horizontal, que garanticen que ello se haga efectivo en ciudades y localidades con distinta conformación política, poblacional y cultural.

La segunda parte de la obra inicia con el tercer capítulo, denominado “La paridad horizontal en Coahuila”, autoría de Sergio Díaz Rendón y Gerardo Centeno Alvarado. En él los autores analizan la discusión y el tratamiento que se le ha dado a la paridad horizontal en el estado, así como los alcances de dicho principio. Particularmente, se hace referencia a las consideraciones vertidas en las sentencias 011/2013, del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza (TEECZ), y luego en SUP-REP-36/2013, de la Sala Superior del TEPJF, en relación con el acuerdo 26/2013 del Instituto Electoral de Coahuila (IEC), en el que dicho órgano electoral determinó las reglas para la integración de las planillas, las listas de representación proporcional y la asignación de regidurías a través de este principio.

La crítica central que exponen los autores es que los órganos jurisdiccionales locales y federales fueron omisos, en ambas oportunidades, en atender de forma adecuada la implementación de la paridad horizontal en Coahuila tanto para la integración de ayuntamientos como para la postulación de candidaturas al congreso local, previo a la reforma político-electoral de 2014.

En el capítulo cuarto, de Karolina Monika Gilas, llamado “¿Un piso o un techo? Paridad horizontal y situación de candidaturas”, la autora también realiza un análisis sobre la paridad horizontal, pero haciendo énfasis en la determinación que estipula que las mujeres candidatas sólo pueden ser sustituidas por mujeres, mientras que los candidatos pueden ser sustituidos por hombres o mujeres, utilizando para ello un caso particular suscitado en el proceso electoral de 2017.

La autora concluye el texto señalando que la paridad no es ni un piso ni un techo, sino que se trata de “un nuevo equilibrio en las relaciones de poder con el que se pretende construir una nueva democracia igualitaria e incluyente” (p. 100). Lo que amerita que las autoridades y órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales realicen un análisis más profundo de su alcance para generar criterios más amplios que permitan la construcción de nuevas relaciones de poder entre hombres y mujeres.

Pasando a la tercera parte, ésta da inicio con el texto “Paridad vertical en Coahuila, análisis de las sentencias SM-JRC 124/2013 y SM-JRC125/2013”, escrito por Clicerio Coello Garcés, quien analiza una sentencia de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, en la que dicha Sala tuvo la oportunidad de conocer de una impugnación relativa al proceso electoral local de 2013-2014 en Coahuila. El autor, a lo largo de su colaboración, también realiza un análisis de la obligación establecida en la norma local que obliga a los partidos políticos a postular candidaturas propietarias y suplentes del mismo género.

Más adelante, en el quinto capítulo, Mónica Aralí Soto Fregoso expone su artículo titulado “La interpretación de las reglas neutrales de ajuste en cumplimiento de los principios de paridad e igualdad”. En este apartado la tesis principal que se sostiene es que la legislación en materia de participación política no puede ser neutra porque debe partir del reconocimiento de la desigualdad a la que se enfrentan las mujeres. Es decir, debe promoverse la implementación de mayores acciones afirmativas para garantizar el ejercicio de sus derechos político-electorales debido al rezago histórico que han enfrentado en este ámbito, que se suma a las cuestiones de desigualdad social y económica.

En conclusión, señala la autora, “si un precepto normativo establece una medida afirmativa, pero está redactada en términos neutros, la interpretación que el TEPJF considera más acorde al principio de progresividad consiste en que únicamente se debe beneficiar al género femenino, ya que es el sector al que está enfocado” (p. 156). De lo contrario, podrían ser

beneficiados los hombres, afectando la esencia de estas medidas, que es la de proteger derechos de las mujeres.

La cuarta parte inicia con el capítulo denominado “Paridad transversal: en búsqueda de un equilibrio a la postulación y registro de candidaturas”, autoría de Yessica Esquivel Alonso y Elena Rivera Treviño. Aquí las autoras hacen referencia a un concepto incorporado de forma más frecuente a la legislación y a la discusión desde los órganos jurisdiccionales: la paridad transversal.

En dicho texto se puntualiza que la paridad transversal en Coahuila ha arrojado, al menos, dos referencias de relevancia: en primer lugar, que este principio debe ser considerado en todos los cargos de representación, y en segundo, que ante la duda sobre la aplicación de las normas, debe hacerse prevalecer aquella norma que proteja de forma más amplia a las mujeres, que son las que, históricamente, han sido privadas del derecho de participación política. Contexto en el cual la paridad transversal es una herramienta de interpretación que podría generar mejores resultados en la protección del derecho.

Por su parte Samuel Hiram Ramírez Mejía presenta el octavo capítulo, que lleva por nombre “Las decisiones regulatorias y jurisdiccionales para la integración paritaria de los ayuntamientos en Coahuila en 2017. Una propuesta de clasificación”. El autor estudia en su texto el proceso electoral 2016-2017, cuando fueron renovados los ayuntamientos del estado, haciendo referencia a la legislación vigente en aquel momento, a la jurisprudencia emitida en la materia, así como a las problemáticas presentadas durante aquel periodo. Además, para analizar las decisiones regulatorias y jurisdiccionales de dicho proceso electoral, el autor propone una clasificación que las divide en decisiones de desafío bajo (aquellas que son de contenido legalista); desafío medio (cuando su contenido es armonizador), y desafío alto (cuando contienen enfoque de género).

Como resultado de esa clasificación obtuvo una serie de resultados relevantes, como la existencia de decisiones regulatorias y jurisdiccionales ubicadas en la categoría de desafío alto, por contar con enfoque de género; ello, menciona el autor, coincide con que en las últimas tres elecciones la paridad de género, en su dimensión vertical, está prácticamente resuelta. Sin embargo, estos resultados dejan de ser positivos en otras dimensiones, como las alcaldías, puesto que, en el bloque de municipios más poblados, sólo dos de los siete ayuntamientos son gobernados por mujeres. Finalmente, el autor concluye manifestando la necesidad de crear nuevas

decisiones regulatorias que desafíen aún más la democracia liberal y que garanticen la participación de las mujeres también en las alcaldías.

En la quinta y última parte del libro, relativa al principio *pro feminae*, se cuenta con dos capítulos que abordan su análisis. En primera instancia, María Elisa Franco Martín del Campo trata las acciones afirmativas en materia de participación política de las mujeres en el texto “Medidas especiales de carácter temporal: un claro camino para la plena efectividad del principio de paridad de género”. En él la autora hace un repaso de las obligaciones internacionales con las que cuenta el Estado mexicano en la materia, así como de la legislación nacional y local que han recogido el reconocimiento del principio *pro feminae* y las acciones afirmativas.

Concluye señalando la importancia de las acciones afirmativas para garantizar el principio de la paridad de género y respaldando la disposición del artículo 19.9 del Código Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza, que recoge tanto las acciones afirmativas como el principio de paridad, así como la interpretación de la Sala Superior del TEPJF en la sentencia SUP-REC-1279/2017, en la que el Tribunal se pronunció sobre dicha disposición.

Por último, Carlos Alfredo Dávila Aguilar presenta el capítulo “La preeminencia de las candidaturas femeninas como principio en la jurisprudencia electoral mexicana: el caso de la integración de la LXI Legislatura de Coahuila (2018-2022)”, donde contrasta los argumentos a favor y en contra de las acciones afirmativas en México y en el mundo; posteriormente analiza la sentencia Sup-REC-1334/2017, en la que el TEPJF estableció una preeminencia femenina en las listas plurinominales partidistas para la integración de congresos y ayuntamientos.

En suma, no cabe duda de que nos encontramos frente a una obra de gran relevancia en materia de paridad de género, de obligada lectura para el debate contemporáneo en la materia. Es un libro centrado en casos específicos del estado de Coahuila, pero los criterios utilizados son de utilidad para todo México, así como en otros países.

Se trata de un volumen que realiza un análisis amplio del principio de paridad de género desde diversas ópticas, que van desde la revisión de criterios jurisprudenciales y disposiciones legales hasta la contraposición de argumentos en torno a temas vinculados con la paridad y las acciones afirmativas.

A partir de ello, se genera la caracterización del principio de paridad de género en una de las entidades federativas que más tempranamente inclu-

yó en su legislación medidas afirmativas para promover la participación política de las mujeres en la integración de ayuntamientos y el Congreso local, y que, por lo tanto, cuenta con una vasta cantidad de criterios jurisprudenciales y experiencias prácticas relevantes en la materia.

La experiencia coahuilense y el análisis de la misma que la obra contiene pueden ser de gran utilidad en otras latitudes para que los diversos órganos legislativos repliquen las medidas que mejores resultados han arrojado y eviten las menos eficientes. Además, serviría para que los órganos jurisdiccionales adopten las posturas más protectoras de los derechos humanos de las mujeres, del principio de paridad de género, y adopten la perspectiva de género en las resoluciones que emitan.

C